Revista Trimestral de Jurisprudência

TJMS

Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Ano 31 – n. 177
Julho a Setembro de 2010



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul

Revista Trimestral de Jurisprudência

Ano 31 - n. 177 - Julho-Setembro de 2010

EXPEDIENTE

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Ano 31, n. 177

Publicação do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Comissão Técnica de Jurisprudência.

Todos os direitos reservados. Proibida a reprodução total ou parcial sem a citação da fonte. Os conceitos emitidos em artigos assinados são de responsabilidade de seus autores.

Revista trimestral de jurisprudência [*on-line*]. -- n. 171 (2009)- . -- Campo Grande: Tribunal de Justiça, 2009 - .

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

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

CDD 340.68171

Elaboração

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

Capa

Secretaria do Gabinete da Presidência
Departamento de Relações Públicas
Coordenadoria de Publicidade Institucional

Revisão

Alcione Luzia Soares de Moraes

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

Diretoria

Presidente - Des. Paulo Alfeu Puccinelli

Vice-Presidente - Des. João Batista da Costa Marques

Corregedor-Geral de Justiça - Des. Josué de Oliveira

Tribunal Pleno

(em ordem de antiguidade)

Des. Rêmolo Letteriello

Des. Rubens Bergonzi Bossay

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Des. João Carlos Brandes Garcia

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

Des. Luiz Carlos Santini

Des. Josué de Oliveira

Des. Joenildo de Sousa Chaves

Des. Atapoã da Costa Feliz

Des. Hildebrando Coelho Neto

Des. João Maria Lós

Des. Divoncir Schreiner Maran

Des. Paulo Alfeu Puccinelli

Des. João Batista da Costa Marques

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Des. Paschoal Carmello Leandro

Desª. Marilza Lúcia Fortes

Des. Julizar Barbosa Trindade

Des. Romero Osme Dias Lopes

Des. Carlos Eduardo Contar

Des. Sérgio Fernandes Martins

Des. Sideni Soncini Pimentel

Des. Dorival Renato Pavan

Des. Vladimir Abreu da Silva

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Des. Dorival Moreira dos Santos

Des. Marco André Nogueira Hanson

Des. Manoel Mendes Carli

Francisco Gerardo de Souza (Juiz designado)

SUMÁRIO

Doutrina

Mutirão carcerário e juízo de retração. Cássio Roberto dos Santos.....007

Jurisprudência Cível.....016

Jurisprudência Criminal.....361

Noticiário

Empossada a nova administração do TJMS.....488

Corumbá regulamenta remição de pena pelo estudo.....489

Discurso de saudação, proferido pelo Desembargador Divoncir Schreiner Maran, na posse do novo desembargador.....490

Discurso de posse do Dr. Manoel Mendes Carli no cargo de desembargador.....492

Índice Onomástico

Jurisprudência Cível 496

Jurisprudência Criminal 500

Índice de Assunto

Jurisprudência Cível 503

Jurisprudência Criminal 507

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

DOUTRINA

MUTIRÃO CARCERÁRIO E JUÍZO DE RETRATAÇÃO

Cássio Roberto dos Santos[*]

1 INTRODUÇÃO

A idéia de escrever sobre o assunto nos recorreu após a passagem do Mutirão Carcerário, composto por membros do Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul, por nossa Comarca, sobretudo pelo fato de que deparamos com vários agravos em execução interpostos contras as decisões proferidas pelo Mutirão em questão, em sua maioria pelo Ministério Público local, porém, alguns também pela Defensoria Pública do Estado.

Ao depararmos com tais recursos, no momento do juízo de retratação, chegamos à conclusão de que não cabe ao juiz titular da comarca, afastado dos processos direcionados ao Mutirão, realizá-lo, isso em razão dos argumentos que a seguir serão expostos.

A iniciativa de tecer esses breves comentários também tem a singela pretensão de colaborar para a discussão do tema e, quiçá, auxiliar operadores do Direito que se virem envoltos em questionamentos afetos ao tema.

2 OS MUTIRÕES CARCERÁRIOS

Os denominados Mutirões Carcerários buscam sustentação atualmente na Resolução Conjunta n. 01/2009, do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público.

Segundo extraímos do ato normativo, as atividades dos grupos de trabalho de cada Estado devem focar a revisão de penas provisórias e definitivas, medidas de segurança, condições em que tais penas são cumpridas, bem como desenvolver atividades e atos relativos ao retorno do interno à sociedade[1].

Ainda da leitura da resolução citada concluímos que os Mutirões Carcerários serão compostos por grupo de magistrados e membros do Ministério Público, acompanhados de servidores necessários para a execução dos trabalhos, todos com atribuições extensivas a todo o território do ente federativo.

A resolução também permite a integração do grupo de trabalho por membros da Defensoria Pública, Ordem dos Advogados, administração penitenciária e segurança pública, entidades educacionais e outras correlatas.

No Estado de Mato Grosso do Sul, até onde temos conhecimento e em virtude da própria experiência nesta Comarca, os mutirões, compostos e coordenados pelo Grupo de Monitoramento, Acompanhamento e Aperfeiçoamento do Sistema Carcerário, denominação contida nos atos normativos do nosso Estado, são compostos unicamente por magistrados e servidores do Tribunal de Justiça, sendo os trabalhos coordenados por um dos magistrados, com supervisão e orientação da Corregedoria Geral de Justiça.

* Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela UNISUL e Juiz de Direito da Comarca de Bataguassu do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.

1 Art. 1.º [...]
§ 2º. Para auxiliar o trabalho de revisão, os Tribunais e Procuradorias poderão criar grupos de trabalho compostos por juízes e membros do Ministério Público, que terão competência e atribuição em todo o Estado ou região, e por servidores em número compatível com a quantidade de processos.
Art. 2º. A revisão consistirá, quanto à prisão provisória, na reavaliação de sua duração e dos requisitos que a ensejaram; quanto à prisão definitiva, no exame quanto ao cabimento dos benefícios da Lei de Execução Penal e na identificação de eventuais penas extintas; e, quanto às medidas socioeducativas de internação, provisórias ou definitivas, na avaliação da necessidade da sua manutenção (art. 121, § 2º, da Lei n. 8069/90) e da possibilidade de progressão de regime.
Art. 3º. No curso dos trabalhos serão emitidos atestados de pena ou medida de internação a cumprir, serão avaliadas as condições dos estabelecimentos prisionais e de internação, promovendo-se medidas administrativas ou jurisdicionais voltadas à correção de eventuais irregularidades, podendo, ainda, ser agregadas outras atividades, como a atualização dos serviços cartorários e institucionais e a promoção de programas de reinserção social ao interno.
[...]

Neste Estado foi por meio do Provimento n. 179 do Conselho Superior da Magistratura, posteriormente substituído pelo n. 190, do mesmo órgão, que se implementou o Grupo de Monitoramento do Sistema Carcerário. As atribuições do grupo estão previstas no art. 2º do Provimento 190 CSM/MS, ao qual remetemos o leitor[2].

Como se denota, as medidas necessárias foram tomadas neste Estado para a execução e implementação das metas previstas pelo Conselho Nacional de Justiça, as quais têm surtido ótimos resultados, conforme estatísticas que podem ser extraídas do próprio sítio eletrônico do Tribunal de Justiça local.

Lá consta, entre outras informações, que o Mutirão Carcerário realizado no Estado entre os meses de agosto e novembro de 2009 resultou na concessão de 1.302 benefícios de liberdade e 1.794 progressões de regime.[3]

Acreditamos que são louváveis as iniciativas do CNJ, assim como do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, porém não podemos nos descurar de que o problema carcerário no Brasil é crônico e sistêmico, sendo a deficiência oriunda de diversos anos de esquecimento e má gestão por parte do Poder Executivo e, quiçá, ineficiência e improvidência do Poder Legislativo, o qual, por vezes, tem o péssimo hábito de vislumbrar a alteração da realidade por meio da simples edição de Leis. Esquecem-se, nossos nobres legisladores, de que a implementação do que consta na lei, demanda aparato humano e logístico. Não basta aprovar uma norma para alterar a realidade social de um país. São também imprescindíveis recursos, de toda ordem, para que ela seja executada. Um bom exemplo do que aqui se fala é a própria Lei de Execução Penal, Lei n. 7.210/84, em boa parte hoje relegada ao esquecimento, principalmente em virtude da impossibilidade prática de implementação do que lá consta.

Como se vê, o Poder Judiciário tem se empenhado e contribuído para a melhoria do sistema, porém tais medidas, por si só, não serão suficientes, uma vez que, como dito acima, lançando mão de metáfora simplória, mas que bem explica a situação, de nada adianta enxugarmos a água do chão se não cuidarmos de dar fim à goteira. Os mutirões continuarão sendo realizados, o choque de gestão dentro do Poder Judiciário surtiu e continuará surtindo efeitos, porém, somente veremos melhorias permanentes, nesse campo em específico, quando a causa e não apenas seus efeitos for controlada e isso, como bem sabemos, percorre caminhos como a educação de base, distribuição de renda, segurança pública, melhorias quantitativa e qualitativa dos estabelecimentos penais, ressocialização de presos, entre tantas outras questões que aqui poderiam ser abordadas, mas que deixamos de lado sob pena de perdermos nosso foco.

E o problema não é novo, vem de longa data, tanto que há aproximadamente 10 anos o brilhante Desembargador do Estado de São Paulo, Celso Luiz Limongi, já dizia:

> Os textos até agora citados e a triste discrepância entre a determinação legal e a realidade assustam: todos nós temos conhecimento das agruras pelas quais passam os presidiários em todo o país, a começar pela superpopulação carcerária, o que implica falta de espaço até para dormir. É pública e notória essa condição, revezando-se os presos: uns dormem, enquanto outros aguardam sua vez, pois não há espaço para que todos possam dormir. Surgiu disso um personagem: o homem-morcego, que dorme em pé, pendurado em coradas![4]

2 Art. 2º O grupo terá as seguintes atribuições:

I – implantar, manter e cumprir as metas do Projeto Começar de Novo, criado pela Resolução n. 96, de 27 de outubro de 2009, do Conselho Nacional de Justiça;
II – planejar e coordenar os mutirões carcerários para verificação das prisões provisórias e dos processos criminais em fase de cumprimento de penas;
III – acompanhar e propor soluções acerca das irregularidades constatadas nos mutirões carcerários e nas inspeções aos estabelecimentos penais;
IV – acompanhar os projetos relativos à construções e ampliações de estabelecimentos penais, propondo soluções para resolver o problema da superlotação carcerária;
V – acompanhar a implantação de sistema de gestão eletrônica da execução penal e mecanismo de acompanhamento eletrônico das prisões provisórias;
VI – acompanhar o cumprimento dos compromissos assumidos nos seminários promovidos pelo Conselho Nacional de Justiça, em relação ao Sistema Carcerário;
VII – implementar a integração das ações promovidas pelos órgãos públicos e entidades com atribuições relativas ao Sistema Carcerário;
VIII – propor ao Conselho Nacional de Justiça e ao Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul a uniformização de procedimentos relativos ao Sistema Carcerário, bem como promover estudos visando o aperfeiçoamento da legislação sobre a matéria;
IX – propor à Escola Superior da Magistratura a realização de cursos, seminários e palestras versando sobre o Sistema Carcerário;
X – fomentar a implementação de projetos de capacitação profissional de presos, e de reinserção social dos egressos do Sistema Carcerário, assim como dos cumpridores de penas e medidas alternativas;
XI – acompanhar a instalação e o funcionamento dos Patronatos e dos Conselhos das Comunidades;
XII – realizar estudos tendentes à instalação e funcionamento da Vara de Execução de Penas Alternativas, difundindo e fomentando a aplicação desta ferramenta de reeducação.
[...]

3 Disponível para acesso em: http://www.tjms.jus.br/noticias/materia.php?cod=17632

4 **Direitos Humanos, visões contemporâneas, Associação Juízes para a Democracia**. São Paulo, 2001, p. 119.

Mais atual, porém não menos trágico, é o relato feito pelo magistrado bandeirante Octavio Augusto Machado de Barros Filho, corregedor de presídios no Estado de São Paulo, sobre o sistema carcerário brasileiro, conforme podemos conferir abaixo:

> Lamentavelmente, a prisão foi entronizada como a rainha das penas e sem seu nome se decreta o expurgo social. Mas o cárcere já não responde à necessidade prioritária do estado de direito, social e democrático; ou seja, pacificar a convivência e resolver os conflitos de especial gravidade. Das 223.220 (duzentas e vinte e três mil, duzentas e vinte) pessoas encarceradas no País, a maioria não encontra perspectiva de retorno social; pois, ao ingressar na prisão, o indivíduo se despersonaliza e sofre o impacto da degradação humana provocada pelo ambiente promíscuo e pelo convívio com delinqüentes de vários matizes; sem que, em contrapartida, as atividades internas lhe proporcionem melhora qualitativa de vida quando alcançar a liberdade. O preso sabe porque está entrando na cadeia, mas dificilmente sabe porque está saindo dela. Os altos índices de reincidência estão a demonstrar que o sistema prisional quase não oferece oportunidade de recuperação. Pelo contrário, amplia e diversifica ainda mais a ação criminosa. Nesse contexto, particularmente sombrio, a atividade correicional busca aproximar o hiato abissal que separa o cárcere real do cárcere legal, apartados por nefasto processo histórico-cultural de prisionização, em que o magistrado deve se empenhar para coibir injustiças, não admitindo que presos permaneçam indefesos, relegados à condição subumana e abandonados em seus direitos fundamentais, de maneira que a sociedade não tenha de suportar os altos custos sociais e econômicos dessa iniqüidade[5]

O panorama apresentado fornece uma vaga idéia do caos em que se encontra nosso sistema carcerário, sendo que tais deficiências, como já dito, são oriundas de diversos fatores, mas certamente o menor deles é a suposta ineficiência do Poder Judiciário. Em nossa breve carreira como magistrado tivemos oportunidade de comprovar que a Lei de Execução Penal não é cumprida principalmente em razão da ineficiência Estatal, no caso do Poder Executivo.

Como se nota, devemos sim aplaudir e elogiar todas as iniciativas do Conselho Nacional de Justiça e do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, porém rogamos, a fim de alterar a realidade descrita pelo Dr. Octavio Augusto, que os Poderes Executivo e Legislativo também se empenhem, com a mesma dedicação, na melhoria do sistema carcerário brasileiro.

3 RECURSO CABÍVEL CONTRA DECISÕES PROFERIDAS EM PROCESSOS DE EXECUÇÃO CRIMINAL

Após os breves comentários sobre os Mutirões Carcerários, retomemos a linha central do articulado.

O art. 197 da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84) dispõe sobre a possibilidade de interposição de recurso, simplesmente denominado agravo, contra decisões proferidas em sede de execução penal, dizendo que tal recurso não tem efeito suspensivo.

Ocorre que a LEP não previu o regime de tal recurso, ficando a tarefa a cargo da doutrina e jurisprudência. O tema não é pacífico, sinalizando nossos doutrinadores para dois entendimentos distintos. O primeiro prega que em virtude do Código de Processo Penal não ter previsto recurso sob a denominação de agravo, devem ser aplicadas as regras do Código de Processo Civil, as quais regem o agravo de instrumento previsto naquele diploma.

O outro entendimento cunhado pela doutrina prega que a matéria deve ser resolvida pelas disposições do Código de Processo Penal, isso em razão do que dispõe o art. *2°,* da LEP, o qual diz que o Código de Processo Penal aplica-se ao processo de execução da pena, de modo que a conclusão do grupo que defende tal tese é de

5 Corregedorias do Poder Judiciário. Vladimir Passos de Freitas (coord.) **RT**, p. 315-316.

que devem ser observadas as regras do recurso em sentido estrito quando à interposição e processamento do agravo em execução.

O primeiro entendimento é defendido, entre outros, pelos mestres Ada Pellegrini Grinover, Júlio Mirabete, Antônio Scaiance Fernandes e Carlos Frederico Coelho. Já no grupo que prega o segundo entendimentos encontramos também juristas de peso, tais como Fernando da Costa Tourinho Filho, Magalhães Noronha e Adalberto Camargo Aranha.

Acreditamos, com a vênia necessária aos que pensam em sentido contrário, que a melhor interpretação é a fornecida por aqueles que defendem a solução da lacuna por meio de regras do Direito Processual Penal, isso em razão do que dispõe o já citado art. 2º da LEP, Lei n. 7.210/84, redigido nos seguintes termos: *"A jurisdição penal dos juízes ou tribunais da justiça ordinária, em todo o território nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal"*.

Notamos que o comando transcrito remete o magistrado e o intérprete da lei, quando da solução de dúvidas e lacunas da lei de execução penal, ao Código de Processo Penal, constituindo-se este em legislação subsidiária de primeiro plano no que toca à LEP.

Assim sendo, em virtude de o Código de Processo Penal não prever recurso sob a denominação de agravo, bem como pelo fato do recurso em sentido estrito conter toda a estrutura de um agravo e atacar, em regra, decisões interlocutórias, formando normalmente um instrumento, é que a melhor conclusão aponta no sentido de se aplicar o regramento do recurso em sentido estrito nos agravos em execução.

A propósito, merece registro o magistério do renomado Magalhães Noronha o qual, após assinalar as duas correntes, acentuou o seguinte:

> Temos, para nós, que a solução para o procedimento há de ser encontrada no recurso em sentido estrito, já que o mesmo, como ficou demonstrado, é irmão gêmeo do agravo. Os arts. 583 e 587 do Código de Processo Penal, falando do recurso em sentido estrito, sabiamente estabeleceram que o recurso será processado nos próprios autos quando a decisão atacada não exigir andamento normal do processo; em forma de instrumento quando o processo seguir a sua caminhada normal, já que sem efeito suspensivo. O mesmo raciocínio deve ser usado para o agravo. Em certos casos, como a realidade fática tem sobejamente demonstrado, não há necessidade da formação do instrumento, podendo o recurso ser processado nos próprios autos, com grande economia de tempo, trabalho e material. Em outros, porque sem efeito suspensivo e com o processo em normal andamento, torna-se necessária a formação do instrumento"[6]

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou também nesse sentido, no julgamento do HC n. 6.642-SP e REsp n. 171.755/DF, no qual respectivamente consignou o seguinte:

> O agravo em execução, recurso previsto no art. 197 da Lei de Execução Penal, não tem efeito suspensivo, salvo no caso de decisão que determina a desinternação ou liberação de quem cumpre medida de segurança, e tem o seu processamento segundo as normas que regem o recurso em sentido estrito.
>
> De fato, esse é o melhor entendimento pois ao se impor ao recurso de agravo o rito previsto para o agravo de instrumento, ou seja, as regras do Código de Processo Civil, flagrante a violação ao artigo 2° da própria Lei n. 7.210 (Lei das Execuções), que dispõe "A jurisdição penal dos juízes ou tribunais de justiça ordinária, em todo o território nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal." Ademais,

6 **Curso de Direito Processual Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 406.

> o Código de Processo Penal contém normas disciplinadoras do recurso em sentido estrito, o qual anteriormente à edição da LEP - Lei de Execuções Peanis, que introduziu o recurso de agravo para decisões proferidas em sede de execução da pena, era o recurso cabível contra determinadas decisões proferidas pelo juízo de execução. Desta forma, face ao princípio da razoabilidade, convém conhecer o agravos interpostos segundo o rito previsto para o recurso em sentido estrito, em razão do silêncio da Lei de Execução..

Ainda sobre o tema, também a indicar a não aplicação das regras do Agravo de Instrumento do Código de Processo Civil, temos o enunciado n. 700 da Súmula do STF, estabelecendo que o prazo para a interposição do agravo em execução é idêntico ao do recurso em sentido estrito. O enunciado está assim redigido: "*É de 05 dias o prazo para interposição de recurso contra decisão do juiz proferida em execução criminal.*"

Fixado que o recurso de agravo em execução deve seguir as regras do recurso em sentido estrito, cumpre observar que tal procedimento prevê, conforme art. 589 do Código de Processo Penal, o juízo de retratação pelo magistrado prolator da decisão, sendo que segundo de lá se extrai o momento apropriado para a realização da mencionada retratação é logo após o oferecimento das contrarrazões. A seguir discorremos sobre algumas peculiaridades do juízo de retratação quando se trata de decisões dos denominados mutirões carcerários.

4 JUÍZO DE RETRATAÇÃO E OS MUTIRÕES CARCERÁRIOS

Segundo anunciamos no início, sustentamos que o juízo de retratação em agravos em execução interpostos contra decisões dos Mutirões Carcerários deve ser feito pelos magistrados que compõem o grupo de trabalho, isso em razão do magistrado titular da vara sob regime de mutirão ser "afastado" (grifo nosso) momentaneamente dos processos que serão revisados, decorrendo daí diversos desdobramentos a seguir relatados e que justificariam a tese defendida neste arrazoado.

Embora não conste na Resolução Conjunta n. 01/2009 do CNJ e CNMP, bem como não haja tratamento específico da questão no provimento 190 do Conselho Superior da Magistratura deste Estado, por meio da leitura de ordens de serviço baixadas pela Corregedoria Geral da Justiça do nosso Estado é possível concluir que os trabalhos do mutirão são feitos sem a participação do magistrado titular da vara sob regime de exceção[7].

Além do conteúdo das ordens de serviço citadas, podemos concluir pela experiência vivida em nossa Comarca e relatos de outros magistrados visitados pelos mutirões, que de fato os trabalhos são desempenhados única e exclusivamente pelos magistrados que compõem o grupo, sem participação do titular da vara que está sendo inspecionada, embora continue ele exercendo normalmente suas funções nos processos que não foram direcionados ao mutirão. Trata-se de uma espécie de "avocação" (grifo nosso) de processos, já que dias antes do grupo comparecer na Comarca é solicitado que os feitos sejam deixados a sua disposição, para fins de cálculos, apreciação e decisão.

Há quem sustente que os mutirões ofenderiam inclusive o princípio do Juiz Natural, porém, preferimos a tese dos que afirmam não haver princípio constitucional absoluto e que nestas questões de que ora tratamos deve

7 ORDEM DE SERVIÇO N. 010/2010 - O CORREGEDOR-GERAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições legais e nos termos do artigo 3º, IV, do Código de Normas da CGJ-MS; Considerando os objetivos constantes do Provimento n. 210/2010 do Conselho Superior da Magistratura que trata do mutirão carcerário no corrente ano; Considerando a necessidade de fixar procedimentos e prazos para a consecução do fim almejado, isto é, o exame dos processos de réus presos e cumpridores de medida restritiva de liberdade, visando a verificação da regularidade das prisões e internações nos processos de conhecimento e de eventuais benefícios nos processos de execução; Considerando a necessidade de otimizar os trabalhos do mutirão carcerário nas Comarcas de Três Lagoas e Paranaíba, em razão do cronograma estabelecido pelo Conselho Superior da Magistratura; RESOLVE: Art. 1º. Determinar aos senhores escrivães e/ou chefe de cartório das serventias judiciais Criminais e da Infância e Juventude das comarcas de Três Lagoas e Paranaíba a adoção das providências abaixo, com observância improrrogável dos prazos fixados: I - Até a data de 20.8.2010:

1. Relacionar os processos de réus presos provisoriamente, execuções penais definitivas e provisórias dos regimes fechado e semi-aberto, medidas de segurança de internação e, na Vara da Infância e da Juventude, os procedimentos relativos aos cumpridores de medida restritiva de liberdade; 2. Encaminhar a relação dos processos por meio do e-mail mutirao. carcerario@tjms.jus.br; 3. Atualizar o histórico de partes; 4. Juntar as pendências existentes; 5. Verificar, nos processos de conhecimento de réus presos, já com sentença, se houve a expedição da guia de execução provisória, providenciando-a em caso de inexistência; II - Até a data de 27.8.2010: 1. Promover a remessa dos autos relacionados à Coordenação do Mutirão, com exceção daqueles com audiências designada para os dias 30 e 31 de agosto de 2010 e 1, 2 e 3 de setembro/2010 (grifo nosso). Art. 2º. A remessa dos autos, nos prazos estabelecidos, é de responsabilidade das serventias. Cumpra-se. Campo Grande, MS, 6 de agosto de 2010. Des. JOSUÉ DE OLIVEIRA Corregedor-Geral de Justiça

prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista sua preponderância, sobretudo em razão de tal princípio figurar como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (inciso III do art. 1º da CF).[8]

Embora não tenha eficácia jurisdicional, entendo relevante salientar o que ficou decidido no Procedimento de Controle Administrativo n. 043/2005 do Conselho Nacional de Justiça. Na ocasião ficou consignado o seguinte na ementa do julgamento:

> PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO – MUTIRÃO DESTINADO A AGILIZAR O JULGAMENTO DE PROCESSOS JUDICIAIS – ALEGADA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL, COM INSTITUIÇÃO DE TRIBUNAL DE EXCEÇÃO – INEXISTÊNCIA – ORIENTAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO. I - Em todo o Judiciário brasileiro, os chamados mutirões têm servido como importante instrumento adotado pela administração da justiça para agilizar a tramitação de processos. Na sistemática desses mutirões, a administração dos Tribunais, com a autonomia que lhe é própria, se vale da prerrogativa legal e regimental de designar, por ato da presidência, juízes substitutos ou mesmo titulares voluntários, para auxiliarem determinado juízo. II – **Nos mutirões, não se cogita afastamento dos juízes titulares das varas beneficiadas. Ao contrário, esses titulares somam seus esforços aos do grupo de magistrados designados para o auxílio e não raro os coordena**. Da mesma forma, o ato de designação não vincula quaisquer dos juízes a determinado processo. O juiz não é designado para proferir sentença em dado feito. De modo absolutamente desvinculado, há um grupo de juízes de um lado e um acervo de processos do outro. O objetivo é liquidar o acervo, pouco importando quem profira a decisão, podendo ser o próprio titular da vara. III - **Os mutirões, portanto, não ofendem a garantia do juiz natural e muito menos cria tribunal de exceção. No caso dos mutirões, o juiz natural é aquele que, de modo aleatório, conforme a sistemática de trabalho adotada, recebe o feito para apreciação e o julga com a devida imparcialidade.** IV – Orientação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. V – Procedimento de Controle Administrativo rejeitado. (grifos nosso)

Como se nota, o próprio Conselho Nacional de Justiça já se pronunciou no sentido de que os mutirões não violam o princípio do juiz natural, ficando assentado que eles não afastam os magistrados titulares dos processos, embora, com relação a este aspecto, temos a observar que no caso do mutirão realizado em nossa Comarca, assim como em outras do Estado, o que presenciamos é que os titulares das varas não participam das atividades desenvolvidas pelo mutirão.

Longe de constituir crítica aos métodos adotados pelos mutirões, ao que parece a realidade por nós vivenciada ocorre em outras unidades da federação. Tanto isso é verdade que a Associação dos Magistrados Maranhenses apresentou consulta, datada de 13 de abril de 2010, perante o Conselho Nacional de Justiça, justamente questionando o ponto mencionado.

Dentre os questionamentos da Associação, encontramos:

> [...]
>
> a) Que esse E. Conselho Nacional de Justiça se manifeste sobre a legalidade da atuação do Segundo Mutirão Carcerário realizado no Estado do Maranhão, deliberando se o afastamento dos juizes titulares dos processos beneficiados, a exemplo da concessão de benefícios, ofende os princípios constitucionais do juiz natural e da não criação de tribunal de exceção, assim como contraria a decisão proferida por esse órgão nos autos do Procedimento de Controle Administrativo n. 43/2005;
>
> [...]

8 O mutirão carcerário e o princípio do juiz natural. Rodrigo Régnier Chemim Guimarães, in: http://www.mp.pr.gov.br/arquivos/File/Mutirao_Carcerario_e_Juiz_Natural

Como já dito, não discordamos dos métodos e procedimentos adotados pelos Tribunais de Justiça quanto à execução dos mutirões. Em nosso singelo pensar, acreditamos que com relação a este aspecto devemos ser pragmáticos, cabendo ao Tribunal, autoridade maior, decidir a forma por meio da qual os trabalhos terão maior efetividade.

Mencionamos os questionamentos acima apenas com a intenção de fundamentarmos nossa tese, segundo a qual, ao ser "afastado" (grifo nosso) dos processos encaminhados ao mutirão, não pode o magistrado titular da vara ser compelido a exercer o juízo de retratação em agravos em execução ou mesmo recurso em sentido estrito tirados contra decisões dos mutirões carcerários.

Também a justificar que não cabe aos titulares das varas o juízo de retratação dos recursos citados, é importante ressaltar que, invariavelmente, os grupos de trabalho ostentam posições jurídicas distintas dos titulares das Varas por onde passam, o que, de certo modo, justifica alguns benefícios concedidos, pois o foram não por ineficiência do magistrado titular, mas simplesmente por aquele entender que aquele benefício, naquele caso específico, não seria apropriado.

Como exemplo dessas situações, por nós experimentadas, foi o reconhecimento pelo mutirão de que o crime do art. 33, c.c. parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06 não é equiparado a hediondo, daí decorrendo tratamento diferenciado sobre a contagem do tempo de progressão, já que adotada a contagem de 1/6.

Em alguns processos que havia nos manifestado, entendemos que não seria caso de concessão do benefício, isso em razão da causa de diminuição do parágrafo 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, segundo acreditamos, não excluir, por si só, a natureza do crime hediondo, mantendo-se a incidência das regras especiais de contagem de pena previstas na Lei n. 8.072/90, alterada pela Lei n. 11.464/07.

Para se ter idéia do problema, acrescentamos a seguir aresto do Superior Tribunal de Justiça, no sentido da manutenção da hediondez quando se trata da aplicação do parágrafo 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. Está assim redigida a ementa:

> TRÁFICO. DROGAS. REGIME INICIAL FECHADO. Trata-se de *HC* no qual o paciente busca a fixação de regime prisional mais brando para o início do cumprimento de pena, uma vez que foi condenado pela prática do crime de tráfico de drogas cometido em 28.4.2008, portanto após o advento da Lei n. 11.464/2007. A Turma denegou a ordem e reiterou seu entendimento de que, embora o legislador tenha previsto a possibilidade de reduzir as sanções do agente primário, de bons antecedentes que não se dedica à atividade criminosa nem integra organização criminosa (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), subsistem as razões que o levaram a qualificar o tráfico ilícito de entorpecentes como equiparado a hediondo, pois os critérios que permitem a redução da pena não têm a finalidade de mitigar o juízo de reprovação incidente sobre a conduta delituosa em si mesma, que continua sendo a de tráfico ilícito de drogas. Demonstrada a hediondez da figura descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, não há que se falar em não incidência da Lei n. 11.464/2007 nesses casos. Assim, consumado o crime de tráfico de entorpecentes após o advento da Lei n. 11.464/2007, a qual atribuiu nova redação ao art. 2º, § 1º, da lei dos crimes hediondos (Lei n. 8.072/1990), que estabeleceu o regime inicial fechado no caso dos condenados pela prática do mencionado delito, não há falar em regime inicial diverso do fechado. Precedentes citados do STF: *HC* 91.360-SP, DJe 20.6.2008; do STJ: *HC* 119.506-GO, DJe 9.2.2009, e *HC* .106.461-GO, DJe 3.11.2008 (STJ, *HC* n. 143.361-SP, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 23.2.2010).

Independentemente das posições adotadas pelos mutirões carcerários, o que se pretende é mostrar que nem sempre elas irão coincidir com as do titular da vara, de modo que por questões óbvias, até mesmo para preservar a independência jurisdicional, tanto do magistrado como do mutirão, é que se defende a tese segundo a qual não cabe àquele realizar juízo de retratação em recursos interpostos contra decisão que não proferiu e, por vezes, com a qual sequer está de acordo.

Veja-se que sustentar posição diversa criaria o seguinte problema: ou o magistrado titular da vara estaria "compelido" (grifo nosso) a manter a decisão com a qual não concorda ou, em caso contrário, alterando a decisão anteriormente proferida pelo Mutirão, colocaria em risco todo o empenho do Conselho Nacional de Justiça, Tribunais de Justiça, magistrados designados para os trabalhos, bem como quaisquer outras pessoas ou entidades que aderirem ao movimento. Certamente nenhuma das duas situações descritas seria desejada pelos idealizadores do projeto, pessoas incumbidas de colocá-lo em prática, muito menos magistrados titulares das varas que forem objeto dos mutirões.

Outro fundamento que, a nosso ver, justifica a posição adotada é que a Lei Processual Penal foi alterada, introduzindo-se no CPP o princípio da identidade física do juiz. A Lei n. 11.719, de 2008, alterou alguns pontos do Código de Processo Penal e entre as alterações deu nova redação ao artigo 399, parágrafo 2º, estabelecendo que: *"o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença"*

Embora tal princípio seja aplicado para vincular o juiz que instruiu o feito à prolação da sentença, acreditamos que se aplicar a regra, ainda que indiretamente, ao juízo de retratação dos recursos, seria defensável que o magistrado titular da vara somente estaria obrigado a exercer a retratação caso estivesse convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado.

O raciocínio parte da premissa de que o artigo 3º do Código de Processo Penal admite a *"interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito"*. Nesse sentido, isso significa que deve ser aplicada, em complemento ao parágrafo 2º do art. 399 do CPP, a regra do artigo 132 do Código de Processo Civil, a qual estabelece justamente que "*o juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide,* ***salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor***" (grifo nosso).

Assim sendo, acreditamos que, *a contrario sensu*, por ter o mutirão proferido a decisão atacada quando o magistrado titular da vara não estava convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, acabou por fixar sua competência para eventual juízo de retratação a ser efetuado em recurso interposto contra decisão proferida naquelas circunstâncias.

A nosso ver, tais circunstâncias, somadas, justificam que não cabe ao magistrado titular da vara exercer juízo de retratação de recursos interpostos contra decisões dos mutirões, pois, por óbvio, a efetividade dos trabalhos desempenhados por eles poderia restar inútil. A tese busca conciliar a realidade e efetividade dos mutirões com a independência e livre convicção dos magistrados titulares das varas em que se realizem tais movimentos.

5 CONCLUSÕES

Assim sendo, em vista de tudo o que foi exposto, sintetizamos nossa posição nos seguintes enunciados:

1 - As medidas do Conselho Nacional de Justiça e Tribunais de Justiça são louváveis, merecem aplausos, porém não são suficientes, uma vez que se mostra necessária a conjugação de esforços dos três Poderes da República para que de fato sejam realizadas mudanças substanciais e duradouras no sistema carcerário brasileiro;

2 - O colapso do sistema carcerário brasileiro não é derivado única e exclusivamente de eventual ineficiência do Poder Judiciário e, por consequência, não será resolvido somente por atos deste;

3 - O recurso cabível contra decisões proferidas em sede de execução de pena é o agravo em execução, o qual seguirá o procedimento do recurso em sentido estrito, previsto no art. 581 e seguintes do Código de Processo Penal;

4 - Os magistrados titulares das varas atingidas pelos trabalhos dos mutirões carcerários não atuam em conjunto com estes, permanecendo afastados temporariamente dos processos encaminhados ao grupo de trabalho;

5 - Os mutirões carcerários não violam o princípio do juiz natural ou a identidade física do juiz, uma vez que o princípio da dignidade da pessoa humana se sobrepõe a eles e autoriza a implementação das medidas tomadas pelo Conselho Nacional de Justiça e Tribunais Estaduais;

6 - Em razão das premissas acima dispostas, o juízo de retratação em agravos em execução e outros recursos interpostos contra decisões proferidas pelos mutirões carcerários, deve ser realizado pelos próprios magistrados que compõem o grupo de trabalho, não pelo titular da vara em que foram executadas as atividades extraordinárias;

6 REFERÊNCIAS

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DIREITOS HUMANOS: visões contemporâneas. São Paulo: Associação Juízes para a Democracia, 2001.

FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). Corregedorias do Poder Judiciário. São Paulo: **RT**, 2003.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Finalidades da pena**. São Paulo: Manole, 2004.

LEGISLAÇÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. (Coleção Saraiva de Legislação).

ROXIN, Claus, ARZT, Gunther, TIEDEMANN, Klaus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdid**as. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Revista Trimestral de Jurisprudência
TJMS



Apelação Cível n. 2010.012281-9 - Glória de Dourados
Quarta Turma Cível
Relator Des. Atapoã da Costa Feliz

EMENTA - APELAÇÃO – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – APREENSÃO IRREGULAR DE PÁSSAROS E GAIOLAS – ATO ILÍCITO PASSÍVEL DE INDENIZAÇÃO – RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR ATOS DE SEUS AGENTES – DANO MATERIAL E MORAL COMPROVADOS – DANO MORAL FIXADO EM *QUANTUM* RAZOÁVEL – PEDIDO DE REDUÇÃO AFASTADO – CORREÇÃO MONETÁRIA QUANTO AOS DANOS MATERIAIS INCIDENTE A PARTIR DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO – JUROS DE MORA A CONTAR DO EVENTO DANOSO – SÚMULA 54 DO STJ – JUROS MORATÓRIOS FIXADOS EM 1% – INAPLICABILIDADE DO ART. 1º-F DA LEI N. 9.494/97 – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA – RECURSO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 27 de julho de 2010.

Des. Atapoã da Costa Feliz – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul com relação à sentença de procedência em parte do pedido proferida na ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada por Luiz Carlos Oliveira.

A sentença, integrada pelo *decisum* proferido em sede de embargos de declaração, consiste na condenação do apelante ao pagamento de indenização por danos materiais a serem arbitrados em liquidação de sentença e danos morais, no valor de R$ 5.000,00, em virtude da apreensão de oito pássaros e dez gaiolas do recorrido, com correção monetária pelo índice INPC a contar da decisão que fixar o valor dos danos morais e com incidência a partir do ajuizamento da ação quanto aos danos materiais, além de juros de mora de 1% ao mês, desde o evento danoso.

Sustenta que o fato de não ter restituído os animais e as gaiolas não gera dano a indenizar, pois se tratava de criação irregular, visto que o recorrido não regularizou a situação dos oito pássaros.

Alega que não há dano material porquanto o recorrido não comprovou que pagou pelos animais nem sequer que estava autorizado a comercializá-los; sendo que, quanto às gaiolas, não restou provada sua apreensão.

Aduz que é incabível indenização por danos morais, uma vez que não houve demonstração do abalo ao sentimento íntimo e sofrimento psíquico do recorrido, tampouco que os animais apreendidos eram de

estimação; havendo pedido alternativo de redução do valor da indenização para R$ 500,00, em caso de ser mantida a condenação à indenização por danos morais.

Requer, ainda, a incidência da correção monetária, quanto aos danos materiais, a partir da citação; que os juros de mora, no que se refere aos danos morais, sejam contados a partir da decisão; redução do percentual dos juros de mora para 0,5% ao mês, conforme art. 1º-F da Lei n. 9.494/97.

Em contrarrazões (f. 243-250), o recorrido pede o improvimento do recurso e o prequestionamento da matéria.

VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul com relação à sentença de procedência em parte do pedido proferida na ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada por Luiz Carlos Oliveira.

A sentença, integrada pelo *decisum* proferido em sede de embargos de declaração, consiste na condenação do apelante ao pagamento de indenização por danos materiais, a serem arbitrados em liquidação de sentença e danos morais, no valor de R$ 5.000,00, em virtude da apreensão de oito pássaros e dez gaiolas do recorrido, com correção monetária pelo índice INPC a contar da decisão que fixar o valor dos danos morais e com incidência a partir do ajuizamento da ação quanto aos danos materiais, além de juros de mora de 1% ao mês, desde o evento danoso.

Consta dos autos que o recorrido é criador de pássaros e que, para isso, detém autorização do IBAMA, sendo que possuía em seu criadouro 7 curiós e 1 canário-da-terra, os quais foram apreendidos pelo soldado da polícia militar ambiental do Estado, Sr. Fabrício Silveira, em 4.2.2004, sem nenhum mandado judicial, ocasião em que, segundo o recorrido, também desapareceram de sua residência dez gaiolas, uma ratoeira e o montante de R$ 526,00.

O Estado apelante sustenta que o fato de não ter restituído as aves e as gaiolas não gera dano a indenizar, pois se tratava de criação irregular, visto que o recorrido não procedeu à regularização da situação dos oito pássaros.

Alega que não há dano material porquanto o recorrido não comprovou que pagou pelas aves e nem sequer que estava autorizado a comercializá-los; sendo que, quanto às gaiolas, não restou provada sua apreensão.

Aduz que é incabível indenização por danos morais, uma vez que não houve demonstração do abalo ao sentimento íntimo e sofrimento psíquico do recorrido, tampouco que as aves apreendidas eram de estimação; havendo pedido alternativo de redução do valor da indenização para R$ 500,00, em caso de ser mantida a condenação pelos danos morais.

Requer ainda a incidência da correção monetária, quanto aos danos materiais, a partir da citação; que os juros de mora, no que se refere aos danos morais, sejam contados a partir da decisão; redução do percentual dos juros de mora para 0,5% ao mês, conforme art. 1º-F da Lei n. 9.494/97.

Em contrarrazões (f. 243-250), o recorrido pede o improvimento do recurso e o prequestionamento da matéria.

Ao analisar os autos, verifica-se ser evidente o direito do recorrido à indenização porquanto houve indevida apreensão de algumas aves e gaiolas que lhe pertenciam.

Não obstante o recorrente aduza nas razões de apelação que a situação dos oito pássaros era irregular porque não estavam anilhados, não é isso o que se depreende dos autos, pois, além de o recorrido ser cadastrado no IBAMA como "criador amador de passeriformes" (f. 14-15), nota-se que ele havia informado ser proprietário das referidas aves (7 curiós e 1 canário-da-terra), sem anilhos, conforme documento acostado às f. 16-17.

Embora o apelante tenha alegado na contestação que apreendeu dez pássaros, constata-se que é irregular a apreensão das aves descritas no documento de f. 16-17, ou seja, oito pássaros, uma vez que a situação destes era regular.

A regularidade dessas aves extrai-se do documento de f. 58-60, segundo o qual considerou-se regulares os pássaros sem anilhos, sendo que o anilhamento seria realizado em data posterior, o que, todavia, não ocorreu.

Porém, ao contrário do que alega o apelante, não se comprovou que foi o recorrido quem deixou de proceder ao posterior anilhamento dos pássaros, mesmo porque no documento de f. 58-60 não restou certo que cabia a ele realizar o aludido procedimento.

Diante disso, é irregular a captura das aves informadas ao IBAMA, fato que, por ser ilícito, gera o dever de indenizar, consoante preceitua o art. 927 do Código de Processo Civil.

Assim, constata-se que agiu com o devido acerto o magistrado ao condenar o Estado apelante ao pagamento de indenização por danos materiais e morais, porquanto ele responde por atos de seus agentes, conforme asseverado na sentença.

O dano material é evidente na medida em que foram apreendidos pássaros e objetos de propriedade do apelante, os quais se encontravam em sua residência e não lhe foram restituídos, o que afasta o argumento de que o recorrido não provou que pagou pelas aves ou que ele não possuía autorização para comercializá-las.

No que se refere às gaiolas, deve-se considerar que elas foram de fato apreendidas, juntamente com os pássaros, até porque, como dito pelo policial militar Sr. Valmir de Menezes, que participou da operação de captura das aves, foram elas levadas nas próprias gaiolas em que se encontravam:

> Que na época dos fatos o depoente estava lotado em Dourados – MS, e era o sub-comandante, da polícia militar ambiental; que foi o depoente quem comandou uma operação policial, na cidade de Glória de Dourados, porém não se recorda da data; que tal operação foi realizada na casa do requerente, Luiz Carlos Oliveira, a partir de uma denúncia por telefone, que noticiava a criação de irregular de pássaros;[...] que foram levadas da residência do requerente várias gaiolas com pássaros[...] (f. 147-148).

O fato que confirma o dano moral é a forma como os policiais adentraram na residência do recorrido e capturaram as aves e demais objetos, em horário em que ele não se encontrava presente, tendo deixado as portas da casa abertas até sua chegada ao final da tarde.

Mantém-se, portanto, a condenação à indenização por danos morais.

Não prospera, também, o pedido alternativo de redução do valor dos danos morais, pois a quantia fixada pelo juiz, de R$ 5.000,00, mostra-se razoável e de acordo com as peculiaridades do caso, além de ser suficiente para punir o ofensor, além de reparar o sofrimento do recorrido.

Quanto ao termo inicial de incidência da correção monetária para os danos materiais, o juiz fixou a data do ajuizamento da ação, de acordo com o disposto no art. 1º, § 2º, da Lei n. 6.899/97, o que deve ser mantido, pois a data da citação, em relação a qual o recorrente pede seja contada a atualização, não é, nos termos do art. 219 do CPC, considerada para tal fim.

Com relação aos juros de mora, a sentença não merece reforma, tendo em vista que o magistrado determinou sua incidência a partir do evento danoso, conforme previsto na Súmula n. 54 do Superior Tribunal de Justiça: "*Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual*".

Ainda quanto aos juros de mora, não se trata o presente caso de obrigação decorrente de verbas remuneratórias a servidores públicos, motivo pelo qual não há falar na limitação imposta na Lei n. 9.494/97, a qual, em seu art. 1º-F dispõe o seguinte: *"Os juros de mora, nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, não poderão ultrapassar o percentual de seis por cento ao ano".*

Ademais, contrariamente ao que afirma o recorrente, não se aplica a Lei n. 11.960/09, que alterou o art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, para redução dos juros, visto que sua vigência é posterior ao ajuizamento da ação.

Quanto ao prequestionamento, esclarece-se que prequestionar nada mais é do que manter discussão sobre uma matéria nas diversas fases por que passa o processo ou nos recursos interpostos sobre cada decisão recorrível.

Uma vez observado isso, certamente eventual recurso não deixará de ser admitido por falta de prequestionamento, sendo desnecessária a manifestação expressa do julgador sobre os dispositivos legais.

Posto isso, nega-se provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

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

Campo Grande, 27 de julho de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.016484-8 - Aquidauana
Quarta Turma Cível
Relator Des. Atapoã da Costa Feliz

EMENTA – APELAÇÃO – AÇÃO DE COBRANÇA – FAZENDA PÚBLICA – APLICAÇÃO DOS EFEITOS DA REVELIA – INADMISSIBILIDADE – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – POSSIBILIDADE – CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADO – CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA – REGIME ESPECIAL QUE NÃO SE CONFUNDE COM O ESTATUTÁRIO OU CELETISTA – PRETENSÃO DE RECEBIMENTO DE VERBAS PREVISTAS NO ESTATUTO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO MUNICÍPIO INDEFERIDA – RECURSO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 3 de agosto de 2010.

Des. Atapoã da Costa Feliz – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz

Trata-se de recurso de apelação interposto por Onivande Damascena Pereira com relação à sentença de improcedência do pedido proferida na ação de cobrança ajuizada em desfavor do Município de Aquidauana-MS.

Aduz que deve ser aplicada a pena de revelia ao recorrido, pois foi citado e não apresentou contrarrazões no prazo legal; que os pedidos formulados na inicial não se tratam de direitos indisponíveis sendo, portanto, plenamente cabível a aplicação dos efeitos da revelia.

Argumenta que o magistrado não poderia ter reconhecido a prescrição uma vez que não houve o reconhecimento do direito do recorrente, o que torna nula a sentença nessa parte.

Alega cerceamento de defesa porquanto o juiz proferiu sentença sem que lhe fosse permitida a produção de prova testemunhal.

Pede, por fim, a procedência dos pedidos formulados na inicial, para declarar que o recorrente foi funcionário público do recorrido no período compreendido entre 14.2.1995 a 14.5.2008, pelo que tem direito às verbas de adicional por tempo de serviço à razão de 50% por quinquênio de serviço, adicional de férias no montante de 50% sobre o valor das férias e gratificação natalina de um salário-mínimo por ano de trabalho.

Contrarrazões pela manutenção da sentença.

VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação interposto por Onivande Damascena Pereira com relação à sentença de improcedência do pedido proferida na ação de cobrança ajuizada em desfavor do Município de Aquidauana-MS.

Consta na inicial que o apelante trabalhou para o requerido, de forma contínua, no período de 14.2.1995 a 14.5.2008, de segunda à sexta-feira, das sete às dezessete horas, com duas horas de intervalos e aos sábados, das sete às onze horas, exercendo serviços gerais de limpeza pública, pelo que recebia um salário-mínimo por mês.

Relata o recorrente que não recebeu o adicional por tempo de serviço por quinquênio, além das férias com adicional de 50% e gratificação natalina do tempo de trabalho, o que lhe é assegurado pela Lei Municipal n. 1.231/91 – Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de Aquidauana-MS, fato que ensejou a propositura da presente ação.

Aduz que deve ser aplicada a pena de revelia ao recorrido, pois foi citado e não apresentou contrarrazões no prazo legal; que os pedidos formulados na inicial não se tratam de direitos indisponíveis sendo, portanto, plenamente cabível a aplicação dos efeitos da revelia.

Argumenta que o magistrado não poderia ter reconhecido a prescrição uma vez que não houve o reconhecimento do direito do recorrente, o que torna nula a sentença nessa parte.

Alega cerceamento de defesa porquanto o juiz proferiu sentença sem que lhe fosse permitida a produção de prova testemunhal.

Pede, por fim, a procedência dos pedidos formulados na inicial, para declarar que o recorrente foi funcionário público do recorrido no período compreendido entre 14.2.1995 a 14.5.2008, pelo que tem direito às verbas de adicional por tempo de serviço à razão de 50% por quinquênio de serviço, adicional de férias no montante de 50% sobre o valor das férias e gratificação natalina de um salário mínimo por ano de trabalho.

Afasta-se o pedido de aplicação dos efeitos da revelia ao recorrido tendo em vista que tal não ocorre quando o litígio versa sobre direitos indisponíveis, conforme dispõe o art. 320, inciso II do Código de Processo Civil.

Assim, considerando-se que o presente caso versa sobre ação de cobrança proposta em desfavor do Poder Público, e que o objeto do litígio, no caso o interesse público, é indisponível, não há falar em revelia.

Nesse mesmo sentido tem se manifestado a jurisprudência:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – FAZENDA PÚBLICA – SINDICATO DOS SERVIDORES MUNICIPAIS DE MUNDO NOVO – CONFISSÃO E EFEITOS DA REVELIA – INADMISSIBILIDADE – ARTIGOS 302, I E 320, II, DO CPC – DIREITOS INDISPONÍVEIS – FALTA DE ANUÊNCIA PARA DESCONTOS EM FOLHA DE PAGAMENTO SUPRIDA POR DOCUMENTOS QUE COMPROVAM O FATO – RECURSO NÃO PROVIDO.
>
> Em se tratando de direitos indisponíveis e diante das disposições legais contempladas nos artigos 302, I e 320, II, do CPC, é vedado o reconhecimento da revelia e seus efeitos contra a Fazenda Pública.
>
> O documento que comprove a existência de repasse de contribuição sindical dos servidores do município ao respectivo Sindicato supre eventual ausência de anuência. (AC n. 2004.004180-2, Mundo Novo, Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade, julgado em de 14.8.2007).

Quanto à alegação de nulidade da sentença por ter o magistrado reconhecido a prescrição com relação à pretensão das cobranças do período quinquenal anterior à propositura da ação, nota-se que, ainda assim, o juiz apreciou o mérito e julgou improcedentes os pedidos do apelante, não havendo falar em nulidade, justamente porque se reconheceu a inexistência de seu direito, em face de nunca ter sido funcionário público.

Afasta-se, também, o pedido de nulidade da sentença por cerceamento de defesa, pois, embora tenha havido o julgamento antecipado da lide, havia nos autos provas suficientes para o convencimento do magistrado, ao qual se destina a produção de provas.

Sobre o pedido de declaração de que o recorrente foi funcionário público do recorrido no período de 14.2.1995 a 14.5.2008, o que lhe daria o direito ao recebimento das verbas previstas no Estatuto dos Funcionários Públicos do Município recorrido, novamente não lhe assiste razão.

Observa-se dos autos que o apelante juntou o documento de f. 8, que demonstra os períodos nos quais trabalhou para o recorrido, fato posteriormente comprovado pelas informações trazidas pelo Município às f. 108, do que resta evidente que os contratos de trabalho realizados entre as partes eram por prazos determinados, tratando-se de contratações temporárias.

Essa forma de contratação é prevista pela Constituição Federal, em seu art. 37, inciso IX, segundo o qual: "*a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público*".

Trata-se, portanto, de situação excepcional em que o funcionário fica sujeito a um regime especial, que não se confunde com o celetista e tampouco com o estatutário.

No caso, o apelante faz jus ao que foi pactuado no contrato de trabalho temporário, de modo que não lhe podem ser concedidas as verbas previstas na Lei n. 1.231/91 (Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de Aquidauana-MS), ora requeridas, porquanto ele não é funcionário público estatutário.

Aliás, verifica-se que nenhuma razão assiste ao recorrente quanto ao recebimento das verbas pleiteadas, porquanto a própria lei que rege a contratação por tempo determinado - Lei n. 8.745/93 - prevê o não pagamento de indenizações, sendo-lhe assegurado somente o que for pactuado no contrato de trabalho temporário:[1]

> Art. 12. O contrato firmado de acordo com esta Lei extinguir-se-á, sem direito a indenizações:
>
> I - pelo término do prazo contratual;
>
> II - por iniciativa do contratado.
>
> III - pela extinção ou conclusão do projeto, definidos pelo contratante, nos casos da alínea h do inciso VI do art. 2º (Incluído pela Lei n. 10.667, de 2003)
>
> [...].

Assim, sob o único argumento do apelante de que possui os mesmos direitos dos servidores públicos estatutários porque laborou durante vários períodos contínuos para o recorrido, não se pode deferir os pedidos

1 Aliás, de acordo com o referido Estatuto, considera-se funcionário *"a pessoa legalmente investida em cargo público"*, fato que, nos termos do inciso II do art. 37 da Constituição Federal, ocorre da seguinte forma: *"a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração*;" Em nenhum momento o recorrente alegou que fez concurso público, aliás, argumenta que possui os mesmos direitos dos servidores públicos estatutários sob o fundamento de que laborou durante vários períodos contínuos para o recorrido, o que, como visto, não é o bastante para investi-lo no cargo, sobretudo porque contratado em razão de necessidade provisória e excepcional interesse público, o que não o torna servidor estatutário.

formulados, sobretudo porque contratado em razão de necessidade provisória e excepcional interesse público, o que lhe torna merecedor do que foi avençado no contrato de trabalho por prazo determinado.

Assim, constata-se que também neste aspecto o recurso não merece prosperar.

Posto isso, rejeitadas as preliminares, nega-se provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

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

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

Campo Grande, 3 de agosto de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.022754-2 - Corumbá
Quarta Turma Cível
Relator Des. Atapoã da Costa Feliz

EMENTA - APELAÇÃO – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS POR DEFEITO DO PRODUTO – CONSUMIDOR – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA DESDE QUE HAJA PLAUSIBILIDADE DO DIREITO SUSTENTADO PELO AUTOR – NÃO COMPROVADO O DEFEITO A ENSEJAR A INDENIZAÇÃO – RECURSO IMPROVIDO – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO MANTIDA.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 10 de agosto de 2010.

Des. Atapoã da Costa Feliz – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz

Trata-se de recurso de apelação interposto por Culau & Mezacasa Ltda. com relação à sentença proferida na ação de indenização por danos morais ajuizada em desfavor de Tim Celular S.A.

A magistrada julgou improcedente o pedido ao fundamento de que a recorrente não logrou êxito em comprovar o defeito no aparelho, tampouco os danos alegados.

Pede a reforma da sentença sob o argumento de que por se tratar de relação de consumo, deve haver a inversão do ônus da prova.

Sustenta a comprovação da relação jurídica entre as partes, sendo que a empresa recorrida não contestou o defeito do aparelho, fato que se tornou incontroverso, além do que, por meio da prova testemunhal, restaram demonstrados os transtornos sofridos a ensejar a indenização almejada.

Em contrarrazões, foi suscitado o não conhecimento do recurso por ofensa ao princípio da dialeticidade, e no mérito a manutenção da sentença.

VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação interposto por Culau & Mezacasa Ltda. com relação à sentença proferida na ação de indenização por danos morais ajuizada em desfavor de Tim Celular S.A.

A magistrada julgou improcedente o pedido ao fundamento de que a recorrente não logrou êxito em comprovar o defeito no aparelho, tampouco os danos alegados.

Pede a reforma da sentença sob o argumento de que por se tratar de relação de consumo, deve haver a inversão do ônus da prova.

Sustenta a comprovação da relação jurídica entre as partes, sendo que a empresa recorrida não contestou o defeito do aparelho, fato que se tornou incontroverso, além do que, por meio da prova testemunhal, restaram demonstrados os transtornos sofridos a ensejar a indenização almejada.

Em contrarrazões, foi suscitado o não conhecimento do recurso por ofensa ao princípio da dialeticidade, todavia não lhe assiste razão.

Isso porque as razões do recurso não são idênticas às despendidas na petição inicial, o que afasta a alegação de mera repetição da inicial.

Da mesma forma não há falar em falta de ataque à sentença, visto que nas razões a recorrente alega que devido à inversão do ônus da prova, deveria a empresa recorrida comprovar o fato impeditivo de seu direito.

Afastadas as preliminares, passa-se ao mérito.

Nota-se que a recorrente sustenta que adquiriu dois aparelhos de celular da empresa recorrida, sendo que um deles apresentou defeito, sem que esses fossem sanados, causando-lhe transtornos.

Contudo, a recorrente nem sequer comprovou o defeito suscitado, não havendo falar em fato incontroverso, pois, ao contrário do que alega, a empresa recorrida contestou o defeito, *in verbis:*

> [...] resta claro que não houve qualquer demonstração do alegado defeito, bem como não trouxe a requerente provas de que o aparelho apresentou defeito de fabricação (f. 38).

Ademais, a prova testemunhal trazida aos autos não comprovou o defeito do aparelho, o que é imprescindível para qualquer discussão a respeito dos danos morais alegados.

Assim, agiu com acerto a magistrada ao julgar improcedente o pedido, pois a inversão do ônus da prova não acarreta ao requerido a prova de fato negativo sem que tenha o requerente ao menos apresentado um início de prova.

A propósito:

> [...] não obstante a controvérsia existente no presente caso decorra de uma relação de consumo, em que, em regra, deve ser invertido o ônus probatório, no caso dos autos deve ser adotada a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.
>
> Tal teoria diz que o juiz deve atribuir o ônus probatório a parte que possui condições de produzir a prova necessária ao julgamento da causa.
>
> Assim, para a demonstração efetiva da causa de pedir deve ser comprovado que o aparelho telefônico do requerente efetivamente apresentou defeito e que tal defeito não foi sanado por culpa da requerida.
>
> Contudo, não há nos autos elementos probatórios que ensejam a pretensão da requerente de reparação de danos.
>
> Nesse sentido, embora o Código de Defesa do Consumidor determine a inversão do ônus da prova, a parte requerente não se desincumbiu do seu ônus de demonstrar a

> verossimilhança em suas alegações. Nesse sentido [...] por não ser automática a inversão do ônus da prova, resta condicionada à demonstração da hipossuficiência do consumidor ou à verossimilhança das alegações desenvolvidas (TJMS, Ag n. 2008.032538-4, Dourados, Turma Cível, Rel. Des. Rêmolo Letteriello, julgado em 16.12.2008).
>
> [...]
>
> Ademais, embora tenha sido produzido depoimento pessoal de uma testemunha, a qual afirmou ser amigo do filho do sócio da autora, bem como que tal aparelho era usado por tal filho, tal depoimento não conseguiu demonstrar os alegados danos sofridos pela requerente. (f. 79-81)

Posto isso, nega-se provimento ao recurso para manter a sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

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

Campo Grande, 10 de agosto de 2010.

***

Apelação Cível n. 2008.001326-9 - Corumbá
Terceira Turma Cível
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL– EMBARGOS DE DEVEDOR – TRIBUTÁRIO – ICMS SOBRE MINÉRIO DE FERRO DESTINADO À EXPORTAÇÃO – PRODUTO INDUSTRIALIZADO SEMIELABORADO – ART. 155, § 2º, X, '*A*', CF – HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DEFINIDA NO ART. 1º DA LEI COMPLEMENTAR N. 65/91 – SÚMULA N. 433, STJ – PREENCHIMENTO CUMULATIVO DOS INCISOS – DETERMINAÇÃO DO STJ PARA ANÁLISE DO INCISO III – PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ DA INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA – ÔNUS PROBATÓRIO DA EMBARGANTE – INEXISTÊNCIA DE ARGUMENTAÇÃO E PROVAS, QUANTO AO INCISO III – RATIFICAÇÃO DO ACÓRDÃO ANTERIOR.

O Superior Tribunal de Justiça sumulou o entendimento de que *"o produto semi-elaborado, para fins de incidência de ICMS, é aquele que preenche cumulativamente os três requisitos do art. 1º da Lei Complementar n. 65/1991"* (Súmula n. 433).

Havendo determinação expressa do STJ para que o Tribunal Estadual se manifeste acerca do preenchimento do inciso III, do art. 1º, da Lei Complementar de n. 65/91, a manifestação jurisdicional fica condicionada ao estabelecido por aquele Tribunal Superior.

Conforme art. 3, da Lei de n. 6.830/80, "*a Dívida Ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez*". Nesse aspecto, é ônus da embargante argumentar e demonstrar as razões pelas quais entende pertinentes para a desconstituição do título.

Se a petição inicial da ação de embargos à execução fiscal não traz nenhum elemento capaz de afastar a incidência do inciso III, do art. 1º, da Lei Complementar de n. 65/91, a presunção milita em favor da Administração Pública.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 28 de junho de 2010.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

O Estado de Mato Grosso do Sul visando à cobrança de crédito tributário, advindo do não-recolhimento de ICMS incidente sobre exportações de minério de ferro, realizadas entre abril e novembro de 1996, ajuizou ação de execução fiscal contra a Mineração Corumbaense Reunida S.A., sob o n. 008.98.004224-3.

Após nomeação de bens à penhora e lavratura do respectivo termo, interpôs a executada embargos à execução fiscal, sob o n. 008.98.005548-5, alegando, em síntese, não estar sujeita à cobrança do ICMS pela exportação de minério de ferro, uma vez que se trata de produto industrializado, por força do que dispõe o art. 155, § 2º, X, '*a*', da Constituição Federal, bem como o art. 9, I, da Lei Estadual n. 331, de 10.3.1982.

Argumenta a embargante que, ainda que não se considere o minério de ferro como produto industrializado, não seria devida a cobrança de tributo, em face da inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 65/01, que se limitou a conceituar os produtos semi-elaborados a que faz menção o § 2º do artigo 155 da Constituição Federal, enquanto deveria, atendendo ao sentido estrito do termo "definir" do Direito Tributário, listar, de forma clara e taxativa, todos os produtos semi-elaborados sujeitos à incidência do ICMS. Ao revés, o artigo 2º da Lei Complementar em apreço, atribui competência ao CONFAZ para elaborar e atualizar listas de produtos semi-elaborados, promovendo, assim, delegação legislativa expressamente vedada pelo artigo 68, § 1º, da Constituição Federal.

Alega a embargante, ainda, não serem devidos os juros e a multa cobrados pelo exequente, visto que o suposto débito tributário encontrava-se *sub judice*, em ação cautelar e fiscal e a ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária, julgadas, respectivamente, improcedentes e extintas sem a apreciação do mérito, pela perda do objeto.

Impugnando os embargos, alega o exequente, preliminarmente, ilegitimidade passiva do Estado de Mato Grosso do Sul, uma vez que não se trata de litisconsórcio necessário unitário entre este ente e o Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ –, incompetência absoluta da justiça estadual, pois, havendo presença da União na celebração e votação dos convênios, a competência desloca-se para a Justiça Federal. Alega o exeqüente, em preliminar, a falta de interesse de agir do embargante, por se insurgir este contra lei em tese e não contra fato concreto.

No mérito, suscita o embargado a legitimidade do crédito tributário, por ser o minério de ferro produto semi-elaborado, conforme definição na Lei Complementar n. 65/91 e inclusão na lista de semi-elaborados editada pelo Confaz, estando sujeito, pois, à incidência do ICMS, não sendo a mencionada lei inconstitucional, consoante reiteradas decisões jurisprudenciais.

No tocante à multa cobrada, defende o Estado embargante a licitude de sua cobrança, por se tratar de multa moratória, de natureza diversa da punitiva, prevista expressamente na legislação e devida sempre em caso de impontualidade.

Afastando as preliminares suscitadas, conheceu o magistrado *a quo* do pedido, julgando os embargos opostos procedentes, embasado no entendimento de inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 65/91 e considerou aplicável ao caso a Lei Complementar n. 87/96, que afastou a incidência de ICMS sobre as operações ou prestações que destinam ao exterior produtos industrializados semi-elaborados, remetendo os autos a este Tribunal para o reexame necessário.

Inconformado com a decisão, o Estado de Mato Grosso do Sul interpõe recurso de apelação, sob os fundamentos de nulidade da sentença, que alega possuir conclusão dissociada da exposição, e erro do magistrado ao aplicar a Lei Complementar n. 87/96 ao caso, uma vez que tal lei só entrou em vigor em 16. 6.1996, não atingindo, assim, o fato gerador do imposto reclamado, que ocorreu no período de 1° de abril a 6 de setembro de 1996. Reitera, ademais, o que já fora expendido nas impugnações aos embargos.

Em contrarrazões, a embargante reaviva o lançado na inicial, pugnando pela manutenção da sentença, salientando que não há sustentar a exigência do ICMS na exportação do minério de ferro ao exterior, pelo fato de ser tal produto comprovadamente um produto industrializado, o que atrai a regra imunizante do art. 155, § 2º, X, '*a*', da Constituição Federal e, ainda que assim não fosse, não poderia ser tal cobrança sustentada pela Lei

Complementar n. 65/91, visto que a tal norma não listou quais seriam os produtos semi-elaborados sujeitos à tributação do ICMS.

Remetidos os autos a esta Corte, foi distribuído o recurso de Apelação, sob o n. 2000.002723-5, em 30 de outubro de 2000.

No julgamento proferido por essa Egrégia 3ª Turma Cível (f. 192-197), em 22 de novembro de 2000, foi rejeitada a preliminar de nulidade da sentença e, no mérito, negou-se provimento tanto ao recurso interposto pelo Estado, quanto ao reexame necessário, em votação unânime.

Como no referido julgamento não se decidiu sobre a natureza do minério de ferro exportado pela recorrida - embargante, se era produto industrializado ou não, por ter esta Turma decidido que a sentença recorrida *"não feriu esta questão, considerando-a prejudicada em face da inconstitucionalidade por ela acolhida e em que se fundou a procedência dos embargos*", a Mineração Corumbaense Reunida S.A. interpôs tanto o recurso especial (f. 200-211), quanto o recurso extraordinário (f. 227-235), ambos admitidos pela Vice-Presidência (f. 249-251 e 252-254).

O Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso especial (f. 259-282) para que este Tribunal de Justiça manifeste-se sobre o fundamento principal da causa, entendendo que a questão relativa à natureza do produto exportado apresenta-se prejudicial em relação ao pedido de reconhecimento da inconstitucionalidade da delegação ao Confaz, pelo artigo 2º da Lei Complementar n. 65/91, razão pela qual o Tribunal de Justiça ao julgar a apelação, deveria ter observado os ditames do art. 515 do CPC, examinando as teses suscitadas e discutidas no processo, mesmo que a sentença não as tenha julgado por inteiro (f. 282).

O acórdão, assim, foi anulado, com determinação para que este Tribunal examinasse o pedido por inteiro (f. 263).

Em consequência desse provimento, o recurso extraordinário foi julgado prejudicado, como se vê da douta decisão de f. 304.

Vieram-me os autos (agora, sob o n. 2004.007019-5) conclusos para elaboração de novo voto, em 21 de junho de 2004 (f. 320), para exame das teses suscitadas e discutidas no processo, em que pese não terem sido julgadas por inteiro pela sentença de primeiro grau.

Em novo julgamento deste órgão colegiado, em 9 de agosto de 2004, foi dado provimento ao recurso e ao reexame necessário, "*a fim de reformar a sentença proferida pelo MM. Juiz de 1º grau, constante destes autos às f. 140-143, julgando totalmente improcedentes os embargos à execução interpostos pela Mineração Corumbaense Reunidas S.A. em face do Estado de Mato Grosso do Sul, ordenando, por conseqüência, o prosseguimento da execução fiscal contida nos autos em apenso, sob n. 98.30004224-3, promovida pelo Estado de Mato Grosso do Sul em face de Mineração Corumbaense Reunidas S.A., em seus ulteriores termos, por se constituir o crédito exeqüendo em título representativo de dívida líquida, certa e exigível, nos termos dos artigos 566-I, 568-I, 580, 585-VII, todos do Código de Processo Civil e artigos 1, 2, 4, I e demais aplicáveis à espécie, da Lei Federal n. 6.830, de 22.919.80*" (f. 325-341).

Inconformada com referido acórdão a Mineração Corumbaense Reunida S.A. interpôs novo recurso especial (f. 357-370), que foi parcialmente admitido pela Vice-Presidência (f. 443-447), em 9 de agosto de 2005.

Com fundamento na Súmula 7, STJ, a Ministra Eliana Calmon, monocraticamente, negou seguimento ao recurso especial, em 9 de fevereiro de 2006 (f. 433-434).

Contra esta decisão, a empresa recorrente interpôs agravo (f. 457-460). Em juízo de retratação, a eminente relatora reconsiderou a decisão, tornando sem efeito a negativa de seguimento ao Recurso Especial (f. 462).

O Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso especial (f. 465-470) "*determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para a continuidade do julgamento*" (f. 468).

Alegando contradição e obscuridade, a Mineração Corumbaense Reunida S.A. interpôs embargos de declaração, por duas vezes (f. 472-473 e 485-487), ambos foram rejeitados (f. 479-482 e 489-492).

Baixados os autos novamente a este Tribunal de Justiça (agora, sob o n. 2008.001326-9), foram distribuídos ao Des. Paulo Alfeu Puccinelli, em 23 de janeiro de 2008, por prevenção à 3ª Turma Cível (f. 495).

Em decorrência de sua eleição para a Vice-Presidência deste Sodalício, os autos foram redistribuídos ao Des. Ildeu de Souza Campos, em 2 de fevereiro de 2009, por sucessão (f. 497-498).

Devido à aposentadoria daquele magistrado, os autos foram novamente redistribuídos para o Des. Marco André Nogueira Hanson, em 9 de fevereiro de 2010, por sucessão (f. 504).

A 3ª Turma Cível, em julgamento unânime realizado no dia 22 de abril de 2010, converteu o julgamento para determinar a convocação deste desembargador para dar continuidade no julgamento da Apelação Cível de n. 2004.007019-5 (f. 518-521).

VOTO

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

Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação interposto pela Fazenda Pública do Estado de Mato Grosso do Sul objetivando a reforma da sentença (f. 140-143), que julgou procedentes os embargos à execução fiscal opostos por Mineração Corumbaense Reunida S. A., "*para, declarando a inexigibilidade do crédito tributário materializado pelo Termo de Transcrição de Dívida n. 33.951/97, anular a Certidão de Dívida Ativa n. 1.441/98, bem como decretar a extinção da execução em apenso*" (f. 143).

Vê-se que, anteriormente, a 3ª Turma Cível havia dado provimento ao recurso de apelação, em acórdão assim ementado:

> APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – EMBARGOS DO DEVEDOR – EXECUÇÃO FISCAL – EXIGÊNCIA DE ICMS SOBRE MINÉRIO DE FERRO DESTINADO À EXPORTAÇÃO – PRODUTO INDUSTRIALIZADO SEMI-ELABORADO – CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 155, § 2º, INCISO X, "A" – ICMS DEVIDO – CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º, DA LEI COMPLEMENTAR N. 65/91 – DEFINIÇÃO DOS PRODUTOS SEMI-ELABORADOS CONSTANTES DA LC N. 65/91 – DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA AO CONFAZ PARA RELACIONAR OS PRODUTOS SEMI-ELABORADOS SUJEITOS AO TRIBUTO, QUANDO DESTINADOS AO EXTERIOR, BEM COMO DO CONVÊNIO CIMS N. 15/91 – INCONSTITUCIONALIDADE NÃO CONFIGURADA – RECURSOS PROVIDOS.
>
> O minério de ferro destinado à exportação não é produto industrializado, mas produto industrializado semi-elaborado, uma vez que se constitui de matéria prima mineral, exportado in natura, não caracterizando a industrialização o fato de o mineral, em estado bruto, sofrer alteração em seu tamanho, tornando-o apto a atender às exigências do mercado internacional e para fins de exportação, porque nesse processo não sofreu nenhuma modificação da natureza química originária, mantendo-se como minério de ferro com as características químicas originais.

> O artigo 155, § 2º, inciso X, letra "a", da Constituição Federal, no texto vigente antes da modificação introduzida pela EC n. 42, de 19.12.2003, deferia à Lei Complementar a prerrogativa de definir os produtos industrializados semi-elaborados, que estariam sujeitos à tributação do ICMS quando destinados à exportação.
>
> A Lei Complementar n. 65/91, em seu artigo 1º, cumpriu referido mandamento constitucional, estabelecendo critério para identificar o bem entre os produtos industrializados semi-elaborados destinados à exportação e sujeitos à tributação do ICMS. Referida Lei Complementar, em seu artigo 2º, não delegou ao CONFAZ competência normativa, mas, tão-somente, a de identificar e relacionar os bens que devem ser considerados como produtos industrializados semi-elaborados, segundo os critérios previstos no artigo 1º, à medida em que forem surgindo no mercado e como decorrência da necessidade de sua atualização, sempre que necessário, em razão da crescente e constante atualização de novos produtos no mercado de consumo. Daí não existir nenhuma inconstitucionalidade no artigo 2º da LC 65/91.
>
> A multa e os juros moratórios são devidos quando o contribuinte não se utilizou da faculdade contida no artigo 151, III, do Código Tributário Nacional (que, mesmo assim, apenas suspende a exigibilidade do crédito tributário) bem assim como quando o contribuinte ajuizou, e teve julgado improcedentes, ação cautelar fiscal e ação declaratória de inexigibilidade de crédito tributário, com sentença transitada em julgado, caracterizando a exigibilidade da obrigação e o estado de inadimplência, que o sujeita ao pagamento do principal, juros e multa, além das demais cominações previstas em lei.
>
> Recurso de Apelação e reexame necessário que se conhece e a que se dá provimento para julgar totalmente improcedentes os embargos do devedor, ordenando-se o prosseguimento da execução fiscal, com inversão dos ônus da sucumbência. (TJMS, AC n. 2004.007019-5, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, julgado em 9.8.2004, DJ de 29.10.2004).

Conforme narrativa minuciosa constante no relatório, o Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso especial "*determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para a continuidade do julgamento*" (f. 468).

Analisando-se, detidamente, o acórdão daquela Corte Superior, constata-se que esta determinação ocorreu sob o fundamento de que esta 3ª Turma Cível manifestou-se apenas sobre os incisos I e II, do art. 1º, da Lei Complementar n. 65/91.

Ante o entendimento, posteriormente sumulado[1], de que os incisos devem ser todos preenchidos, para que se verifique a hipótese de incidência do tributo, aquele Areópago determinou a remessa para que este órgão colegiado efetuasse a análise do inciso III.

Assim sendo, constata-se que a única missão deste órgão colegiado, nesta oportunidade, é dar cumprimento ao que fora decidido pelo STJ, ou seja, analisar o preenchimento ou não do disposto no inciso III, do art. 1º, da Lei Complementar de n. 65/91, e, consequentemente, aferir, se o minério de ferro exportado *in natura*, vale dizer, sem sofrer, no processo de britagem, qualquer espécie de modificação na sua natureza química originária, encarta-se, também, sob a ótica do mencionado inciso, como produto industrializado ou não.

Para melhor compreensão da questão, faz-se necessária a transcrição de mencionado dispositivo legal:

> Art. 1° É compreendido no campo de incidência do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviço de transporte interestadual e intermunicipal, e de comunicação (ICMS) o produto industrializado semi-elaborado destinado ao exterior:

1 Súmula 433, do STJ: "O produto semi-elaborado, para fins de incidência de ICMS, é aquele que preenche cumulativamente os três requisitos do art. 1º da Lei Complementar n. 65/1991." (DJ de 13.5.2010).

> I - que resulte de matéria-prima de origem animal, vegetal ou mineral sujeita ao imposto quando exportada in natura.
>
> II - cuja matéria-prima de origem animal, vegetal ou mineral não tenha sofrido qualquer processo que implique modificação da natureza química originária.
>
> III - cujo custo da matéria-prima de origem animal, vegetal ou mineral represente mais de sessenta por cento do custo do correspondente produto, apurado segundo o nível tecnológico disponível no País. (grifo nosso)

Inicialmente, é imperioso destacar que a causa de pedir e o pedido da petição inicial condicionam o provimento jurisdicional, tendo em vista o princípio da congruência entre a inicial e a sentença. Assim sendo, o Poder Judiciário deve prestar a tutela jurisdicional apenas na medida em que foi pleiteada.

Historiando os autos, nota-se que a Fazenda Pública Estadual lavrou o Termo de Transcrição de Dívida de n. 33.951/97, sendo que o débito tributário fora inscrito na Dívida Ativa, conforme Certidão de n. 1.441/98. Tais ações do Poder Público possuem natureza jurídica de ato administrativo e, nesta condição, gozam de presunção de legitimidade.

Nesse ponto, é salutar relembrar os ensinamentos do mestre Celso Antônio Bandeira de Mello[2]:

> [...] é possível conceituar ato administrativo como: declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.
>
> [...]
>
> Salientem-se entre os atributos dos atos administrativos os seguintes:
>
> a) Presunção de legitimidade – é a qualidade, que reveste tais atos, de se presumirem verdadeiros e conformes ao Direito, até prova em contrário. Isto é: milita em favor deles uma presunção *juris tantum* de legitimidade; salvo expressa disposição legal, dita presunção só existe até serem questionados em juízo. Esta, sim, é uma característica comum aos atos administrativos em geral; as subseqüentemente referidas não se aplicam aos atos ampliativos da esfera jurídica dos administrados. [...]

Assim, por se tratar de ato administrativo, a inscrição do débito tributário em Dívida Ativa goza de presunção de legitimidade e o objetivo primordial da ação de embargos à execução fiscal é, justamente, desconstituir esta presunção *juris tantum*.

Não fosse suficiente o aspecto relativo à natureza jurídica de ato administrativo, deve-se destacar que o Código Tributário Nacional estabeleceu, expressamente, esta presunção:

> Art. 204. A dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída.
>
> Parágrafo único. A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a que aproveite.

A Lei de Execução Fiscal (Lei n. 6.830/80) possui dispositivo de natureza idêntica:

2 **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 385 e 419.

> Art. 3.º A Dívida Ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez.
>
> Parágrafo Único. A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiro, a quem aproveite.

A petição inicial dos presentes embargos, portanto, deveria discriminar, pormenorizadamente, quais são as razões que levariam o ato administrativo em questão a ser considerado ilegítimo, acompanhando-as com as provas respectivas.

Nesse aspecto, constata-se que a embargante defende a não incidência do ICMS na exportação do minério de ferro, sob o fundamento de que se trata de produto industrializado, na definição do art. 3º, do Decreto n. 87.981/82:

> Art. 3º Caracteriza industrialização qualquer operação que modifique a natureza, o fundamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto, ou o aperfeiçoe para consumo, tal como (Leis n. 4.502/64, art. 3, § único, e n. 5.172/66, art. 46, § único):
>
> I – a que exercida sobre matéria-prima ou produto intermediário, importe na obtenção de espécie nova (transformação);

Verifica-se, pois, que a embargante sustenta a impossibilidade de incidência, fundamentalmente, no argumento de que "*nesse processo ocorre a alteração da composição química e minerológico da matéria-prima, ou seja alteração em sua natureza química originária*" (*sic* – f. 6).

Não se nota nenhuma argumentação da embargante no sentido de desconstituir o inciso III, do art. 1º, da Lei Complementar de n. 65/91. Pelo contrário, a embargante busca tão-somente descaracterizar a incidência dos incisos I e II, sob o fundamento de que não se trata de produto exportado *in natura*, mas que sofre modificação da natureza química originária.

Nesse momento, é importante lembrar o disposto na Lei n. 6.830/80, sobre a matéria dos embargos à execução fiscal:

> Art. 16. [...] § 2.º No prazo dos embargos, o executado deverá alegar toda matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos os documentos e rol de testemunhas, até três, ou, a critério do juiz, até o dobro desse limite.

Conclui-se que, somados aos fundamentos do acórdão anterior (f. 326-341), tais argumentos já seriam suficientes para evidenciar a improcedência da ação de embargos à execução fiscal.

Ocorre, todavia, que, em cumprimento à determinação do STJ, este Sodalício deve se manifestar, expressamente, sobre o inciso III, do art. 1º, da Lei Complementar de n. 65/91.

Conforme destacado linhas acima, o inciso em questão prevê a incidência do ICMS sobre produto destinado à exportação "*cujo custo da matéria-prima de origem animal, vegetal ou mineral represente mais de sessenta por cento do custo do correspondente produto, apurado segundo o nível tecnológico disponível no País*".

Nesse aspecto, a conclusão que se extrai do caso concreto não afasta o julgamento de improcedência da ação de embargos à execução fiscal anteriormente proferido por esta Corte.

A questão é bastante singela: ônus probatório. Os embargos à execução fiscal possuem natureza jurídica de ação. Nesta senda, é ônus da parte embargante demonstrar fato constitutivo de seu direito.

Destaca-se o ensinamento de Odmir Fernandes, Ricardo Cunha Chimenti, Carlos Henrique Abrão, Manoel Álvares e Maury Ângelo Bottesini[3] de que "*os embargos do executado, opostos em execução fiscal, apesar de reiteradamente definidos como* ação *tanto pela lei como pela jurisprudência, não estão sujeitos à distribuição, uma vez que a competência já se firmou pelo ajuizamento do processo principal (execução), podendo ser utilizado o protocolo integrado*" (grifo nosso).

No caso dos autos, a embargante não menciona, em momento algum, quais seriam os valores da matéria-prima e de mercado do produto exportado.

A única assertiva acerca da questão consta do laudo, unilateral, que acompanha a inicial "*a questão importante, dessa maneira, é transformar uma matéria-prima bruta sem valor comercial em sua condição* in natura *em produto(s) que possa(m) ser utilizado(s) na indústria metalúrgica*" (*sic* – f. 48).

Repita-se: este é o único ponto (e não está na petição inicial, mas no laudo particular que a acompanha) que traça um breve comparativo entre o valor da matéria-prima e o valor do produto final.

No entanto, seria absolutamente inverossímil admitir que a matéria-prima (minério de ferro, em estado bruto) não tenha valor algum. Tal raciocínio implicaria dizer que a atividade da lavra seria comparável ao "Toque de Midas", da Mitologia Grega, porquanto estaria transformando aquilo que nada vale, em algo bastante disputado pelas grandes corporações. Certamente, não é este o caso dos autos.

Uma coisa é dizer que o minério de ferro, ainda incrustado no solo, portanto, antes da atividade de lavra, não possui valor comercial. É compreensível que assim o seja. Afinal, não é concebível que a indústria metalúrgica utilize rochas de ferro de várias toneladas em seus fornos.

Outra coisa, absolutamente distinta, é dizer que a matéria-prima em questão não possui valor algum. Isso não é aceitável. É nítido que o minério de ferro, ainda que em estado bruto, possui algum valor, de possível contabilização.

Assim sendo, conclui-se que o minério de ferro em estado bruto possui valor econômico, entretanto, a parte embargante não efetuou nenhuma argumentação e nem produziu qualquer prova acerca de sua relação com o valor econômico do produto final.

Não fosse isso o suficiente, intimada para especificar as provas que pretendia produzir (f. 134), a empresa embargante informou "*que não tem outras provas a produzir nos autos do processo em referência*" (*sic* – f. 137).

A jurisprudência brasileira possui posicionamento firme sobre a questão:

> A Certidão de Dívida Ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez (art. 3 da Lei n. 6.830/80), somente sendo elidida por meio de prova robusta. É suficiente para a validade do título a indicação da lei aplicável, aliada aos índices e valores de cada competência em separado. (TJRS, Ag n. 70036625093, Vigésima Segunda Câmara Cível, Rel.ª Desª. Rejane Maria Dias de Castro Bins, julgado em 27.5.2010).
>
> As CDAs gozam de presunção de liquidez e de certeza e tem efeito de prova preconstituída, o que impõe ao sujeito passivo o ônus de prova de sua inexigibilidade. (TJRS, Ag n. 70034703215, Segunda Câmara Cível, Relª. Desª. Denise Oliveira Cezar, julgado em 26.5.2010).
>
> Não tendo o embargante se desincumbido do ônus da demonstração de que as operações tributadas não se sujeitam à cobrança do ISS, impossível a desconstituição do crédito exequendo. (TJMS, AC n. 2009.019806-5, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Marco André Nogueira Hanson, julgado em 31.5.2010, DJ de 7.6.2010).

3 **Lei de execução fiscal comentada e anotada**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 307.

A Certidão de Dívida Ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez (art. 3 da Lei n. 6.830/80 e art. 204 do CTN), somente sendo elidida por meio de prova robusta, cujo ônus é do devedor. (TJMS, AC n. 2007.027359-4, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Marco André Nogueira Hanson, julgado em 5.4.2010, DJ de 9.4.2010).

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - CRÉDITO TRIBUTÁRIO CONTENCIOSO - ICMS - PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS AUTOS DE INFRAÇÃO CORRESPONDENTES AOS PROCESSOS TRIBUTÁRIOS ADMINISTRATIVOS - CERTIDÕES DE DÍVIDA ATIVA - PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ NÃO ILIDIDA (LEI DE EXECUÇÃO FISCAL, ARTIGO 3º) - TAXA SELIC - MULTA DE REVALIDAÇÃO - LEGALIDADE - SENTENÇA REFORMADA, EM REEXAME NECESSÁRIO - INVERSÃO DA SUCUMBÊNCIA.

1. A dívida, regularmente inscrita, goza de presunção de certeza e liquidez e, somente é ilidida por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo ou de terceiro a que aproveite, *ex vi* dos art. 204 § único do Código Tributário Nacional, e art. 3 § único da Lei federal n. 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal). (TJMG, AC/RS Necessário n. 1.0329.06.500016-1/001, Quinta Câmara Cível, Rel. Des. Nepomuceno Silva, julgado em 18.1.2007, DJ de 9.2.2007).

ICMS - EXPORTAÇÃO DE FERRO GUSA - PRODUTO SEMI INDUSTRIALIZADO - LEI COMPLEMENTAR N. 65/91 - CORREÇÃO MONETÁRIA - TR - POSSIBILIDADE.

A CDA goza da presunção de liquidez e certeza somente podendo ser elidida por prova em contrário, a cargo do executado. O ferro gusa é tido como produto semi elaborado, tal como se verifica do RICMS/84 e do convênio ICMS 07/89 e 15/91, tendo os Convênios legitimidade para definir o que sejam produtos industrializados semi elaborados, legitimidade esta conferida pela LC n. 65/91, nos exatos termos da CF/88. (TJMG, AC n. 000.308.795-4, Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Wander Marotta, julgado em 23.6.2003, DJ de 3.9.2003).

Diante do exposto, ratifico o acórdão prolatado no julgamento da AC de n. 2004.007019-5 (f. 325-341), apenas acrescentando, em cumprimento à determinação do STJ, que se encontram preenchidos todos os incisos do art. 1º, da Lei Complementar de n. 65/91, para incidência do ICMS sobre produtos semi-elaborados destinados à exportação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, RATIFICARAM O ACÓRDÃO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marco André Nogueira Hanson, Rubens Bergonzi Bossay e Oswaldo Rodrigues de Melo.

Campo Grande, 28 de junho de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.006504-5 - Campo Grande
Primeira Turma Cível
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – EXECUÇÃO DE ALIMENTOS – PRETENDIDA MEAÇÃO DE IMÓVEL ADQUIRIDO APÓS A SEPARAÇÃO DE FATO – IMPOSSIBILIDADE – PRECEDENTES STJ – RECURSO NÃO PROVIDO.

O bem adquirido pelo marido, depois da separação de fato, não integra a meação da mulher, ainda que o casamento tenha sido realizado sob o regime da comunhão universal de bens. Precedentes do STJ.

Assim, não prospera a tese de salvaguarda à metade da constrição realizada em imóvel, garantidor de execução de alimentos, ante a separação de fato longínqua da embargante com o executado.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 7 de julho de 2010.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Eliza Amarilla de Godoi apela da sentença, proferida nos autos dos embargos de terceiro opostos em face de Soraya Wanessa de Godoi e outros, que julgou improcedentes os pedidos formulados na exordial.

Aduz, em resumo, que a relação conjugal pelo regime da comunhão universal de bens com o executado se concretizou em 15 de junho de 1966, a qual foi ratificada no Brasil em 15 de dezembro de 1971, antes do início da união estável com a convivente, de modo que patente seu direito sobre os bens anteriores e posteriores ao matrimônio, sendo despicienda qualquer prova da aquisição do imóvel litigado na constância do casamento.

Por outro vértice, salienta que a parte embargada supriu o defeito de falta de documentação ao carrear cópia da matrícula do imóvel, motivo pelo qual resta afastado o óbice aventado na sentença recorrida consubstanciado no artigo 333, I, do Código do Processo Civil.

Discorre sobre os acontecimentos processuais e sintetiza o apelo na ausência de relação entre si e os embargados, ora apelados, razão por que descabida a constrição da totalidade dos bens como garantia à ação executória.

Ao final, pugna pelo provimento recursal e consequente inversão dos ônus sucumbenciais.

Resposta às f. 607-615, requerendo o não conhecimento do recurso por falta de fundamentação e, no mérito, pelo não provimento.

Parecer Ministerial às f. 640-642, deixando de emitir opinião em decorrência da aludida falta de interesse público relevante.

VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator)

Consta dos autos que a ora apelante opôs embargos de terceiro no intuito de obter a liberação de 50% dos bens constritados em ação de execução de alimentos promovida pelos ora apelados, filhos do executado, ao argumento de que casada com este último desde 15 de dezembro de 1971 sob o regime de comunhão universal de bens.

O pedido de antecipação de tutela foi concedido às f. 129-134, seguido da contestação às f. 158-255, pleiteando, entre outras assertivas, a reconsideração da decisão liminar, o que foi acatado pelo magistrado *a quo* (f. 257-260).

No desenvolvimento processual, restou consignada a superveniente adstrição dos presentes embargos somente ao imóvel descrito como lote de terreno n. 21, quadra n. 41-A, do Bairro Coronel Antonino (f. 473).

Instruído o feito, sobreveio a sentença vergastada (f. 560-565), julgando improcedentes os pedidos formulados na exordial e determinando o regular andamento da execução.

Feita essa digressão, impõe-se observar que o apelo deve se ater tão-somente ao imóvel a que foi posteriormente circunscrita a demanda, porquanto sobre este remanesce o interesse de agir.

Pois bem, em que pese a confusão das razões recursais, com alguma boa vontade é possível extrair o cerne da irresignação, de forma que afasto a preliminar de falta de fundamentação.

No mérito da insurgência, repisa a apelante a tese de que adquirido o bem durante a prevalência do casamento com o executado, Luiz Almidante de Godoi, pai dos apelados, independe de prova qualquer circunstância.

No entanto, consoante a jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, o imóvel adquirido pelo marido, depois da separação de fato, não integra a meação da mulher, ainda que o casamento tenha sido realizado sob o regime da comunhão universal de bens[1]. No caso em comento, soma-se também o fato de o mesmo marido ter mantido concubinato com terceira por mais de dez anos, sendo, tal situação reconhecida judicialmente para fins de dissolução de sociedade de fato (f. 227-236).

A propósito:

> CIVIL E PROCESSUAL. SEPARAÇÃO JUDICIAL. REQUERIMENTO DE INVENTÁRIO E PARTILHA. AQUISIÇÃO IMOBILIÁRIA POSTERIOR AO ROMPIMENTO DE FATO DA RELAÇÃO CONJUGAL. EFEITOS. TITULAÇÃO DE ÁREA DE TERRAS. CONSIDERAÇÃO, BASEADA EM EXAME DOCUMENTAL, DE AQUISIÇÃO PARCELA.
>
> I. A cônjuge-virago separada de fato do marido há muitos anos não faz jus aos bens por ele adquiridos posteriormente a tal afastamento, ainda que não desfeitos, oficialmente, os laços mediante separação judicial. Precedentes do STJ.
>
> II. Se o Tribunal *a quo*, soberano na apreciação da matéria de fato, conclui, à vista da titulação dominial constante dos autos, que a gleba de terras também objeto da partilha, foi adquirida em partes distintas, cada qual com uma origem e em épocas específicas, para efeito

1 STJ, REsp n. 140694/DF, Quarta Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 15.12.1997. **Revista dos Tribunais**, v. 749, p. 251.

de fixação do direito à comunhão no tempo, o reexame da matéria encontra o óbice, na via especial, das Súmulas n. 5 e 7 do STJ.

III. Razoabilidade da sucumbência proporcional fixada no acórdão, em face das circunstâncias dos autos.

IV. Recurso especial não conhecido. (REsp n. 32218/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 3.9.2001, p. 224, **RT,** v. 796, p. 200)

DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. SUCESSÃO. COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS. INCLUSÃO DA ESPOSA DE HERDEIRO, NOS AUTOS DE INVENTÁRIO, NA DEFESA DE SUA MEAÇÃO. SUCESSÃO ABERTA QUANDO HAVIA SEPARAÇÃO DE FATO. IMPOSSIBILIDADE DE COMUNICAÇÃO DOS BENS ADQUIRIDOS APÓS A RUPTURA DA VIDA CONJUGAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Em regra, o recurso especial originário de decisão interlocutória proferida em inventário não pode ficar retido nos autos, uma vez que o procedimento se encerra sem que haja, propriamente, decisão final de mérito, o que impossibilitaria a reiteração futura das razões recursais.

2. Não faz jus à meação dos bens havidos pelo marido na qualidade de herdeiro do irmão, o cônjuge que encontrava-se separado de fato quando transmitida a herança.

3. Tal fato ocasionaria enriquecimento sem causa, porquanto o patrimônio foi adquirido individualmente, sem qualquer colaboração do cônjuge.

4. A preservação do condomínio patrimonial entre cônjuges após a separação de fato é incompatível com orientação do novo Código Civil, que reconhece a união estável estabelecida nesse período, regulada pelo regime da comunhão parcial de bens (CC 1.725)

5. Assim, em regime de comunhão universal, a comunicação de bens e dívidas deve cessar com a ruptura da vida comum, respeitado o direito de meação do patrimônio adquirido na constância da vida conjugal.

6. Recurso especial provido. (REsp n. 555771/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ de 18.5.2009, REVFOR vol. 402, p. 443) (g.n.)

Assim, em análise à cópia do registro do imóvel à f. 340, extrai-se que o executado adquiriu o bem em 10 de setembro de 2001, ao que tudo indica muitos anos após o término da convivência marital, em razão dos fatos narrados.

Aliás, quando do julgamento da separação judicial promovida pela própria apelante em face do executado, foi expressamente elencado pela então esposa e relatado pelo magistrado sentenciante na oportunidade (f. 188):

O casal acabou se separando (tendo ele ido morar com REGIANE, em Sarandi);

[...]

g) desde antes da ruptura, o Réu não vinha cumprindo suas obrigações conjugais, como fidelidade e coabitação.

Do contexto delineado e não negado por Luiz Almidante de Godoi, resta corroborada a conclusão de separação de fato por diversos ângulos, sobre o que não se desincumbiu a embargante-apelante de demonstrar o contrário, prevalecendo, pois, o entendimento da Colenda Superior Corte de Justiça como acima consignado.

Nessa linha de raciocínio, não há direito a ser resguardado com os presentes embargos, uma vez que o bem litigado foi adquirido após a separação de fato.

Isso posto, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Divoncir Schreiner Maran, Sérgio Fernandes Martins e João Maria Lós.

Campo Grande, 7 de julho de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.014057-0 - Campo Grande
Primeira Turma Cível
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – RESCISÃO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA CUMULADA COM RESTITUIÇÃO DE VALORES – ATRASO NA ENTREGA DAS UNIDADES – CULPA DA CONSTRUTORA CONFIGURADA – RESTITUIÇÃO INTEGRAL DOS VALORES JÁ PAGOS PELO CONSUMIDOR, EXCLUÍDAS AS ARRAS – MULTA CONTRATUAL, DANOS MORAIS E INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS DEVIDAS – RECURSO NÃO-PROVIDO.

Constatado atraso da construtora na entrega do imóvel no prazo contratualmente acordado com o consumidor, deve ser mantida a sentença que reconhece a sua culpa pela rescisão do contrato.

O consumidor tem direito à restituição das parcelas quitadas, à multa contratual, indenização por dano moral em virtude do dissabor experimentado e ressarcimento pelas benfeitorias empreendidas.

Para fins de prequestionamento, não há necessidade de manifestação expressa dos dispositivos legais invocados no recurso, quando toda a matéria foi examinada à luz dos pontos aduzidos pela parte, além do que o magistrado *não está obrigado a responder a todos os questionamentos nem a se pronunciar sobre todos os preceitos legais listados pelas partes se já encontrou fundamentação suficiente para embasar a conclusão do julgado* (EDcl no MS n. 22067/DF).

EMENTA - RECURSO ADESIVO – PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO REJEITADA – ILEGITIMIDADE DO EX-SÓCIO DA CONSTRUTORA PARA FIGURAR NO PÓLO PASSIVO DA LIDE MANTIDA – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA AFASTADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O recurso adesivo está subordinado à sorte do principal nos limites traçados pelo artigo 500 do Código de Processo Civil. Para que seja admissível é preciso que a) tenha havido sucumbência recíproca; b) o recorrido não tenha interposto recurso principal, conformando-se com a decisão que lhe fora parcialmente adversa; c) o recurso principal seja de apelação, embargos infringentes, RE ou REsp (*In* Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. Código de Processo Civil Comentado. 9. ed., RT**,** p. 719.

Não há falar em responsabilidade pessoal do ex-sócio da sociedade quando não houve a desconstituição da sua personalidade jurídica.

Se do cotejo dos pedidos iniciais com a sentença infere-se que os autores decaíram de parte mínima das pretensões deduzidas, impõe-se a aplicação do parágrafo único do artigo 21 do Código de Processo Civil, cuja redação determina que se um litigante decair de parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e honorários.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, afastar a preliminar; negar provimento ao recurso da Construtora Degrau Ltda. e dar provimento ao de Doroteia.

Campo Grande, 31 de agosto de 2010.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Construtora Degrau Ltda. apelou da sentença que, nos autos da ação de rescisão de contrato cumulada com devolução de parcelas e indenização por danos materiais e morais que Dorotéia de Fátima Bozano e Claudemir José Pazzinato propuseram em seu desfavor, além de excluir da lide o ex-sócio Paulo César de Oliveira, julgou parcialmente procedentes os pedidos ofertados, coibindo-a de inscrever o nome dos apelados nos órgãos de restrição ao crédito e rescindindo o contrato avençado entre as partes, condenando-a, ainda, às seguintes obrigações:

> a) restituir aos apelados, de uma só vez, todos os valores pagos para a compra do imóvel, excluindo o valor do sinal de negócio, ou seja, as arras, corrigidos a partir de cada desembolso, pelo índice IGPM/FGV e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação;
>
> b) pagar aos apelados, a título de multa por infração contratual, a importância de 10% dos valores pagos, nos termos da cláusula trigésima quarta do pacto;
>
> c) pagar aos apelados indenização por danos morais no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigido monetariamente a partir da sentença, e com juros de mora de 1% ao mês a partir da citação, e
>
> d) indenizar os apelados pelas benfeitorias realizadas no imóvel, comprovadas pelo laudo pericial no valor de R$ 7.195,45 (sete mil, cento e noventa e cinco reais e quarenta e cinco centavos), corrigido a partir de 30 de novembro de 2008 pelo IGPM/FGV e acrescido de juros de mora de 1% ao mês a contar da citação.

Defendeu, em suma (f. 406-433), que da mera rescisão contratual não poderia decorrer dano de cunho moral, porquanto os dissabores experimentados dessa natureza são incompatíveis quando relacionados a contratos. Ressaltou, neste ponto, que o artigo 389 do Código Civil estabelece que diante da inadimplência de uma das partes, o devedor deve, em regra, responder somente por perdas e danos, com o escopo de se atingir o *status quo ante*. Inversamente, alega que os danos morais são devidos somente em casos de ofensa aos direitos de personalidade e a condenação desta natureza se traduz na banalização, cada vez mais, no dano de cunho extrapatrimonial.

No tocante ao dano material, afirmou que os problemas mencionados na sentença, como infiltrações e vazamentos, estão atrelados à inadimplência dos apelados em relação ao condomínio, dinheiro que estaria destinado à manutenção do bloco em que residem.

Sobre a perícia, impugnou o laudo por não ser conclusivo. Explicou, nesse particular, que ela tinha a finalidade de "constatar eventuais problemas construtivos" (f. 350). Entretanto, mencionou expressamente, às f. 355, que "*os danos existentes no apartamento da parte requerente ainda não caracterizam, de forma direta, o comprometimento da rigidez estrutural do imóvel ou a sua (sic) segurança dos seus moradores [...]*". Sobre a obra, o laudo diz que "os vícios podem ter decorrido em virtude da construção", o que denota a incerteza da perícia quanto à sua responsabilidade.

E por fim, após prequestionar os dispositivos legais invocados, especificamente os artigos 186, 389, 884, 944, 944, parágrafo único e 945, todos do Código Civil de 2002, pediu a reforma da sentença, para excluir a

condenação por danos morais, porém, caso não acatada, pediu subsidiariamente a redução do *quantum*, além de excluir a condenação por danos materiais relativos às benfeitorias realizadas no imóvel.

Na resposta ofertada (f. 435-442), os apelados rebateram as razões recursais da *ex adversa* e pugnaram pelo não-provimento do seu recurso.

Dorotéia de Fátima Bozano e Claudemir José Pazzinato ofertaram recurso adesivo, ocasião em que pugnaram pelo reconhecimento da legitimidade de Paulo César de Oliveira para figurar no pólo passivo da lide e, acerca da distribuição dos ônus de sucumbência, afirmou haverem decaído de parte mínima do pedido e devem, por isso, ser exonerados de tal condenação, nos termos do parágrafo único do artigo 21 do Código de Processo Civil.

Em resposta (f. 447-457), a Construtora defendeu, preliminarmente, que o recurso adesivo não pode ser conhecido porque o seu conteúdo deve estar subordinado aos limites do inconformismo do recurso a ele vinculado. No mais, rebateu as razões invocadas, pugnando, ao final, pelo não-provimento da insurgência.

VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator)

Quanto ao juízo de admissibilidade, ambos os recursos, principal e adesivo, devem ser conhecidos.

Rejeito, portanto, a preliminar ofertada pela Construtora, com o escopo de impossibilitar o conhecimento do recurso adesivo, sob o argumento de que as suas razões deveriam estar limitadas às irresignações do recurso principal.

Tal requisito é exigido, tão-somente, para a resposta da apelação, e não para o recurso adesivo, cuja norma processual é bastante objetiva no tocante à sua admissibilidade:

> 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 do tribunal superior.

No escólio de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery[1], *quando houver sucumbência recíproca, é possível ao recorrido que se conformara com a decisão, assim que intimado para apresentar contra-razões ao recurso da parte contrária, interpor recurso adesivo. Não é espécie autônoma de recurso (não está no rol do CPC 496), mas sim forma de interposição dos recursos de apelação, embargos infringentes, RE e REsp, que, portanto, podem ser interpostos pela via principal ou pela via adesiva.*

1 *In* **Código de Processo Civil Comentado**. 9. ed. São Paulo:RT. p. 719.

Sobre o regime jurídico, afirmam os doutrinadores que *o recurso adesivo fica subordinado à sorte da admissibilidade do recurso principal. Para que o adesivo possa ser julgado pelo mérito, é preciso que: a) o recurso principal seja conhecido; b) o adesivo preencha os requisitos de admissibilidade. Não sendo conhecido o principal, seja qual for a causa da inadmissibilidade, fica prejudicado o adesivo. Conhecido o principal, é irrelevante o seu provimento ou improvimento: o adesivo será apreciado, devendo ser analisada sua admissibilidade e, se positivo o juízo de admissibilidade (se conhecido o adesivo), será julgado pelo mérito.*

Sendo assim, equivoca-se a Construtora quanto ao conhecimento do recurso adesivo e, portanto, rechaço a preliminar arguida.

No mérito, somente o recurso de Dorotéia de Fátima Bozano e Claudemir José Pazzinato merece provimento, porém apenas parcial, no tocante à exoneração dos ônus de sucumbência.

Isso porque do cotejo dos pedidos iniciais com a sentença, infere-se que decaíram de parte mínima das pretensões deduzidas, o que impõe a aplicação do parágrafo único do artigo 21 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

> Art. 21. [...]
>
> Parágrafo único. Se um litigante decair de parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e honorários.

Nessa senda, sustentam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery[2] que *quando a perda for ínfima, é equiparada à vitória, de sorte que a parte contrária deve arcar com a totalidade da verba de sucumbência (custas, despesas e honorários de advogado). A caracterização de "parte mínima do pedido" dependerá de aferição pelo juiz, que deverá levar em consideração o valor da causa, o bem da vida pretendido e o efetivamente conseguido.*

Sendo assim, a pretensão recursal dos apelantes, de serem exonerados do rateio da sucumbência merece acolhida, pois qualquer valor pedido por danos morais é considerado apenas sugestivo. Por conseguinte, ficará a apelada com ônus da totalidade da condenação.

No mais, a sentença deve ser mantida, pelos seus próprios fundamentos, dada a sua clareza e o entendimento majoritário da jurisprudência e da doutrina. Entretanto, para não incorrer em redundância[3], transcrevo aqui os trechos que servem para seu embasamento (f. 392-402):

> Concernente à alegação de ilegitimidade passiva, não obstante os argumentos apresentados pela autora tenho que merece acolhida pelos fundamentos a seguir aduzidos.
>
> Apesar de a autora sustentar em sua inicial que o réu é um dos responsáveis pelo empreendimento, que o fato de ter se retirado da sociedade não o exime de culpa, e que participou ativamente da realização do negócio, sendo responsável diretamente por todos os problemas que ocorreram nos imóveis e que todas as prestações relativas ao empreendimento são recebidas diretamente por ele, o contrato objeto do presente feito e fundamento de todos os pedidos da parte autora, foi celebrado tão-somente entre a autora e a construtora-ré, não havendo qualquer interferência do réu Paulo Cesar de Oliveira.
>
> Ademais, imperioso destacar que a construtora-ré encontra-se em regular funcionamento e não houve qualquer decisão judicial, no presente feito, desconsiderando a personalidade jurídica daquela, o que, mesmo que tivesse ocorrido, não teria atingido o réu Paulo Cesar, posto que não é mais sócio da construtora-ré.

2 *In* **Código de Processo Civil Comentado**. 9. ed. São Paulo: RT. p. 202.

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

Dessa forma, com base no artigo 3 do Código de Processo Civil, que dispõe que para 'propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade', imperioso reconhecer a ilegitimidade do réu Paulo Cesar de Oliveira para figurar no pólo passivo da presente demanda.

Assim, o feito deve ser extinto sem resolução do mérito com relação ao réu Luiz Alberto Carvalho Pinto por ser parte ilegítima para figurar como réu neste feito.

Apreciadas as questões prévias levantadas e tendo em vista que o acolhimento da preliminar supracitada não prejudica a análise do mérito do presente feito, passo a analisá-lo.

A pretensão inicial deve ser julgada parcialmente procedente.

Em um primeiro momento, cumpre analisar a alegação de inadimplência por parte da ré com relação às obrigações contraídas no Compromisso Particular de Compra e Venda em comento.

Conforme determina a cláusula oitava do contrato de f. 29-32, o primeiro bloco de apartamentos deveria ter sido entregue no prazo de 10 (dez) meses do vencimento da primeira parcela, sendo que, daí em diante, a cada 10 (dez) meses sucessivamente, seriam entregues os demais blocos de apartamentos, entretanto, conforme pode ser verificado nos autos, a ré não cumpriu os prazos estabelecidos no pacto, tanto na entrega do primeiro bloco, como dos demais, inexistindo qualquer previsão para o reinício das obras.

Outrossim, compete esclarecer que até a presente data não ocorreu a conclusão do empreendimento imobiliário em questão.

Assim, havendo prova de que o retardamento no cumprimento da obrigação contratual foi devido à culpa exclusiva da construtora-ré, verifica-se o inadimplemento idôneo para autorizar a rescisão do pacto, devendo a ré devolver, de uma só vez, à autora os valores que esta desembolsou no afã de se tornar proprietária de um imóvel residencial, uma vez que as partes devem retornar ao status quo ante.

Ademais, em que pese a cessação no pagamento das parcelas contratadas, não seria justo, correto exigir da autora que continuasse cumprindo com sua contraprestação diante da inadimplência da ré, que deixou de cumprir, anteriormente, com suas obrigações contratuais, uma vez que houve atraso na entrega do apartamento e devido à não conclusão do empreendimento imobiliário.

Nesse sentido, tendo havido descumprimento por parte da construtora-ré da obrigação de entregar os blocos de apartamentos no prazo contratado, a autora também faz jus à multa (cláusula penal) prevista na cláusula trigésima quarta do contrato de f. 29/32, no importe de 10% sobre o total dos valores pagos por ela, e não no importe de 30% conforme pretendido, uma vez que inexiste previsão contratual nesse sentido, tendo em vista que referido percentual é garantido apenas no caso de inadimplemento do comprador, nos termos das cláusulas sexta e sétima, inviabilizando seu acolhimento.

Se já não bastasse isso, não há que se aplicar os princípios da equidade ou isonomia quanto à cláusula penal, posto que há cláusula específica para o caso de inadimplência da construtora.

Assim, a conduta negligente da ré caracteriza ato ilícito previsto no artigo 186 do Código Civil, surgindo, dessa forma, segundo o artigo 927 do mesmo código o dever de indenizar pelos danos morais ocasionados.

Cumpre destacar que os danos morais abrangem todo sofrimento ou dor humanas, que não se revistam de um caráter de perda pecuniária, mas nasçam de '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'.[4]

4 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil de acordo com a Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense. p. 61.

No dizer de Yussef Said Cahali, 'na realidade, multifacetário e ser anímico, tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral'.[5]

Conforme declarações da parte autora os fatos lhe proporcionaram desgaste emocional, angústia, indignação e frustração do 'sonho da casa própria', o que sem dúvida alguma causa dano moral a qualquer pessoa na situação da autora.

Finalmente, havendo, *in casu*, o dano moral indenizável e sendo este consequência exclusiva da ação injurídica atribuível à ré, emerge o nexo de causalidade entre a culpa e o dano, formando-se o tripé sobre o qual se assenta a sua responsabilidade civil.

Passo, na oportunidade, à fixação do *quantum* indenizatório.

A jurisprudência pátria firmou-se no sentido de moderação no arbitramento dos danos morais, cujo valor nunca é exatamente igual à ofensa, mas serve como lenitivo para diminuir o sofrimento da vítima e para inibir novas violações por parte do ofensor.

A presente questão encontra-se centrada no princípio basilar do direito, segundo o qual a ninguém se deve lesar (*neminem laedere*), o que ficou substancialmente realçado no direito brasileiro pela sufragação constitucional da indenizabilidade dos danos morais.

É certo, contudo, que o valor da indenização por dano moral não pode ser exacerbado a ponto de ensejar o enriquecimento ilícito, nem tampouco irrisório a ponto de incentivar o descaso das pessoas físicas ou jurídicas no comedimento de seus atos, fiando-se na impunidade.

A jurisprudência pátria, como dito alhures, caminha a cautelosos passos nessa linha tênue que representa o equilíbrio do justo ressarcimento. Confira-se:

Ao magistrado compete estimar o valor da reparação de ordem moral, adotando os critérios da prudência e do bom senso e levando em estima que o quantum arbitrado representa um valor simbólico que tem por escopo não o pagamento do ultraje - a honra não tem preço - mas a compensação moral, a reparação satisfativa devida pelo ofensor ao ofendido. (TJPR, AC n. 19.411-2, Primeira Turma Cível, Rel. Oto Luiz Sponholz).

Rui Stoco adverte que se trata, pois 'De uma estimação prudencial, que não dispensa sensibilidade para as coisas da dor e da alegria, para os estados d'alma humana, e que destarte deve ser feita pelo mesmo JUIZ OU, QUANDO MUITO, POR OUTRO JURISTA, INÚTIL SEMPRE PÔR EM AÇÃO A CALCULADORA DO ECONOMISTA OU DE TÉCNICO EM CONTAS.' (**RT** 560/66)

E acrescenta que, segundo Caio Mário '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.' (ob. cit., p. 675)

5 **Dano moral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 21.

Caio Mário da Silva Pereira norteia de forma bastante elucidativa a questão do equilíbrio na avaliação do *quantum* do dano moral:

'Quando se cuida de dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: 'caráter punitivo' para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o 'caráter compensatório' para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido'. (*in* **Responsabilidade Civil**, 8. Ed., editora Forense, 1997, p.97)

Portanto, busca-se na espécie fornecer à vítima uma compensação, representada por uma comodidade que compense o dano sofrido, no mesmo passo em que se aplica uma medida de caráter repressivo e preventivo ao responsável pelo dano causado, com eminente função educativa a fim de que evite, no futuro, esse tipo de comportamento.

Leva-se em conta, também, o nível social da vítima e o do causador do dano, para que a compensação não resulte inexpressiva para um e inócua para a outra, tendo em vista as finalidades reparatórias e compensatórias buscadas.

Assim, atentando às doutas e oportunas ponderações dos grandes mestres mencionados, assomadas às peculiaridades do caso *sub examine*, fixo a indenização em R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Quanto às benfeitorias aludidas pela autora, em que pese os argumentos contrários levantados pelos requeridos, tenho que ela faz jus ao seu ressarcimento nos moldes e valores do item 4.2 da conclusão do laudo pericial de f. 348-368, *in verbis:*

O CUSTO DE REPOSIÇÃO das BENFEITORIAS incorporadas ao imóvel atingem, em parâmetros de 30 de novembro de 2008, a importância de R$ 7.195,45 (sete mil, cento e noventa e cinco reais e quarenta e cinco centavos), já depreciadas para o estado de conservação por nós observados.

Impõe-se esclarecer, ainda, que a pretensão de indenização da autora não se funda nos vícios redibitórios presentes no imóvel em questão, mas sim nos gastos que teve que arcar para tornar o imóvel habitável. Portanto, não há se falar em prescrição.

Ressalte-se que, não obstante a validade da cláusula sétima do contrato em questão, diante do fato de a rescisão contratual ter decorrido de culpa exclusiva da construtora-ré, esta não faz jus a nenhum dos benefícios contratuais previstos na referida cláusula, eis que deve ser entendida como aplicável somente quando a rescisão é originada de conduta do comprador.

Portanto, a construtora-ré não tem direito à multa contratual por suposta inadimplência do comprovador ou mesmo a ser ressarcida com o equivalente a 70% do valor de uma prestação pelo tempo em que a autora esteve na posse do imóvel, a título de fruição.

Ademais, no que tange à taxa de fruição, insta destacar que o imóvel construído pela ré e alienado à autora não se destinava, não se destina e não se destinará à locação, mas sim à venda.

Todavia, do montante a ser devolvido à autora deve ser descontado o que foi pago a título de sinal (arras), de acordo com o disposto no artigo 418 do Código Civil.

Nesse sentido colaciono o aresto abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO - COMPRADOR INADIMPLENTE - CABIMENTO DE DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS - RETENÇÃO - SINAL – POSSIBILIDADE - INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS - PARTE LESADA - PEDIDO PLEITEADO EM CONTESTAÇÃO - AÇÃO PROPOSTA PELO RITO ORDINÁRIO - NÃO CABIMENTO – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - RECURSO IMPROVIDO.

> A fim de se evitar o enriquecimento sem causa do vendedor, cabível a devolução das parcelas pagas, mesmo que demonstrada culpa do comprador pelo inadimplemento do contrato, não sendo possível, entretanto, a restituição do valor a título de sinal ou arras. [...] Haverá sucumbência recíproca se cada litigante for em parte vencedor e vencido, devendo ser proporcionalmente distribuídos entre eles as custas processuais e os honorários advocatícios. (TJMS, AC n. 2007.001300-8, Caarapó, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, julgado em 11.4.2007). (grifei).

Como se vê, não há qualquer circunstância que permita modificação à conclusão da Magistrada nestes pontos, mas tão-somente no tocante à distribuição da sucumbência, conforme bem explicitado no voto.

Finalmente, no que tange ao prequestionamento, não há necessidade de manifestação expressa dos dispositivos legais invocados no recurso, visto que toda a matéria foi examinada à luz dos pontos aduzidos, além do que o magistrado *não está obrigado a responder a todos os questionamentos nem a se pronunciar sobre todos os preceitos legais listados pelas partes se já encontrou fundamentação suficiente para embasar a conclusão do julgado*[6].

Ante o exposto, nego provimento ao recurso da Construtora Degrau Ltda. e dou parcial provimento ao apelo de Dorotéia de Fátima Bozano e Claudemir José Pazzinato para eximi-los do rateamento da sucumbência, com fundamento no parágrafo único do artigo 21 do Código de Processo Civil.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, AFASTARAM A PRELIMINAR; NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DA CONSTRUTORA DEGRAU LTDA. E DERAM PROVIMENTO AO DE DOROTEIA.

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

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

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

Campo Grande, 31 de agosto de 2010.

***

6 ED no MS n. 22067/DF.

Agravo Regimental em Apelação Cível n. 2010.016452-5/0001-00
Iguatemi - Primeira Turma Cível
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE CUMULADA COM CONDENAÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO – EMPRESA DE TELEFONIA – PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL AFASTADA – MÉRITO – PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO TRIENAL REPELIDA – APLICAÇÃO DAS REGRAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 27 CDC – PIS/COFINS – REPASSE AO CONSUMIDOR NA FATURA – ABUSIVIDADE DA COBRANÇA RECONHECIDA – DEVOLUÇÃO – POSSIBILIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO-PROVIDO.

A ninguém é vedado o direito de buscar a atuação do Judiciário, nos termos do artigo 5, XXXV, da Constituição Federal, que assegura o direito ao amplo acesso à prestação jurisdicional.

Além disso, se o procedimento eleito pelo autor encontra guarida no ordenamento jurídico pátrio, não há falar em inadequação da via eleita, e, por isso, deve ser rejeitada a preliminar de falta de interesse processual.

Configurada a relação consumerista entre as partes, deve ser aplicado o artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor às aspirações de ressarcimento de enriquecimento sem causa. Nesse passo, prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

O PIS e a COFINS somente podem integrar o preço das tarifas compondo os seus custos, proporcionalmente, segundo o grau de participação na formação do preço, de modo que o repasse seja somente o econômico, mas jamais o jurídico.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 20 de julho de 2010.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Brasil Telecom S.A. agravou regimentalmente da decisão monocrática que, nos autos da ação declaratória de nulidade de cobrança com repetição de indébito que João Marinho Falcão Filho propôs em seu desfavor, manteve incólume a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido ofertado, declarando a nulidade da

cobrança do PIS e do COFINS nas faturas telefônicas do agravado e condenou-a, ainda, a restituir os valores cobrados a maior, limitando a repetição aos cinco anos anteriores à propositura da ação.

Alegou, primeiramente, o descabimento de julgamento singular no caso *sub examine*.

Ainda em preliminar, arguiu a falta de interesse processual da parte agravada, por não se fazer presente na ação o binômio necessidade-adequação.

No mérito, afirmou que a prescrição da pretensão do agravado é de três anos, e não de cinco conforme restou consignado na sentença.

Defendeu ainda a legalidade do repasse econômico-financeiro do PIS e da COFINS ao consumidor, extirpando a tese fundamentadora da sentença de que os tributos diretos não podem ser transferidos para terceiros.

Pediu, assim, a reconsideração da decisão agravada, ou em caso de entendimento contrário, a submissão do recurso ao respectivo órgão colegiado, com o fito de reformar a sentença, para que os pedidos do agravado sejam julgados totalmente improcedentes.

VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator)

Ab initio, consigno que as matérias carreadas foram resolvidas com suporte em posicionamento jurisprudencial, conforme consignado na decisão recorrida.

A necessidade, portanto, de rejeição do recurso era evidente, circunstância que embasou o julgamento monocrático previamente exarado, nos termos do artigo 557[1], *caput* do Código de Processo Civil que corrobora com o princípio da economia processual, constante do artigo 5º, inciso LXXVIII[2], da Constituição Federal da República.

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

Não há falar, então, em irregularidade na decisão.

Superadas as acepções acima, submeto a questão à apreciação do órgão colegiado competente, mantendo a decisão recorrida nos termos outrora proferidos, com a transcrição somente dos trechos necessários para o seu embasamento (f. 121-131):

> **I – Das preliminares.**
>
> **Falta de interesse de agir.**
>
> Diz a ré que a segunda via da fatura telefônica era passível de ser emitida administrativamente, e, ainda, que o autor não comprovou o pagamento indevido, o que não autoriza a repetição do indébito, faltando, portanto, interesse processual para o autor nesta seara judicial.

1 Artigo 557, *caput*, do CPC: "*O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante no respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior*".

2 Artigo 5º, LXXVIII, da CF: *"A todos é assegurado, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação"*.

Manifestamente incabível, insustentável a preliminar em relação à emissão administrativa da segunda via da fatura telefônica, pois o autor não estava (e nem está, frise-se) obrigado a esgotar as vias administrativas, para só então, pleitear o que entende de direito perante o Estado-Juiz. Se assim fosse, como pretende a ré, estar-se-ia malferindo frontalmente o comando constitucional do acesso à Jurisdição. Inteligência do art. 5, XXXV.

Aliás, outro não é o entendimento perfilhado pelo E.TJ/MS, *in verbis*:

Utilizando-se ou não da via administrativa, a ninguém é vedado o direito de buscar a atuação do Judiciário, nos termos do artigo 5, XXXV, da CF, que assegura o direito ao amplo acesso à prestação jurisdicional". (AC n. 2009.014374-7, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. julgado em 22.7.2009, DJ n. 2024 de 13.8.2009).

Quanto à preliminar por falta de interesse de agir relacionada à repetição do indébito, deve ser dito que confunde-se com o mérito, de tal maneira que nele será apreciada.

Destarte, rejeito a preliminar de falta de interesse de agir relacionada à emissão administrativa da segunda via da fatura telefônica.

Inadequação da via eleita.

Aqui, narra a ré que a via eleita pelo autor é inadequada, já que a exibição de documentos somente é possível em processo cautelar específico.

Descabida, infundada e divorciada das normas legais a preliminar em agito, pois é de sabença notória da comunidade jurídica que a exibição de documentos se dá de três maneiras, quais sejam: a) na ação principal; b) incidentalmente, e; c) na via cautelar.

Na ação principal, proposta sob a forma de ação de conhecimento, dá-se a exibição quando o documento ou coisa for bastante para satisfazer o interesse do proponente da ação. Exibido o documento ou a coisa, o autor se dá por satisfeito.

Já a exibição cautelar, prevista nos art. 844 e 845, ambos do Código de Processo Civil, configura-se quando ela tiver por escopo permitir que o interessado faça a constatação de determinada situação ou fato, ou, ainda, obtenha prova, para o posterior ajuizamento da ação dita principal no prazo de 30 dias.

E, por fim, quanto à exibição incidental, que consta do art. 355 e seguintes do Código de Processo Civil, há, como o próprio nome diz, uma exibição de forma incidente no bojo de uma ação em curso, a fim de provar algo. É um incidente probatório. Nesse caso, a exibição não terá natureza de ação, seja principal ou cautelar, mas de simples incidente probatório do processo já em trâmite. Frise-se, é o que ocorre no caso em testilha. O autor queria apenas que a ré exibisse as segundas vias das faturas telefônicas para provar seu direito, nada mais.

Logo, se o procedimento eleito pelo autor encontra guarida no ordenamento jurídico pátrio, como acima apontado, não há que se falar, assim, na preliminar de inadequação da via eleita, de modo que deve ser rejeitada.

Prescrição.

Sustenta a ré neste capítulo da sentença, que "*para o ajuizamento da ação de ressarcimento de enriquecimento sem causa*", o Código Civil *"estabelece em seu artigo 206, § 3º, IV, o prazo de 3 (três) anos"*.

Embora o art. 206, § 3°, inciso IV, tenha por disposição que as pretensões indenizatórias para ressarcimento de enriquecimento sem causa prescrevem em três anos, entendo que deve ser aplicado o artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe:

"Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria."

No caso em exame, a situação enquadra-se perfeitamente nas relações de consumo, porquanto, ainda que tratemos o consumidor como usuário do serviço de telefonia, este adquiriu um serviço como destinatário final, conforme estabelece o art. 2 e 3, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor Inquestionável, assim, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) nas relações entre os consumidores e a empresa de telefonia.

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE C/C CONDENAÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO C/C TUTELA ANTECIPADA COM PEDIDO DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – DECISÃO EM QUE SE DETERMINOU A EMENDA DE PETIÇÃO INICIAL PARA QUE FOSSE EXCLUÍDA DO PEDIDO DE REPETIÇÃO DO INDÉBITO DA TARIFA COBRADA POR EMPRESA DE ENERGIA ELÉTRICA A PRETENSÃO TIDA COMO PRESCRITA E PARA QUE FOSSE DISCRIMINADO QUAL O EFETIVO VALOR COBRADO PELA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – PRELIMINAR DE PERDA DO OBJETO DO RECURSO REJEITADA – APLICAÇÃO DAS REGRAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 27 CDC – DESNESSIDADE DE DISCRIMINAÇÃO DOS VALORES CONSTANTES NA CONTA DE ENERGIA ELÉTRICA – DECISÃO REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

A superveniência de sentença ao agravo de instrumento interposto em face de decisão interlocutória que determinou emenda à inicial, sob pena de indeferimento, não prejudica o exame de mérito do recurso, mesmo que a ele não tenha sido atribuído o efeito suspensivo. Isto porque a eficácia da sentença estará limitada ao resultado do julgamento do recurso, pois se este for provido, anulará todos os atos que lhe forem posteriores, inclusive a própria sentença. Preliminar afastada.

Deve ser aplicado o artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor às pretensões para ressarcimento de enriquecimento sem causa propostas em razão de cobrança indevida de tarifa de energia elétrica.

Configurada a relação consumerista entre as partes.

Em razão das disposições do Código de Defesa de Consumidor não é razoável exigir que o consumidor faça a discriminação de todas taxas e tarifas cobradas para ter o seu direito tutelado pelo Poder Judiciário. Recurso conhecido e provido." (Ag n. 2009.014092-3, Aquidauana, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Dorival Renato Pavan, julgado em 30.6.2009).

Do mérito.

O caso em comento versa sobre matéria exclusivamente de direito, inexistindo desta feita necessidade de proceder-se à produção de provas, em audiência ou fora dela, razão pela

qual o pedido deve ser diretamente conhecido nos moldes preconizado no artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil, julgando-se antecipadamente a lide. Os pedidos iniciais são parcialmente procedentes, senão vejamos.

Da nulidade da cobrança do PIS e COFINS.

Em um primeiro momento, sobreleva notar, por importante, que a contribuição para o PIS tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

Da mesma forma, a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, com incidência não-cumulativa, tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

A Lei n. 10.637/2002, em seu art. 1, *caput*, prescreve que:

"Art. 1º A contribuição para o PIS/Pasep tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil."

A Lei n. 10.833/2003, por sua vez, em seu art. 1, *caput*, estabelece o seguinte:

"Art. 1º A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, com a incidência não-cumulativa, tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil."

Frente a tal painel normativo, força é convir, pois, que o sujeito passivo das obrigações, nos termos do inciso I do parágrafo único do art. 121 do CTN, é a empresa de telefonia, não o consumidor do serviço, porque este não tem qualquer relação pessoal ou direta com o fato gerador.

A *quaestio iuris* que importa, então, a saber, é se o sujeito passivo das contribuições (PIS e COFINS) pode transferir o ônus financeiro para o consumidor do serviço de telefonia, já que não compõem o custo da tarifa anunciada pela concessionária.

Entendo que não, pois esses tributos não incidem diretamente sobre a prestação do serviço de telefonia.

Na mesma linha de pensamento já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, *in expressi verbis*:

PROCESSO CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 283/STF – PRECLUSÃO CONSUMATIVA - PIS/COFINS - REPASSE AO CONSUMIDOR NA FATURA TELEFÔNICA - ABUSIVIDADE DA COBRANÇA RECONHECIDA POR ESTA CORTE - DEVOLUÇÃO EM DOBRO - POSSIBILIDADE.

1. Em sede de agravo regimental, não é possível a apreciação de questões não levantadas nas contra-razões do recurso especial e do agravo de instrumento, por força da preclusão consumativa.

2. **A Segunda Turma desta Corte firmou entendimento no sentido da ilegalidade do repasse do PIS e da COFINS na fatura telefônica**, bem como acerca da má-fé das empresas de telefonia e, por consequência, da abusividade dessa conduta.

3. Direito à devolução em dobro reconhecido com base no art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag n. 1102492/SP, Segunda Turma, Relª. Minª. Eliana Calmon, julgado em 25.8.2009, DJ de 14.9.2009).

Pode ser dito que o fato gerador do PIS e da COFINS não é a prestação do serviço, e a base de cálculo respectiva não é o valor ou preço do serviço ou tarifa.

Ao contrário, o fato gerador é o faturamento como sinônimo da receita bruta, e a base de cálculo é o valor do faturamento como receita bruta que inclui, como acentuado, outras receitas extra-operacionais, além daquela estritamente operacional decorrente das tarifas cobradas dos consumidores.

E assim é porque não há qualquer dispositivo da legislação pertinente que determine que o tributo incida diretamente sobre o preço do serviço ou tarifa, individualmente, prestação a prestação, usuário a usuário, conta a conta.

E pela mesma ordem de razões também não há qualquer disposição da legislação que determine a cobrança do usuário-consumidor na fatura da conta respectiva, como a ré arbitrariamente e sem amparo legal entendeu de proceder.

Em razão disso, o PIS e a COFINS somente podem integrar o preço das tarifas compondo os seus custos, proporcionalmente, segundo o grau de participação na formação do preço, de modo que o repasse seja somente o econômico, mas jamais o jurídico.

Em face do sistema jurídico vigente, e das disposições constitucionais e legais em vigor, portanto, o repasse do PIS e da COFINS somente pode ser o econômico, e nunca o repasse jurídico.

Por todas as razões acima expostas, a declaração de nulidade da cobrança do PIS e da COFINS na fatura telefônica do autor é medida de rigor.

Da repetição do indébito.

Diz a ré, como acima já frisado, que o autor não comprovou o pagamento indevido das tarifas. Esta matéria, inclusive, foi ventilada como preliminar de falta de interesse de agir.

Ocorre que, a ré, em sua peça contestatória, narrou que é lícita a inclusão do PIS e COFINS no preço dos serviços de telefonia, o que implica dizer, então, que desnecessária qualquer outra prova para que o autor faça jus à repetição do indébito. Ora, se a própria ré disse que tal cobrança está sendo efetuada nas faturas de conta telefônica, provado está que o autor deve receber de volta o que pagou a maior, cujo valor deve ser apurado em liquidação de sentença por arbitramento.

Portanto, analisando-se o regimental interposto, verifica-se que a agravante não trouxe qualquer argumento capaz de elidir os fundamentos da decisão monocrática, razão pela qual a manutenção deste julgado é medida que se impõe.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO REGIMENTAL.

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

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

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

Campo Grande, 20 de julho de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.016814-5 - Bandeirantes
Quarta Turma Cível
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO – RESCISÃO CONTRATUAL C/C INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS – ARRENDAMENTO RURAL – ALEGAÇÃO DE CULPA EM DESTRUIÇÃO TOTAL DE PLANTAÇÃO POR ANIMAIS BOVINOS DE PROPRIEDADE DO REQUERIDO – REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL (CONDUTA CULPOSA, DANO E NEXO DE CAUSALIDADE) NÃO COMPROVADOS – ÔNUS DA PROVA DO AUTOR – PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA.

A prova dos fatos deduzidos pelas partes deve ser feita por aquele a quem a demonstração de sua ocorrência produz o efeito jurídico de reconhecimento da veracidade dele e, consequentemente, da obtenção de uma vantagem processual, correspondente ao acolhimento ou rejeição do pedido contido na inicial ou na reconvenção.

Assim, se o autor alega, como fato constitutivo de seu direito, que há responsabilidade civil do requerido nos prejuízos que teve em sua plantação em razão de invasão de animais bovinos na área cultivada, deve provar a alegação, ou seja, conduta culposa, dano e nexo de causalidade, sob pena de, não o fazendo, ser o pedido julgado improcedente, ainda mais, quando há prova técnica verificando estágio avançado de debilidade da plantação e ataque de pragas e doenças.

O juiz tem liberdade para apreciar a prova, desde que justifique seu convencimento, conforme o princípio do livre convencimento motivado.

Não comprovados os pressupostos gerais da responsabilidade civil, a indenização é indevida.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 20 de julho de 2010.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Trata-se de apelação cível interposta por Manoel José Barbosa, contra a sentença de f. 159-160, proferida pelo douto juízo da Vara Única da Comarca de Bandeirantes, que julgou improcedente o pedido formulado na ação de rescisão de contrato c/c perda e danos movida em face de Katsumi Kondo.

O autor da demanda alega que, em dezembro de 2005, firmou um contrato de arrendamento com o requerido de uma área de 4 hectares, localizada na Fazenda Cristal, município de Bandeirantes, pelo prazo de 4 anos.

Ocorre que, conforme inicial, no dia 29 de dezembro de 2006, a área arrendada e já cultivada pelo autor, foi invadida por gado, tipo mocho, de propriedade do requerido, causando a destruição total de suas plantações.

Diante disso, o autor afirma que registrou Boletim de Ocorrência, que juntou às f. 29, e solicitou a realização de laudo técnico à secretaria de produção agrária – AGRAER, o qual foi juntado às f. 30.

O autor faz cálculos e chega à quantia de R$ 21.600,00 referente aos danos emergentes, e, quanto ao valor dos lucros cessantes de todo o período contratual o valor de R$ 49.840,00.

Por fim, o autor pede seja o requerido condenado ao pagamento a título de indenização a quantia de R$ 21.600,00; que se arbitre da produção preterida e futura equivalente à produção média anual, conforme memória de cálculo elencada na inicial, que deverá ser acrescido de juros e atualização monetária; a condenação do requerido em ônus pericial e pagamento da rescisão contratual até o termino do contrato; e os benefícios da justiça gratuita.

O requerido apresentou contestação às f. 45-60, alegando, em síntese, que entregou a terra pronta para o cultivo; que as mudas foram retiradas da chácara Alegria de propriedade de Valdeci Cardoso Rodrigues e transportadas por um trator do requerido, não havendo qualquer gasto do autor com mudas e transporte; que é prática do autor deixar o colchete alberto para os animais invadirem a área, para depois pleitear indenização, já tendo feito o mesmo com Valdeci Cardoso Rodrigues; que o autor abandonou a área; e houve uma doença que prejudicou a plantação.

A contestação foi impugnada às f. 73-77.

Por ocasião da audiência preliminar não foi obtida conciliação, e, após, em audiência de instrução e julgamento três testemunhas arroladas pela autora e quatro pelo requerido foram inquiridas (140-142; 146-149).

Alegações finais às f. 151-158.

O Juízo sentenciante, às f. 159-160, julgou improcedente o pedido do autor, sob o fundamento de que não restou demonstrado o nexo causal existente entre a conduta do requerido e os prejuízos e os prejuízos sofridos pelo requerente, tampouco que foi o requerido que abriu as porteiras para o gado entrar e destruir a plantação do autor.

Embasa a sentença no sentido de que há prova contrária ao alegado pelo autor, considerando que a testemunha João Ramos do Prado relatou, em juízo, que, em certa ocasião, viu o requerente saindo da propriedade e deixando a porteira aberta.

Nos motivos da sentença ainda se argumenta que o autor não fez qualquer prova dos gastos efetivamente realizados na área e do prejuízo sofrido, fato que não pode gerar uma condenação, sob pena de violar o princípio do contraditório e de incentivar o enriquecimento ilícito.

Ao final, condenou o autor ao pagamento de custas e honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da causa, ficando a execução suspensa em decorrência dos benefícios da gratuidade processual.

Irresignado, o autor interpôs recurso de apelação (f. 164-172), sustentando, em síntese, que a sentença deixou de considerar os depoimentos prestados pelas testemunhas arroladas pelo apelante, nos quais restou clara a responsabilidade do requerido pelos prejuízos narrados na inicial.

Afirma o recorrente que ainda que as testemunhas apresentadas pelo requerido tenham visto por algumas vezes a porteira do cercado aberta, não negaram a existência da mencionada vala sob a cerca, que possibilitaria a entrada dos bovinos.

Caso o entendimento não seja o da responsabilidade civil do apelado, o recorrente requer seja reconhecida a existência de concorrência de culpa pelo evento danoso, em razão da divergência entre o alegado pelo recorrente e recorrido, que não possibilitam qualquer certeza acerca dos fatos discutidos nos autos.

Contrarrazões às f. 177-185.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Manoel José Barbosa**,** contra a sentença de f. 159-160, proferida pelo douto juízo da Vara Única da Comarca de Bandeirantes, que julgou improcedente o pedido formulado na ação de rescisão de contrato c/c perda e danos movida em face de Katsumi Kondo.

Certo é que houve a entrada de animais bovinos na área arrendada pelo apelante, conforme laudo técnico, apesar de este não estar datado, depoimento de algumas das testemunhas e afirmações das partes.

Ocorre que, o cotejo probatório, demonstrado pelas provas testemunhais e técnica, não oferece elementos suficientes para certificar que houve culpa ou dolo do requerido na invasão pelos animais, tampouco comprovam que o apelante foi quem deixou a porteira aberta, agindo de má-fé.

Quanto à alegação de que os animais teriam invadido a área arrendada por meio de vãos existentes entre os arames da cerca que divide a fazenda do requerido da área arrendada, e que esta seria a causa do prejuízo sofrido pelo autor, a única prova existente nos autos é o laudo técnico de f. 30 em que o engenheiro da AGRAER, Clemerson Trindade Melão, observou que "*as cercas de divisas possuía vãos entre os arames por onde os animais passaram*".

Todavia, além de o referido laudo não apresentar data, a fim de demonstrar que os vestígios da entrada dos animais pelos vãos da cerca ocorreu na época dos fatos, não consta nenhuma prova nos autos de que o prejuízo foi causado única e exclusivamente, ou em parte, pelo gado do apelado.

Ademais, no laudo técnico consta que as culturas de banana e mamão estavam em estágio avançado de debilidade das plantas e algumas com ataque de pragas e doenças, sendo que a cultura de cana de açúcar apresentava-se totalmente destruída.

Quanto às fotos juntadas às f. 10-25, deve-se considerar que, conforme depoimento de Valdemir da Silva Souza, às f. 141, foram tiradas quando o autor constatou a invasão do gado.

Em que pese à falta do respectivo negativo da fotografia, exigido pelo § 1º do art. 385 do CPC, tal fato não impediria sua consideração como prova, uma vez que em relação à valoração desta vige o princípio da persuasão racional; no entanto, apenas demonstram uma área rural de terreno sem preparação, sujo, com plantação de banana, que se demonstra acometida de doença, mais precisamente às f. 24, plantação de cana de açúcar e um alojamento de madeira destruídos, segundo o autor, pelo gado.

Convenhamos, não é possível acreditar que animais bovinos seriam capazes de destruir os 2.300 pés de bananas, plantações de cana-de-açúcar, pés de mamão e até um alojamento de madeira, como alegado pelo autor, que sequer juntou prova da quantidade de gado de propriedade do requerido que poderia ter invadido a área arrendada por meio do vão da cerca.

Depois, se, por hipótese, o gado fosse capaz de causar destruição de tal monta, ele faria em certo período de tempo, o que facilitaria a constatação pelo autor e impedimento da destruição total da plantação. No

entanto, pelas provas verifica-se que o autor não estava cuidando da plantação, pois não percebeu a entrada dos animais, chegando quando a destruição já havia sido concretizada.

Além disso, a testemunha João Ramos do Prado, cujo depoimento foi gravado em áudio e vídeo, afirma que já viu, por mais de uma vez, o autor deixar o colchete aberto para o gado entrar na área plantada.

Por sua vez a testemunha Valdeci Cardoso Rodrigues, em depoimento gravado em áudio e vídeo, aduz que também já viu o colchete que dava acesso à plantação aberto, bem como cerca de 5 (cinco) animais bovinos entrando, tendo, assim, avisado o capataz do requerido, que tirou o gado da plantação.

Ou seja, em razão da divergência das alegações das partes e dos depoimentos de algumas das testemunhas, há duas versões nos autos, mas nenhuma delas está comprovada.

Ora, as provas produzidas não dão certeza de que o prejuízo foi causado em razão da entrada dos animais no arrendamento, mas deixam dúvidas se a plantação já estava acometida de pragas e doenças, fato que já traria prejuízos ao autor. As provas também são duvidosas para comprovar que os animais seriam capazes de causar a perda total ou parcial da plantação, e se realmente invadiram o terreno por meio dos vãos da cerca.

E, ainda, como bem colocado na sentença, mesmo que houvesse elementos probatórios de que gado entrou na área cultivada por culpa do apelado, por meio dos vãos da cerca ou da porteira, o autor não traz prova de seus prejuízos, ou seja, dos adubos, fertilizantes, mudas, transporte, venenos, sementes, auxiliar agrícola e conserto da cerca.

Não obstante, a alegação do apelante é divergente da do requerido e da testemunha Valdeci Cardoso Rodrigues, que afirma, em depoimento gravado em áudio e vídeo, que as mudas foram retiradas de sua propriedade, onde, anteriormente o autor também cultivava bananas. Divergente também do depoimento da testemunha Jorge Alves Ferreira, que assevera ter trabalhado para o requerido e feito o transporte das mudas para o autor, bem como o preparo da terra, sem custo algum.

Em suma, o suplicante não conseguiu provar os fatos e fundamento da ação e suas pretensões só se concretizariam se apresentasse em seu benefício – porque a ele aproveita - alguma prova hábil a constituir suas alegações, ônus que lhe incumbia, nos termos do inciso I, do artigo 333, do CPC_ftn2.

Sobre a aplicação das regras do ônus da prova, Nelson Nery Junior[1] ensina que:

> O juiz na sentença, somente vai socorrer-se das regras relativas ao ônus da prova se houver o *non liquet* quanto à prova, isto é, se o fato não se encontrar provado. Estando provado o fato, pelo princípio da aquisição processual, essa prova se incorpora ao processo, sendo irrelevante indagar-se sobre quem a produziu. Somente quando não houver a prova é que o juiz deve perquirir quem tinha o ônus de provar e dele não se desincumbiu.

A toda evidência, com base em todo o conjunto fático-probatório dos autos, não há como afirmar que houve culpa do requerente, pressuposto da existência do dever de indenizar.

Vale dizer, que o recorrente não trouxe provas testemunhais que dessem eco à sua sustentação, sendo que a pericial e as angariadas pelo recorrido, ainda demonstram fato diferente do alegado pelo autor.

Assinalo que a prova é produzida pela parte e direcionada para formar o convencimento do juiz, que tem liberdade para decidir a causa, desde que fundamente sua decisão. Trata-se do conhecido princípio do livre convencimento motivado, disposto no artigo 131[2] do CPC, que de um lado lhe assegura a liberdade para apreciar as provas, mas, de outro, impõe-lhe o dever de justificar as razões de seu convencimento.

1 NERY JUNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. São Paulo: RT, 2010. p. 635

2 Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Ao tratar do ônus da prova, o emérito Cândido Rangel Dinamarco, que dispensa apresentações, apostrofou:

> [...] A distribuição do ônus da prova repousa principalmente na premissa de que, visando a vitória na causa, cabe à parte desenvolver perante o Juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente. O juiz deve julgar *secundum allegatta et probata partium* e não *secundum propriam suam conscientiam* **-** e daí o encargo que as partes têm no processo, não só de alegar, como também de provar (encargo = ônus). [...] O ônus da prova recai sobre aquele a quem **aproveita o reconhecimento do fato**. Assim, segundo o disposto no artigo 333 do Código de Processo, o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato **constitutivo** de seu direito; ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (Teoria Geral do Processo, 7. ed., **RT**, 1990, p. 312).

No mesmo sentido é a lição de Moacyr Amaral Santos, professada com o brilho que lhe é peculiar em sua erudita obra intitulada **Prova Judiciária no Cível e Comercial**, Max Limonad Editor, Parte Geral, vol. I, p. 146, que sustenta:

> Por fatos constitutivos se entendem os que têm a eficácia jurídica de dar vida, de fazer nascer, de constituir a relação jurídica e, geralmente, também a função de identificar seus elementos. Por exemplo: um empréstimo, uma compra e venda, uma sucessão.
>
> E conclui o eminente doutrinador, a respeito do ônus da prova, que "*se o fato alegado pelo autor é negado pelo réu, àquele cumpre prová-lo, ao réu competindo, no entanto, dos que excluem ou impedem, na hipótese de* ***ser verdadeiro".*** (ob. cit, p. 152).

Assim, deve ser mantida a sentença apelada, em que o magistrado julgou improcedente o pedido do autor, por não ter ele demonstrado a veracidade de suas alegações, não tendo, consequentemente, logrado êxito em se desincumbir do seu ônus de provar "*quanto ao fato constitutivo de seu direito*" (art. 333, I, CPC).

Ante o exposto, conheço do recurso mas não lhe dou provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Dorival Renato Pavan, Rêmolo Letteriello e Paschoal Carmello Leandro.

***

Apelação Cível n. 2010.020844-9 - Campo Grande
Quarta Turma Cível
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS - ACIDENTE DE TRÂNSITO – PROPRIEDADE DO VEÍCULO – TRADIÇÃO DO BEM OCORRIDA EM DATA ANTERIOR À DO ACIDENTE – FALTA DE REGISTRO NO DETRAN – MERA IRREGULARIDADE – ILEGITIMIDADE PASSIVA RECONHECIDA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I) A ausência de registro da transferência do veículo na repartição de trânsito competente não implica na imposição de responsabilidade ao antigo proprietário por dano resultante de acidente que envolveu o veículo alienado, de sorte que, provada a tradição do bem em data anterior ao acidente, o antigo proprietário é parte ilegítima para figurar no polo passivo da relação processual que objetive a reparação de danos, ainda que o bem permaneça registrado em seu nome no órgão de trânsito.

Aplicação da Súmula n. 132 do STJ.

II) Recurso do ex-proprietário conhecido e provido.

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – RECORRENTE DEVIDAMENTE INTIMADA PARA COMPLEMENTAÇÃO DO PREPARO NO PRAZO DE 5 DIAS – APELAÇÃO NÃO CONHECIDA POR DESERÇÃO – APLICAÇÃO DO ARTIGO 511, § 2°, DO CPC – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

I) A parte deverá recolher o preparo no ato de interposição do recurso, *ex vi* do artigo 511 do CPC. Se, o recolhimento efetuado for insuficiente, constatada o fato, a parte será intimada a complementar o preparo de sorte que, mantendo-se inerte após a intimação para complementação do valor efetivamente devido, o recurso estará deserto, assim devendo ser declarado, nos termos do artigo 511, § 2º, do CPC.

II) Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 24 de agosto de 2010.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Trata-se de duas apelações cíveis interpostas por Francisco Carlos Pereira e por Ariane Terengue Martins, insurgindo-se ambos contra a sentença de f. 126-129, proferida pela 1ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande/MS, que julgou procedente o pedido encartado na Ação de Reparação por Danos Materiais n. 001.09.066070-7, ajuizada pelo Estado de Mato Grosso do Sul, com o objetivo de reparar dano de veículo em propriedade do Estado, ocasionado por acidente de trânsito nesta capital.

A presente ação foi proposta pelo Estado de Mato Grosso do Sul com o propósito de ser ressarcido pelos danos materiais gerados em virtude do acidente de trânsito ocorrido em 20.11.2007, que envolveu veículo de sua propriedade e do réu Francisco Carlos Pereira, conduzido na ocasião pela ré Ariane Terengue Martins.

Ao final da inicial, o Estado requereu que lhe fosse concedida indenização por danos materiais, pedido que foi julgado procedente pelo juízo de primeiro grau, condenando os réus, em conjunto e solidariamente, ao pagamento de R$ 3.665,40, a ser corrigido monetariamente pelo IGPM/FGV e acrescido dos juros legais de 12% ao ano, desde julho de 2008, até a data do efetivo pagamento.

Condenou, outrossim, os requeridos ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios em favor da Procuradoria do Estado, no valor de R$ 1.000,00 (mil reais).

Irresignados, os réus apelaram do *decisum* de primeiro grau.

Em suas razões recursais, f. 135-141, Francisco Carlos Pere**ira** sustenta que deve ser exonerado da obrigação que lhe foi imposta na sentença, eis que, na época do acidente, ele já havia transferido o veículo para a Sra. Ariane Terengue Martins, conforme demonstra o recibo de compra e venda emitido pelo DETRAN/MS, com firma reconhecida em cartório.

Nessa extensão, ressalta que a propriedade de bem móvel é transmitida pela simples tradição e, tendo em conta que esta, no caso, ocorreu em 1.9.2007, não deve subsistir a sua responsabilidade pelo acidente ensejador desta ação, que ocorreu em 20.11.2007. Por fim, requer seja conhecido e provido o presente recurso, para que seja excluído da condenação deliberada na sentença.

De outra parte, a requerida Ariane Terengue Martins interpôs suas razões de recurso às f. 152-162 dos autos.

Preliminarmente, suscita nulidade da sentença, por violação ao contraditório e ampla defesa. Em suma, alega que não lhe fora oportunizada a produção de prova pericial, a fim de comprovar que diversos dos prejuízos elencados nas notas fiscais apresentadas pelo autor não decorreram do acidente narrado na inicial. Nesse passo, anota que o Boletim de Ocorrência (f. 31) noticia que os danos materiais ocasionados no veículo do autor limitou-se a avarias na lataria e pára-choque, o que evidentemente não justifica os gastos despendidos com troca de óleo, bateria, filtro de combustível, etc., cobrados nesta ação. Assim, tendo o juízo de primeiro grau indeferido a produção da prova técnica e proferido a condenação exclusivamente com base nas notas fiscais trazidas pelo autor, acabou por prejudicar o exercício do seu direito de defesa.

No mérito, argumenta a apelante que a culpa pela deflagração do acidente não é exclusiva sua, eis que se extrai do documento de f. 36 que o condutor do veículo do Estado estava em alta velocidade, tanto que sequer houve sinal de frenagem de sua parte. Aduz que no depoimento prestado pelo próprio Sr. Hermogenio Escobar ficou evidenciado que ele estava empregando velocidade excessiva e, por isso, não conseguiu frenar o veículo de forma segura.

Ao final, requer o acolhimento da preliminar, com o retorno dos autos à instância de origem. E, caso ultrapassada a preliminar aventada, seja reformada a sentença, julgando-se improcedente o pedido inicial ou, então, seja reconhecida a culpa concorrente do réu.

Requer, por fim, a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Contra-razões do Estado apelado às f. 166-173 e às f. 176-184.

Às f. 186-189, este relator proferiu decisão indeferindo os benefícios da justiça gratuita à apelante Ariane Terengue Martins e, por conseguinte, foi determinada a sua intimação para o recolhimento do preparo, sob pena de deserção.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Relator)

Versam os presentes autos sobre a Ação de Reparação por Danos Materiais n. 001.09.066070-7 movida pelo Estado de Mato Grosso do Sul em face de Francisco Carlos Pereira e Ariane Terengue Martins, com o propósito de ser ressarcido pelos danos materiais gerados em virtude do acidente de trânsito ocorrido em 20.11.2007, que envolveu veículo de sua propriedade e veículo do réu Francisco Carlos Pereira, conduzido pela ré Ariane Terengue Martins.

O Juízo *a quo* julgou procedente o pedido inicial e condenou os réus, solidariamente, ao pagamento de R$ 3.665,40, valor a ser corrigido monetariamente pelo IGPM/FGV e acrescido dos juros legais de 12% ao ano, desde julho de 2008, até a data do efetivo pagamento.

Condenou-os, outrossim, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios em favor da Procuradoria do Estado, no valor de R$ 1.000,00 (mil reais).

Subiram a este Tribunal duas apelações cíveis, interpostas pelos réus, as a quais passo a analisar separadamente.

- Da apelação cível de Francisco Carlos Pereira:

Em suma, o apelante sustenta que deve ser exonerado da obrigação que lhe foi imposta na sentença, eis que, na época do acidente, ele já havia transferido o veículo para a Sra. Ariane Terengue Martins, conforme demonstra o recibo de compra e venda emitido pelo DETRAN/MS, com firma reconhecida em cartório.

Nessa extensão, ressalta que a propriedade de bem móvel é transmitida pela simples tradição e, tendo em conta que esta, no caso, ocorreu em 1.9.2007, não deve subsistir a sua responsabilidade pelo acidente ensejador desta ação, que ocorreu em 20.11.2007.

Por fim, requer seja conhecido e provido o presente recurso, para que seja excluído da condenação deliberada na sentença.

Tenho que a súplica merece prosperar.

A solução para a controvérsia ora instalada consiste em averiguar se o apelante, à época do acidente, ainda figurava como proprietário do veículo envolvido e, por conseguinte, se deve a responsabilidade recair sobre ele, por força da aplicação da teoria da responsabilidade pelo fato da coisa.

Compulsando os autos, verifico que o documento de f. 72 demonstra que Francisco Carlos Pereira, ora apelante, havia autorizado a transferência do veículo para Ariane Terengue Martins em 1º de setembro de 2007, ou seja, em data anterior a do acidente, ocorrido em 20 de novembro de 2007.

Observo, ainda, que tal autorização feita junto ao Detran-MS vem acompanhada com a assinatura do apelante reconhecida por autenticidade perante Tabelionato na data de 6 de Setembro de 2007, sendo induvidoso, portanto, que ao tempo do evento danoso o recorrente não mais poderia ser considerado como proprietário do bem e, nessa condição, ser demandado para o ressarcimento de danos.

Induvidoso, também, que a tradição se operou em data anterior ao evento, tanto que na data do evento quem conduzia o veículo sinistrado não era este apelante, mas sim a co-ré, Ariane Terengue Martins Zornitta, em favor de quem a autorização para transferência do veículo foi assinada pelo apelante Francisco Carlos Pereira.

Ademais, não é o fato de que o veículo se encontra registrado em nome do apelante no DETRAN que haverá a presunção absoluta de que o bem lhe pertence. O registro do veículo no DETRAN gera, pois, presunção *juris tantum* da propriedade e, no caso, tratando-se de bem móvel, a transferência do domínio acontece pela tradição, constituindo a falta de transferência do registro em mera irregularidade administrativa e muitas vezes, inclusive, deve ser debitado a quem adquire o veículo que, de imediato não promove a transferência no órgão de trânsito competente.

Esse é o sentido do enunciado da Súmula n. 132 do STJ, *verbis*:

> Súmula 132 do STJ: A ausência de registro da transferência não implica responsabilidade do antigo proprietário por dano resultante de acidente que envolva o veículo alienado.

Nesse passo, consta dos autos que a colisão do veículo ocorreu quando este estava *na posse* de Ariane Terengue Martins, ou seja, era ela quem vinha utilizando – de fato – o veículo.

Assim, restando comprovada a transferência do veículo causador do acidente anteriormente ao evento danoso, não há falar em responsabilidade do antigo proprietário.

A Quinta Turma Cível deste Tribunal, em caso análogo, decidiu a questão nos moldes aqui delineados, na apelação cível n. 2007.026646-5, de relatoria do E. Des. Vladimir Abreu da Silva, em acórdão assim ementado:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – ACIDENTE DE TRÂNSITO – PROPRIEDADE DO VEÍCULO – AUSÊNCIA DE REGISTRO DE TRANSFERÊNCIA NO DETRAN – IRRELEVÂNCIA – TRADIÇÃO OCORRIDA ANTES DO EVENTO DANOSO – ILEGITIMIDADE PASSIVA RECONHECIDA – ÔNUS DA PROVA – ARTIGO 333 DO CPC – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CULPA DO CONDUTOR DO VEÍCULO AUTOMOTOR – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR – RECURSO IMPROVIDO.
>
> De acordo com a Súmula n. 132 do STJ, "A ausência de registro da transferência não implica responsabilidade do antigo proprietário por dano resultante de acidente que envolva o veículo alienado".

Comprovada a tradição do veículo em data anterior ao acidente, o antigo proprietário é parte ilegítima para figurar no pólo passivo de ação que vise à reparação de danos, ainda que o automóvel permaneça em seu nome no órgão de trânsito".

Em pesquisa ao *site* do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, extrai os seguintes arestos:

> APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. TRANSFERÊNCIA ANTERIOR AO ACIDENTE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. RECONHECIMENTO.
>
> 1. A autorização para transferência de veículo junto ao Detran, com a firma do demandado reconhecida por autenticidade perante Tabelionato, inserta nos autos, dá conta de que o réu transferiu o veículo para Adão Silvio Brito em 28 de fevereiro de 2000, ou seja, em data bem anterior àquela do acidente, ocorrido em 6 de fevereiro de 2003.
>
> 2. A transferência do domínio dos bens móveis se dá pela tradição. Aplicação da Súmula n. 132 do STJ.
>
> 3. Comprovada a transferência do veículo causador do acidente anteriormente ao evento danoso, não há falar em responsabilidade do antigo proprietário.
>
> Negado provimento apelo. (TJRS, AC n. 70020120598, Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, julgado em 24.4.2008).
>
> EMENTA: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. EMBARGOS DE TERCEIRO. PROPRIEDADE. TRANSFERÊNCIA. TRADIÇÃO. REGISTRO NO DETRAN. PRESUNÇÃO. RELATIVIDADE. A transferência da propriedade dos bens móveis se perfectibiliza com a simples tradição (art. 1226 do Código Civil). Por isso, a presunção de propriedade de veículo, refletida do registro junto ao DETRAN é relativa, passível de afastamento através de prova da posse por quem não consta como titular do domínio. APELAÇÃO PROVIDA. (TJRS, AC n. 70019126671, Relª. Desª. Mara Larsen Chechi, julgado em 28.5.2009).

Para arremate, veja o seguinte julgado proferido pelo TJES em caso idêntico ao dos autos:

> APELAÇÃO CÍVEL. 1) ACIDENTE DE TRÂNSITO. REPARAÇÃO DE DANOS. TRANSFERÊNCIA DE VEÍCULO. ÔNUS DO ADQUIRENTE. TRADIÇÃO. 2) SÚMULA N. 132/STJ. FALTA DE REGISTRO DA TRANSFERÊNCIA. COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS. CABIMENTO. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO ANTIGO PROPRIETÁRIO. 3) VEÍCULO ALIENADO. TRADIÇÃO EFETUADA. AUTORIZAÇÃO PARA TRANSFERÊNCIA EMITIDA. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO ANTIGO PROPRIETÁRIO. RECURSO IMPROVIDO. 1) A responsabilidade pela transferência do veículo é exclusiva do adquirente, cabendo tão-somente a ele o ônus da referida transferência. Destarte, impossível é o não reconhecimento da transmissão da propriedade de veículo em face da ausência de registro da venda junto ao órgão de trânsito competente, haja vista que a lei civil, mais precisamente em seu art. 1.267, preceitua que a aquisição de coisa móvel somente se dá pela tradição. 2) Conforme enunciado n. 132/STJ, a ausência de registro de transferência não implica a responsabilidade do antigo proprietário por dano resultante de acidente que envolva o veículo alienado. 3) Assim, o alienante de automóvel, ao realizar a efetiva tradição ao adquirente e emitir autorização para transferência junto ao DETRAN, exime-se de responsabilidade pelas conseqüências advindas da ulterior utilização do veículo pelo novo proprietário. Recurso improvido. (TJES, AC n. 35060001456, Rel. Des. Rômulo Taddei, julgado em 9.1.2007).

In casu, a prova documental acostada aos autos (f. 72) jungida com o fato de que quem conduzia o veículo por ocasião do acidente Ariane Terengue Martins, demonstra, que, no dia do acidente, já havia ocorrido a tradição do veículo, o que gera a transferência da responsabilidade para o novo proprietário, eximindo o antigo.

O douto sentenciante, negando a preliminar de ilegitimidade passiva do ora apelante, fundamentou seu entendimento com base no raciocínio de que a compra e venda de automóvel não registrada não prevalece contra terceiros, nos moldes do que dispõe a Súmula 489 do Supremo Tribunal Federal [1]. Ocorre que tal súmula é aplicável no campo obrigacional, e não na seara da responsabilidade civil, conforme se verifica do julgado abaixo colacionado:

> Direito Civil. Responsabilidade Civil. Súmula n. 489 do STF. Extensão. A jurisprudência sumulada pelo STF no verbete n. 489 diz respeito aos efeitos do contrato de compra e venda sem registro como documento probatório da alienação, e não a responsabilidade civil causado pelo veículo alienado. [...] (STJ, REsp n. 35606, Terceira Turma, Rel. Min. Claudio Santos, DJ de 13.9.1993).

Ora, a responsabilidade civil subjetiva (aplicada no caso) pressupõe a presença de alguns requisitos e, dentre eles, a culpa, que, na hipótese versada, decorreria para o apelante se este tivesse consentido que o veículo de sua propriedade fosse conduzido por outra pessoa (teoria da responsabilidade pelo fato da coisa ou teoria da guarda da coisa). Contudo, não é essa a situação delineada nos autos, donde se depreende que o apelante, de fato, não era mais o efetivo proprietário do bem na data do sinistro, pelo o que não há que falar que o mesmo assumiu o risco de ter autorizado o uso do veículo e que, então, lhe deve ser imputada culpa pelo dano.

O próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu que:

> Na verdade, é de se admitir, nas presunções *juris tantum*, ser proprietário do veículo aquele em cujo nome está registrado no Departamento de Trânsito. Ilidida, porém, esta presunção, com a prova da tradição do veículo, não há como conceber sua responsabilidade. Acresce que mudança do nome no registro do trânsito é providência que cabe ao adquirente, e não tem sentido que o vendedor seja responsabilizado por omissão do comprador. (STF, RTJ 84/929-33).

Do exposto, conheço do recurso de Francisco Carlos Pereira e lhe dou provimento para reconhecer sua ilegitimidade passiva *ad causam* e, por conseguinte, excluí-lo da relação processual, com decreto de extinção do processo em relação à sua pessoa, com fundamento no artigo 267-VI, do CPC, prosseguindo-se o feito unicamente em relação à co-ré Ariane Terengue Martins.

Condeno o Estado de Mato Grosso do Sul a lhe pagar honorários advocatícios, que fixo em R$ 800,00 (oitocentos reais), atendidas as exigências do artigo 20, § 4 W do CPC.

- Da apelação cível de ARIANE TERENGUE MARTINS:

Conforme relatado, a apelante, em obediência à decisão de f. 186-189, foi intimada para proceder à juntada do preparo, ante a improcedência do pedido de justiça gratuita, sob pena de deserção.

Conforme certidão de f. 191, verifica-se que a intimação foi publicada no DJ n. 2232, do dia 9.7.2010, findando o prazo em 16.7.2010, sem, contudo, a apelante ter cumprido a determinação para realizar o recolhimento do preparo. Assim, o seu recurso de apelação cível não deve ser conhecido, uma vez que lhe falta requisito extrínseco de admissibilidade recursal, a saber, o preparo.

O Superior Tribunal de Justiça já deixou assentado que:

> O preparo do recurso compreende tudo o que, partir da previsão legal, precisa ser pago para que ele possa prosseguir, incluindo, portanto, não só o que se conhece como custas, como também o chamado porte de remessa e retorno[2].

1 Súmula 489: A compra e venda de automóvel não prevalece contra terceiros, de boa-fé, se o contrato não foi transcrito no registro de títulos e documentos.

2 STJ, REsp n.262678, MG – RIP:200000576808, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 17.4.2001, DJ de 11.6.2001, v. 1.

Nesse sentido, o STJ manifestou o entendimento de que:

> O preparo da apelação corresponde à verba paga pela parte em remuneração ao serviço público prestado com o processamento e julgamento, pelo Tribunal *ad quem*, do recurso por ela interposto.[3]

Dessa forma, não tendo sido recolhido o preparo, há violação do artigo 511, *caput,* Código de Processo Civil e, por conseguinte, o presente recurso de apelação é deserto:

> Art. 511. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção.

Nesse sentido, é o entendimento desta Corte, conforme se observa dos arestos a seguir colacionados:

> EMENTA – AGRAVO – ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO – INTIMAÇÃO PARA PROCEDER AO PREPARO – PREPARO NÃO RECOLHIDO – RECURSO NÃO CONHECIDO – DECISÃO MANTIDA.1.Com base no que dispõe o artigo 5, inciso LXXIV, da Constituição Federal de 1988, a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita somente pode ser deferida àqueles que comprovem a insuficiência de recursos. O acesso à Justiça não é irrestrito, incumbindo ao Juiz zelar para que o benefício seja concedido àqueles que a ele realmente façam *jus* .2.**Oportunizado à parte o recolhimento do preparo, se este não é realizado, o não conhecimento do recurso é medida que se impõe.** (TJMS, Ag n. 2009.009028-8, Campo Grande, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, julgado em 18.5.2009).

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA – FALTA DE PREPARO – JUSTIÇA GRATUITA INDEFERIDA – PREPARO NÃO RECOLHIDO – APELAÇÃO DESERTA – RECURSO NÃO CONHECIDO. **Se foram indeferidos os benefícios da justiça gratuita e o apelante não efetua o recolhimento do preparo, não se conhece do recurso por deserção**. (TJMS, AC n. 2008.021366-3, Campo Grande, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, julgado em 3.11.2008).

Assim, diante da ausência de recolhimento do preparo, declaro a deserção do recurso e, por consequência, não o conheço com fundamento no artigo 511 do Código de Processo Civil.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DE FRANCISCO CARLOS PEREIRA E NÃO CONHECERAM DO RECURSO DE ARIANE TERENGUE MARTINS, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

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

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

Campo Grande, 24 de agosto de 2010.

***

3 STJ, REsp n. 335138/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ de 25.3.2002, p. 292.

Apelação Cível n. 2010.021098-7 - Campo Grande
Quarta Turma Cível
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – PROCESSO CIVIL – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS – ERRO MÉDICO – PARCIAL PROCEDÊNCIA DO PEDIDO – INDENIZAÇÃO DEFERIDA – RECURSO DO CIRURGIÃO-MÉDICO RESPONSÁVEL – PRETENSÃO DE REFORMA DA SENTENÇA E DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO – ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO POR AUSÊNCIA DE DOLO OU CULPA – ELEMENTO SUBJETIVO PRESENTE – CARACTERIZAÇÃO DO ILÍCITO CIVIL – INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 186 E 927 DO CC, E DO ART. 14, § 4º, DO CDC – ALEGAÇÃO AFASTADA.

Caracterizado o erro médico, mediante esquecimento de material cirúrgico no corpo da paciente em cesariana, forçando-a a nova cirurgia, que deixou sequelas e cicatrizes abdominais, está configurado o dever de indenizar pelos danos materiais e morais sofridos pela paciente, *ex vi* do artigo 186 e 927 do CC de 2002 e artigo 14, § 4º, do CDC.

PRETENSÃO DE REDUÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO PARA ADEQUÁ-LA À LEI E AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE – INDENIZAÇÃO DESPROPORCIONAL FIXADA NA ORIGEM – NECESSIDADE DE FIXAÇÃO COM BASE NA EXTENSÃO DO DANO E NO GRAU DE CULPA DO OFENSOR – INTELIGÊNCIA DO ART. 944 DO CPC – TESE ACOLHIDA – REDUÇÃO DEFERIDA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Consoante art. 944, *caput* e parágrafo único, do CC/2002, o valor da indenização deve ser fixado mediante análise da extensão do dano causado ao ofendido e do grau de culpa do ofensor, bem como deve estar em consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Quando a indenização fixada na origem for desproporcional e desarrazoada em relação à extensão dos danos morais e estéticos, a mesma deve ser reduzida eqüitativamente. No caso, a redução se fez necessária para adequá-la aos critérios legais e aos princípios que norteiam a sua fixação.

Pretensão recursal, nesse ponto, acolhida.

RECURSO DA FUNDAÇÃO DE SAÚDE RESPONSÁVEL PELA ADMINISTRAÇÃO DO HOSPITAL REGIONAL DE MATO GROSSO DO SUL EM CUJAS DEPENDÊNCIAS FOI REALIZADA A CIRURGIA NOTICIADA – PRETENSÃO RECURSAL DE REFORMA DA SENTENÇA E IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA REFERIDA FUNDAÇÃO, DECORRENTE DE ATO CULPOSO PRATICADO PELO MÉDICO QUE AGIU COMO PREPOSTO DO HOSPITAL E, CONSEQUENTEMENTE, COMO PREPOSTO DA MESMA – PRETENSÃO AFASTADA – INTELIGÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CF e ART. 14, *CAPUT* e § 1º, DO CDC.

Nos termos do art. 37, § 6º, da CF e art. 14, *caput* e § 1º, do CDC, o fornecedor de serviços responde pelos danos causados pelos seus prepostos aos usuários, independentemente de culpa. Assim, quando há vínculo de preposição entre Hospital Público e o médico responsável pelos danos causados a pacientes em seu interior, a responsabilidade civil objetiva da Fundação que administra tal hospital, que deve reparar os danos causados ao ofendido.

No caso, a Fundação responsável pela administração de Hospital Regional de Mato Grosso do Sul responde pelo ato praticado pelo médico que atuou nas dependências do referido Hospital.

Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 10 de agosto de 2010.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Trata-se de ação de indenização por danos morais ajuizada por Ester Gomes Idalgo, pela Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, em face do Estado de Mato Grosso do Sul e de Cesar Batista Tabosa**,** por meio da qual pretendeu fossem os requeridos condenados ao pagamento de indenização no valor de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), a título de compensação por danos morais e estéticos dos quais a requerente supostamente foi vítima em decorrência de ato praticado pelo médico requerido.

Aduziu a autora que, no dia 11.11.2002, por volta de 00h42min, foi submetida a uma cirurgia cesariana, quando deu à luz o seu filho; na ocasião, o médico requerido – Dr. Cesar Batista Tabosa - esqueceu em seu abdômen "uma compressa grande", o que lhe provocou dores constantes; mesmo não estando bem, foi-lhe dada alta médica no dia 13.11.2002, tendo deixado o hospital com quadro de dor intensa; em data posterior, compareceu ao ambulatório do hospital, bem como ao consultório do requerido Cesar, sendo o seu caso tratado sempre como gases intestinais; no dia 1.12.2002, após uma semana de relativa melhora, voltou a piorar e, no dia 2.12.2002, precisou ser levada às pressas ao hospital, quando foi novamente atendida pelo requerido Cesar, que lhe fez um ultrassom e uma lavagem intestinal; ao chegar em casa, começou novamente a passar mal, com vômitos e diarréia; no dia 3.12.2002, foi levada ao hospital, quando o médico requerido novamente lhe atendeu; realizado outro ultrassom, foi levada imediatamente ao centro cirúrgico, quando, então, após laparatomia exploradora, foi contatada a presença da prefalada compressa em seu abdômen.

Sustentou a requerente que, em razão do referido erro médico, passou 22 (vinte e dois) dias sentindo fortes dores abdominais, e deixou de amamentar seu filho e de ter com ele contato afetivo; teve que passar por uma segunda cirurgia, a fim de retirar o corpo estranho deixado em seu organismo, após o que ficou convalescendo por mais três meses; depois de 1 (um) ano da segunda cirurgia, teve que comparecer ao hospital para fazer uma cirurgia plástica de reparação do dano estético provocado em seu abdômen, já que contava, na época, com apenas 32 (trinta e dois) anos, mas tal cirurgia não foi realizada; ainda hoje continua sofrendo, pois, além de estar com o referido dano estético, saem secreções de seus pontos cirúrgicos, e corre o risco de sofrer uma infecção a qualquer momento.

Por fim, pugnou fosse julgado procedente o pedido, bem como fossem condenados os requeridos ao pagamento de indenização compensatória no valor de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Juntou os documentos de f. 8-87.

Citado, o Estado apresentou contestação às f. 99-115, após o que, acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva, e excluído aquele do pólo passivo da demanda, o Juízo declinou da competência para uma das Varas Cíveis desta capital (f. 123-125.

Emenda à inicial às f. 144-146, cujo acolhimento pelo Juízo (f. 147) implicou em inclusão do Hospital Regional de Mato Grosso do Sul no pólo passivo da demanda.

Citados, os requeridos (Cesar Batista Tabosa e o Hospital Regional) apresentaram as contestações de f. 156-174 e f. 185-187 c.c f. 202-203.

Foram apresentados os embargos de declaração de f. 205-208, cuja decisão foi de substituição do Hospital Regional requerido pela Fundação de Serviços de Saúde de Mato Grosso do Sul – FUNSAU, que apresentou contestação às f. 211-235.

Impugnação às contestações às f. 237-244, e saneamento do processo às f. 253-254.

A exceção de incompetência apresentada pela FUNSAU, às f. 260-262, foi indeferida, consoante decisão de f. 267-269.

Laudo Médico-Pericial juntado às f. 287 e f. 289-299.

O Juízo da 6ª Vara Cível Residual desta comarca declarou-se incompetente para o julgamento do feito, e remeteu os autos à 1ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos desta capital (f. 311-313).

Audiência de instrução e julgamento às f. 428-434, na qual foram ouvidas 4 (quatro) testemunhas, bem como foram prestados depoimentos pessoais pelas partes.

Alegações finais pelo requerido Cesar às f. 437-444; pela Fundação requerida às f. 450-463; e pela requerente às f. 446-448.

O Juízo *a quo* proferiu sentença de parcial procedência do pedido, e condenou os requeridos ao pagamento de R$ 100.000,00 em favor da requerente (f. 464-471), já que entendeu que: 1) ficou provado através da prova pericial que a sequela no abdômem da requerente foi provocada pela segunda cirurgia realizada para extração da compressa deixada em seu organismo; 2) o médico requerido foi imperito, pois deveria ter desconfiado que as dores da requerente, em tempo superior a dois dias contados da medicação, não eram decorrentes apenas de flatulência abdominal; 3) o mesmo não tratou a requerente com o zelo que se deve ter em relação aos pacientes, pois deixou de orientá-la adequadamente; 4) tal profissional, ciente de que era necessária uma terceira cirurgia para que a requerente melhorasse, não a realizou, ao argumento de que ela não lhe teria procurado; 5) tendo sido provado por prova testemunhal o sofrimento e as dores dos quais a requerente foi vítima, ficou provado o desrespeito do médico requerido em relação a ela e à sua saúde; 6) assim, o requerido Cesar, por ter sido o cirurgião responsável pelo procedimento realizado na requerente no qual foi esquecida a referida compressa em seu abdômen, tem o dever de indenizá-la; e, 7) restou caracterizado, também, o dever da FUNSAU de indenizar a requerente, que, nos termos do art. 37, § 6º, da CF, decorreu de sua responsabilidade objetiva.

Irresignados, os requeridos interpuseram as apelações cíveis de f. 475-487 e f. 520-545, por meio das quais se insurgem contra a sentença.

O recorrente Cesar sustenta que quando a recorrida Ester lhe procurou pela terceira vez, no dia 3.12.2002, no Hospital Rosa Pedrossian, após a cirurgia cesariana e o segundo atendimento, foi constatada a "Tumoração a esclarecer", motivo por que a mesma foi submetida a cirurgia, tendo ficado internada até o dia 10.12.2002; como apresentou quadro de melhora, sem qualquer problema, foi-lhe dado alta médica; a requerida compareceu novamente em seu consultório no dia 18.12.2002, e, por ter sido constatada deiscência

no ângulo superior, recomendou que a mesma voltasse para reavaliação; apesar disso, ela procurou o recorrente tão-só no dia 19.10.2004, ou seja: 1 (um) ano e dez meses após a última consulta; nessa oportunidade, foi constatada a presença de dois granulomas com secreção sem odor, tendo a recorrida comparecido de novo em seu consultório no dia 9.11.2004, e, mesmo tendo sido orientada a comparecer novamente em tal local para reavaliação e eventuais procedimentos necessários à correção da cicatriz, ela não mais retornou; assim, o granuloma não pôde ser retirado; a queixa da recorrida foi contra o atendimento dispensado a ela pelo administrador do hospital – o Sr. Mário Sérgio – quando foi em busca da cirurgia plástica, e não contra a sua conduta ou seu atendimento; consoante perícia, o segundo procedimento realizado na recorrida deu origem tão-só a uma cicatriz compatível com a referida intervenção cirúrgica.

Alega, ainda, o recorrente que foi diligente em sua conduta profissional, consoante Laudo Médico-Pericial, pelo que o Juízo *a quo* equivocou-se quando afirmou que o mesmo nada fez para solucionar o problema; a responsabilidade médica é "de meio" e não "de resultado", e a imputação ao médico das intercorrências cirúrgicas imprevistas e inesperadas só deve se dar de forma excepcional; não restou caracterizado, no caso, o dolo em sua conduta; não houve dano moral, e sim mero aborrecimento cotidiano, além de ter inexistido omissão voluntária de sua parte, necessária ao nascimento do dever de indenizar, consoante art. 186 do CC/2002; em cirurgias complexas, com intenso sangramento, por maior que seja a cautela médica, é possível que uma compressa fique camuflada entre os tecidos da paciente, e isso consiste em uma falibilidade médica não intencional, pelo que não caracterizada, no caso, a culpa em qualquer de suas modalidades (imprudência, negligência ou imperícia); a cicatriz apresentada pela recorrida é decorrente de sua cicatrização e de seu tipo de pele.

Insurge-se, por fim, contra o valor da condenação, já que entende deve ser limitado a 40 (quarenta) salários-mínimos, assim como o é nas hipóteses em que, caracterizada a culpa, inexistirem sequelas irreversíveis, sendo esse o entendimento jurisprudencial, além de afirmar que já foi decidido pelos Tribunais do país que até mesmo em caso de morte o valor da indenização não deve ultrapassar R$ 100.000,00 (cem mil reais).

Por fim, pugna seja reformada a sentença, e julgado improcedente o pedido, além de pleitear pela inversão dos ônus sucumbenciais.

A Fundação recorrente, por sua vez, alegou que não restou caracterizada a culpa do médico Cesar em qualquer de suas modalidades, e que o resultado não esperado pela recorrida Ester decorreu de caso fortuito; a recorrida não registrou contra o médico Cesar qualquer reclamação perante o CRM, o que é indispensável à apuração de responsabilidade ético-profissional e à instrução de eventual ação de indenização; não ficou demonstrado o nexo causal entre o equívoco médico e as sequelas suportadas pela recorrida, nem tampouco o ato ilícito em si; o esquecimento da compressa no organismo da mesma e a segunda cirurgia não foram os fatos responsáveis pelos danos; segundo a perícia, mesmo que não tivesse sido realizada a segunda cirurgia, a recorrida estaria com a cicatriz da primeira (cesariana) e suas secreções, já que as mesmas são decorrentes de seu organismo.

Aduz, ainda, que as propostas de acordo foram rejeitadas pela recorrida, já que essa não aceitou o valor de R$ 20.000,00 e a cirurgia reparadora que lhe foram oferecidos, o que demonstra que o seu único intuito é locupletar-se indevidamente às custas do Estado e do SUS; assim, culpar a recorrente pelas sequelas sofridas seria compactuar com a tomada de dinheiro público, que possui a destinação de salvamento de vidas; o valor da indenização fixado em sentença é excessivo, já que entende que R$ 100.000,00 destoa totalmente dos limites estabelecidos pela jurisprudência pátria; trata-se de valor desproporcional, considerando as condições econômicas da recorrida e as possibilidades da recorrente, que atende apenas pelo SUS.

Por fim, pugna seja reformada a sentença, e julgado improcedente o pedido, ou, não sendo esse o caso, seja reduzido o valor da indenização, bem como o valor dos honorários de advogado, que foram fixados pela sentença *a quo* em R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Recebidas as apelações em seu duplo efeito (f. 497 e f. 552), e intimadas as partes, foram apresentadas as contra-razões de f. 501-503 e f. 548-551.

Os autos subiram a essa Superior Instância.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Relator)

Trata-se de apelações cíveis interpostas por Cesar Batista Tabosa e pela Fundação de Serviços de Saúde de Mato Grosso do Sul – FUNSAU**,** por meio das quais se insurgem contra a sentença proferida pelo Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública e de Registros Públicos desta Comarca, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado por Ester Gomes Idalgo na ação de indenização por danos morais que a mesma move em face daqueles (autos n. 001.05.017114-4), e que os condenou ao pagamento em favor da autora do valor de R$ 100.000,00.

Por meio de tais recursos, os recorrentes devolveram a essa e. Corte a questão controversa sobre a existência ou não do dever dos recorrentes de indenizar a recorrida Ester.

Após análise detida, entendo tenha sido caracterizado o referido dever de indenizar, conquanto não no valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais), pelo que deve ser dado parcial provimento aos recursos, a fim de tão-só reduzir tal valor fixado pela decisão *a quo*.

1. O dever de indenizar

1.1 O recurso de Cesar Batista Tabosa

O ato praticado pelo médico recorrente caracterizou-se em ato ilícito indenizável mediante regras de responsabilidade subjetiva.

Determina o art. 186 do Código Civil - CC/2002 que *"Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."*

Já o art. 927 do mesmo *codex* estabelece que *"Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. [...]."*

Também nesse sentido é a disposição do art. 14, § 4°, do Código de Defesa do Consumidor – CDC, que determina que *"A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa."*

Como se vê, o dever de indenizar decorrente de responsabilidade subjetiva caracteriza-se com o preenchimento de 4 (quatro) requisitos legalmente exigidos: 1) a conduta; 2) o resultado; 3) o nexo causal entre ambos; e, 4) a culpa em qualquer de suas modalidades - negligência, imprudência e imperícia.

Todos foram preenchidos, no caso.

1.1.1 A conduta

Provou-se no processo, através de depoimento pessoal das partes, declaração das testemunhas e prova pericial, que, no dia 11.11.2002, o médico/recorrente Dr. Cesar Batista Tabosa esqueceu no abdômen da recorrida/requerente Sra. Ester Gomes Idalgo uma "compressa grande", quando da realização de sua cirurgia cesariana.

Após 22 (vinte e dois) dias de transtornos e dores intensas, mais especificamente no dia 3.12.2002, a recorrida/requerente foi levada às pressas ao hospital, quando o médico requerido, ao lhe atender, realizou outro ultrassom, e, por ter constatado algo estranho em seu organismo, determinou ela fosse levada imediatamente ao centro cirúrgico, quando, então, após laparatomia exploradora, foi contatada a presença da pré-falada compressa.

1.1.2 O resultado e o nexo causal

Em razão disso, a Sra. Ester foi submetida a uma segunda cirurgia, a fim de retirar a compressa do seu organismo, o que lhe provou cicatrizes hipertróficas, e lhe obrigou à convalescença por mais três meses, não tendo podido amamentar seu filho nem tampouco ter com ele contato afetivo pelo período de 4 (quatro) meses.

Confira-se o depoimento da recorrida Ester Gomes Idalgo (f. 432):

> [...] depois de sua cesária sofreu dores intensas e foi acometida de vômitos e diarréias freqüentes; que somente amamentou seu filho no primeiro dia e não mais pode fazê-lo; que em decorrência das fortes dores foi medicada com remédio para dor e gases; posteriormente fez uso de laxante conforme recomendação do requerido sob suspeita de existência de fezes retida. Submetida ao exame de ultrassom constatou-se a existência de uma mancha escura que não pode ser esclarecida sem cirurgia; depois de 22 dias sofreu nova intervenção cirurgica por um cirurgião geral para retirada de uma compressa de gase que havia sido esquecida quando da cirurgia anterior. Permaneceu internada por mais 8 dias; além do sofrimento físico, o sofrimento moral era intenso pela privação do convívio e cuidados com o filho recém-nascido. Em consequência das sequelas da cirurgia não conseguiu mais se relacionar sexualmente com o marido e seu relacionamento caminhou para a separação. Tem muita vergonha do próprio corpo e principalmente da barriga, que a faz ser constantemente confundida com uma gestante. Não pode usar roupas justas porque machucam a região. Até hoje não pode pegar peso ou lavar roupa. Ficou uma pessoa introspectiva e com dificuldade para o convívio social. [...]: que foi atendida no hospital pelo requerido depois da primeira cirurgia e no tratamento pós cirúrgico quando da segunda cirurgia. Que teve ciência no hospital de que uma compressa fora esquecida quando de sua primeira cirurgia na região abdominal. [...]: que o requerido Dr. César lhe prestou atendimento no hospital nas vezes em que foi procurado pela depoente. [...].

Referida versão restou corroborada pela declaração do recorrente Cesar Batista Tabosa (f. 434):

> [...] passado esse primeiro período e persistindo as queixas de dores intensas pela paciente o depoente então solicitou sua presença no Hospital Regional para realização de um ultrassom. Tendo em vista a suspeita de existência de uma compressa quando da realização do exame, o depoente imediatamente internou a paciente e realizou a cirurgia. Que realmente foi constatado a existência de "granuloma" que é a indicativa de necessidade de nova cirurgia; que em virtude desse problema as secreções são freqüentes; [...] que é necessária a retirada do granuloma sob pena da secreção não cessar de outra forma, somente sendo possível sanar o problema através de procedimento cirúrgico. [...].

1.1.3 A culpa

Como se vê, por descuido do médico recorrente responsável pela cirurgia cesariana da Sr. Ester, foi deixado em seu organismo uma compressa grande que lhe trouxe diversas complicações; por isso, a mesma teve de ser submetida à uma segunda cirurgia para retirada do referido corpo estranho, cirurgia essa que lhe deixou sequelas de natureza estética, consistentes em cicatrizes hipertróficas, além de todos os transtornos gerados, como o afastamento do filho neonato, a impossibilidade de lactação, as dores intensas e o mal-estar constante.

Assim, foram preenchidos todos os requisitos necessários ao nascimento do dever do recorrente Cesar de indenizar a requerente/recorrida Sra. Ester.

O recorrente Cesar Batista Tabosa pretende seja afastada referida responsabilização civil; contudo, suas razões recursais não merecem acolhimento.

Sustenta o mesmo a ausência de ação ou omissão voluntária necessária ao nascimento do referido dever, consoante exigido pelo art. 186 do CC/2002.

Tal argumento não merece guarida, porquanto o ato imputável ao apelante Cesar consistiu no esquecimento de uma compressa grande no abdômen da apelada Ester, o que deu origem à necessidade de uma segunda cirurgia para sua retirada, em razão da qual surgiram as cicatrizes hipertróficas; assim, caracterizou-se sim a conduta culposa do médico recorrente – Dr. Cesar -, consistente na negligência de deixar um corpo estranho no organismo da Sra. Ester.

Alega, também, o apelante Cesar não ter sido produzido qualquer resultado danoso à recorrida Ester, porquanto a mesma não foi vítima de dano moral - e sim de mero aborrecimento cotidiano -, nem tampouco foi vítima de dano estético, já que a cicatriz deixada em seu abdômen decorreu de seu próprio organismo.

Também nesse ponto a tese de defesa deve ser elidida.

Os danos morais e estéticos dos quais foi vítima a recorrida Ester ficaram evidentes e provados nos autos por toda a dilação probatória, já que ela sofreu dores intensas durante meses, teve náusea, vômitos e diarréia, foi impedida de ficar com seu filho neonato bem como de lhe amamentar, o que lhe causou sofrimento psicológico; além disso, precisou passar por uma segunda cirurgia para retirada do corpo estranho deixado em seu organismo, que lhe estava provocando todos aqueles sintomas, além do que, até hoje, além de estar com as cicatrizes hipertróficas que lhe geram constrangimentos e dor moral, sente dores na região da cirurgia, da qual saem secreções, e corre o risco de a qualquer momento ser vítima de uma infecção.

Confira-se o depoimento das testemunhas:

> Braz Antonio da Silva – testemunha compromissada (f. 431)
>
> [...] que conhece a autora há 7 ou 8 anos; que tem conhecimento das queixas de dores a autora logo após a cirurgia para o parto bem como da necessidade de ela ser submetida a uma segunda cirurgia; que até hoje a autora ainda se mostra triste em virtude da má cicatrização da segunda cirurgia; que tem conhecimento que a autora não amamentou mas não sabe exatamente o motivo; [...].
>
> Mari Lucia Antunes Fernandes – testemunha compromissada (f. 433)
>
> [...] que conhece a autora há aproximadamente 10 anos; [...]; que depois da cirurgia a autora tem dificuldades em virtude de constantes vazamentos na cicatriz além de dores conforme as roupas que utiliza; que sabe que a autora não pode fazer uso de calça jeans; que a autora em virtude dos fatos ficou muito deprimida e passou a viver uma vida de isolamento social. [...]: que a autora sentida dores intensas e não pode amamentar ou pegar o filho no colo; que foi novamente internada e nesse período ficou privada do convívio com o filho. [...]: que sabe que a autora não conseguiu amamentar depois das cirurgias, mas desconhece os motivos; [...].

As referidas declarações foram confirmadas pela prova técnica realizada em Juízo.

Confira-se trechos do Laudo Médico-Pericial acostado aos autos às f. 289-299:

> A periciada apresenta sequelas de natureza estética no abdômen, conforme descrito na avaliação física acima, bem como sinais de reação ao material de sutura, por provável rejeição a segmentos dos fios de sutura, agravadas pela obesidade apresentada. Não foram evidenciadas

> outras sequelas físicas clinicamente detectáveis. [...] Em parte as cicatrizes são decorrentes da reação do organismo e parte pela realização de uma segunda cirurgia para retirar o corpo estranho relatado no processo.

E as conclusões periciais foram as seguintes:

> [...] Em resumo, entendemos que não restaram outros prejuízos físicos clinicamente detectáveis advindos deste episódio ao organismo da periciada senão, em parte, só que se refere à cicatriz apresentada, cujo tratamento não apenas pode, mas deve ser realizado, e o quanto antes, não apenas para resolver questões estéticas, que em parte são inerentes ao organismo da própria periciada, mas para resolver definitivamente a questão da rejeição dos pontos na linha de sutura que está alterada, e aproveitando este ato, corrigir as cicatrizes que se formaram pelas razões já discriminadas. **Quanto ao grau de responsabilidade de um médico no que se refere a quaisquer intercorrências relacionadas ao ato cirúrgico por ele chefiado, [...], tanto pelo que relatou-nos a periciada quanto pelo conteúdo dos documentos dispostos no processo, houve realmente indução do cirurgião a creditar que todas as compressas já haviam sido retiradas.** Negritei

Como se percebe da leitura dos depoimentos, é possível constatar que efetivamente a Sra. Ester Gomes Idalgo foi vítima de danos morais e estéticos decorrentes da conduta negligente do médico recorrente Sr. Cesar, devendo ser afastados todos os argumentos de defesa que buscam elidir a caracterização do dever de indenizar.

É importante ressaltar, também, que o depoimento das testemunhas compromissadas Sr. Simei Ricardo de Lima (f. 429) e Nicola Rosa (f. 430), ambos médicos, não estão aptos a elidir a responsabilidade civil do médico Dr. Cesar.

Tais testemunhas se manifestaram apenas sobre questões técnicas que envolveram o problema da recorrida Ester, inclusive sobre as causas de sua cicatrização hipertrófica, ao argumento de que seria a mesma decorrente do tipo de pele da paciente.

Ora, nesse caso específico, é irrelevante a verificação do motivo determinante da cicatrização hipertrófica - pouco importa se decorreu da falta de cuidado médico no momento da realização da segunda cirurgia, ou se decorreu do tipo de pele e de cicatrização da requerente -.

Isso porque o que está sendo imputado ao apelante Cesar não é a causação da cicatriz por falta de cuidado no ato da realização da sutura por ocasião da segunda cirurgia, e sim o fato de o mesmo ter feito nascer a necessidade dessa segunda cirurgia em decorrência do descuido de ter deixado uma compressa no organismo de Ester quando da realização de sua cesariana; afinal, se não tivesse havido o referido esquecimento, a mesma não teria passado pela segunda cirurgia nem tampouco estaria com as cicatrizes em seu abdômen.

Portanto, fica afastada também aqui a tese de defesa.

O recorrente Dr. Cesar Tabosa afirma, ainda, pela ausência de dolo ou culpa - imprudência, negligência ou imperícia - em sua conduta, pois em cirurgias complexas, com intenso sangramento, por maior que seja a cautela médica, é possível que uma compressa fique camuflada entre os tecidos da paciente, e isso consiste em uma falibilidade médica não intencional.

Entendo não possa ser acolhido tal argumento, porquanto uma pessoa que se submete a uma cirurgia cesariana está plenamente convicta de que o cirurgião responsável pela intervenção cirúrgica se cercara de todas as cautelas necessárias à realização da cirurgia com sucesso, inclusive mediante verificação da conduta de todos os integrantes da equipe médica presente na sala de cirurgia por ocasião de sua realização.

É claro que o ser humano, justamente por ser falível, pode cometer erros; mas, essa condição não o exime de responder pelos equívocos praticados no exercício da profissão, já que quando assume o título de profissional de determinada área, assume também o dever de exercê-la com a segurança que se espera – ainda mais um profissional da área da saúde, como é o caso do médico recorrente Dr. Cesar.

Portanto, nesse ponto, razão também não assiste ao apelante.

Consigno, ainda, que o fato de a recorrida Ester ter procurado o recorrente Cesar tão-só no dia 19.10.2004, ou seja: 1 (um) ano e dez meses após a última consulta, não o exime da responsabilização que recai sobre o mesmo, pois, independentemente da data na qual a recorrida o procurou, os danos já estavam consumados por sua culpa; assim, o que poderia ter sido feito antes, se a mesma o tivesse procurado em data anterior, seria tão-só algo para amenizar as dores que se prolongaram, mas que, como dito, já se tinham consumado.

Os transtornos mais intensos sofridos pela apelada Ester foram os ocorridos nos 4 (quatro) primeiros meses após a realização da cirurgia cesariana, razão pela qual, ainda que ela tivesse procurado o apelante Cesar em data anterior, aqueles não teriam sido apagados; assim, o fato de os granulomas não terem sido ainda retirados em razão do silêncio da Sra. Ester não afasta a responsabilidade do Dr. Cesar.

Também não pode ser acolhida a alegação do recorrente Cesar no sentido de que a queixa da recorrida foi contra o atendimento dispensado pelo administrador do hospital – o Sr. Mário Sérgio – quando a mesma foi em busca da cirurgia plástica, e não contra a sua conduta ou seu atendimento.

Ficou claro nos autos que a recorrida Ester pretende ser indenizada pelos danos que sofreu em decorrência do primeiro ato que lhe gerou todos os demais transtornos, e que se consubstanciou no esquecimento de uma compressa grande em seu organismo quando de sua cirurgia cesariana; assim, o tratamento ruim que lhe foi dispensado pelo pré-falado administrador do hospital foi apenas uma agravante para toda a dor psicológica da qual foi vítima; do que também afasto esse argumento.

Por fim, alega o recorrente Cesar em sua defesa que o contrato médico é de "de meio" e não "de resultado", razão pela qual, no caso, não tem o dever de indenizar pelo não atingimento de determinado resultado.

A responsabilidade médica de resultado se dá nas hipóteses de intervenção cirúrgica para fins estéticos – cirurgia plástica estética; contudo, a responsabilidade de meio se dá quando o facultativo, no exercício da sua profissão, tem o dever de buscar todos os meios possíveis para a cura do paciente, não podendo, todavia, assegurar ao mesmo a eficácia definitiva do tratamento.

No caso dos autos, a referida diferenciação é irrelevante, pois a responsabilidade médica decorreu de um desvio da linha de desdobramento dos fatos possíveis e aceitáveis, pois como se tratava de uma cirurgia cesariana era inaceitável o esquecimento de corpo estranho no organismo da recorrida Ester.

Se uma paciente submetida a cirurgia cesariana vem a óbito no momento da intervenção médica em razão de eclâmpsia[1], *e. g.*, o fato se encontra dentro da linha de desdobramento dos fatos possíveis e aceitáveis, já que, como se sabe, a eclâmpsia é comum nos casos de parturiente com pressão alta, e isso refoge ao controle do médico responsável, já que se trata de caso fortuito ou de força maior.

Mas, no caso, era sim da competência e obrigação do médico recorrente Dr. Cesar evitar o evento que provocou todos os transtornos à recorrida Sra. Ester, já que os fatos estavam sob seu controle, razão pela qual deve responder por tais danos.

1 http://pt.wikipedia.org/wiki/Eclampsia: "**Eclampsia** é uma séria complicação da gravidez e é caracterizada por convulsões. É um acidente agudo paroxístico da toxemian gravídica, sendo a forma mais grave da doença pré-eclâmpsia. Consiste em acessos repetidos de convulsões seguidas de um estado comatoso. As convulsões podem aparecer antes (3 últimos meses), durante ou depois do parto, embora já tenham sido registrados casos de eclampsia com somente 20 semanas de gravidez. É precedido pelo cortejo de sintomas que constituem o eclampismo: aumento da albuminúria, cefaléias persistentes, hipertensão arterial, edemas, oligúria, vertigens, zumbidos, fadiga, sonolência, proteinúria (presença de proteína na urina) e vômitos."

Assim, por terem sido preenchidos todos os requisitos legais do suporte fático da responsabilidade civil – conduta, resultado danoso, nexo causal e culpa -, caracterizado está o dever do recorrente Cesar de indenizar a recorrida Ester.

Como não há outros argumentos a serem apreciados, passo à análise do dever de indenizar da Fundação recorrente.

1. 2. O recurso da Fundação de Serviços de Saúde de Mato Grosso do Sul – FUNSAU

O ato ilícito acima narrado, caracterizado e provado nos autos, praticado pelo médico requerido Dr. Cesar Batista Tabosa- preposto da Fundação/recorrente - gerou a essa o dever de indenizar a Sra. Ester mediante aplicação das regras de responsabilidade civil objetiva regida pela Constituição Federal - CF e pelo Código de Defesa do Consumidor – CDC.

Determina o art. 37, § 6º, da Constituição Federal – CF que "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."

O Código de Defesa do Consumidor - CDC, responsável pela regulamentação das relações consumeristas, estabelece, em seu art. 14, *que "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."*

Já o § 1° do referido dispositivo dispõe que *"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."*

Incidem na relação jurídico-material subjacente aos autos (FUNSAU/Hospital Regional X paciente) as normas legais acima transcritas.

Isso porque o médico requerido – Dr.Cesar Batista Tabosa - agiu como preposto do Hospital Regional; por isso, e considerando que referida Instituição é gerida e administrada pela Fundação requerida (f. 186) – que inclusive foi admitida no pólo passivo dessa demanda -, o médico requerido agiu também como preposto da referida Fundação, consoante afirmado por ela mesma no parágrafo sexto da f. 225; do que os danos sofridos pela requerente/recorrida devem também ser colocados à conta da Fundação recorrente.

Confira-se sobre o assunto a lição de Neri Tadeu Camara Souza:

> [...] Aplica-se integralmente às estes Hospitais Públicos a responsabilização pelos danos que causarem à pacientes que utilizarem os seus serviços médico-hospitalares. [...]. E, esta responsabilização, parece ser a tendência nos julgados dos tribunais, em nosso ordenamento jurídico, tende a ser encarada como objetiva. [...].

E prossegue o mesmo autor:

> Esta responsabilização objetiva, no caso do Hospital Público, tem suas características que a doutrina denomina "teoria do risco administrativo. [...].[2]

> No mesmo sentido, veja-se a lição de Sergio Cavalieri Filho:

> [...] Os estabelecimentos hospitalares são fornecedores de serviços, e, como tais, respondem objetivamente pelos danos causados aos seus pacientes. É o que o Código chama

2 SOUZA, Neri Tadeu Camara Souza. **Responsabilidade civil e penal do médico**. Campinas: Servanda Editora, 2008. p. 123-125.

> de fato do serviço, entendendo-se como tal o acontecimento externo, ocorrido no mundo físico, que causa danos materiais ou morais ao consumidor, mas decorrentes de um defeito do serviço.[3]

Assim, nos termos da lei e segundo o entendimento doutrinário acima transcrito, o dever de indenizar os danos causados a pacientes que usufruírem de serviços defeituosos em Hospitais Públicos decorre do preenchimento de 3 (três) requisitos: 1) a conduta do agente que atua nas dependências do Hospital; 2) o resultado lesivo ao paciente; e, 3) o nexo causal entre ambos.

Consoante mencionado quando da análise do recurso do recorrente Cesar, foram preenchidos todos os requisitos necessários ao nascimento do dever de indenizar, razão pela qual a responsabilidade civil do médico recorrente Dr. Cesar é imputável também à Fundação que administra o Hospital Regional, nas dependências do qual ocorreu o fato narrado nos autos e provado durante a dilação probatória.

Todos os argumentos de defesa da Fundação recorrente, apresentados no bojo apelação em análise, devem também ser elididos.

Isso porque ela alega que não teria ficado caracterizado o ato ilícito em razão: a) da ausência de dolo e culpa na conduta do médico Cesar Batista Tabosa; b) ausência de nexo causal entre o equívoco médico e as sequelas suportadas pela recorrida, já que o esquecimento da compressa no organismo da mesma e a segunda cirurgia não teriam sido os fatos responsáveis pelos danos; e, c) em razão da presença da excludente de ilicitude consistente em "caso fortuito".

Ora, como visto exaustivamente acima, todos os requisitos do dever de indenizar foram preenchidos na relação subjacente aos autos, tendo nascido para a recorrida Ester o direito de receber indenização compensatória pelos danos morais e estéticos dos quais foi vítima.

Ao contrário do que alega a Fundação recorrente, não restou demonstrado qualquer caso fortuito apto a elidir a responsabilidade civil dos recorrentes – Dr. Cesar e a FUNSAU -, pelo que ambos respondem pelos danos provocados à Sra. Ester.

Afirma, também, a Fundação, para se eximir da responsabilidade, que, segundo a perícia, mesmo que não tivesse sido realizada a segunda cirurgia, a recorrida Ester estaria com a cicatriz da primeira (cesariana) e suas secreções, já que as mesmas são decorrentes de seu organismo.

Esse argumento deve ser rechaçado, tendo em vista que os danos provocados na vida da recorrida Ester não consistiram tão-somente em cicatrizes, mas na quebra de seu equilíbrio psicológico em razão da impossibilidade de lactação, afastamento de seu filho neonato, dores físicas intensas, necessidade de uma segunda intervenção cirúrgica, além da terceira pela qual ainda terá de passar se quiser corrigir as citadas cicatrizes deixadas em seu organismo.

Ademais, como já dito, é irrelevante o fato de o tipo de pele da recorrida Ester ter contribuído com a formação de cicatrizes hipertróficas, pois o que é inaceitável é o fato de essas cicatrizes terem decorrido de uma cirurgia cuja necessidade se fez presente em razão da negligência médica do recorrente Cesar, que deixou em seu organismo o pré-falado corpo estranho quando da realização da primeira cirurgia.

Assim, não se pode dizer que os danos sofridos pela recorrida Ester consistem tão-só em uma cicatriz hipertrófica decorrente de cirurgia cesariana que, como é sabido, é feita bem abaixo do abdômen, em uma região não visível aos olhos da sociedade.

Portanto, afasto também esse argumento da Fundação recorrente.

3 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 382-383.

Alega, ainda, a Fundação apelante que não foi registrada pela recorrida Ester qualquer reclamação perante o CRM contra o médico Dr. Cesar Batista Tabosa, o que seria indispensável à apuração da responsabilidade ético-profissional e à instrução de eventual ação de indenização.

Esse argumento também deve ser rejeitado, pois é sabido que a referida reclamação contra o profissional perante o Conselho ao qual esteja vinculado é necessária tão-somente para a eventual deflagração de processo administrativo contra o mesmo, além do que, em razão da independência entre as instâncias judicial e administrativo-profissional, tal reclamação é irrelevante para eventual caracterização da responsabilidade civil; do que fica afastada tal tese de defesa.

A Fundação sustenta, ainda, que se teria caracterizado o claro intuito de locupletamento indevido de Ester em face dos recorrentes, já que a mesma rejeitou as propostas de acordo que lhe foram apresentadas, consistente no pagamento do valor de R$ 20.000,00 e na disponibilização de cirurgia reparadora dos danos estéticos.

Tal tese não merece guarida, porquanto é cediço que ninguém pode ser obrigado a aceitar proposta de acordo, pois essa é uma faculdade disponibilizada às partes, a fim de que tentem compor espontaneamente a lide, e não uma obrigação, já que podem recorrer ao Poder Judiciário justamente para buscar a solução quando a pretensão permanece resistida.

Seria um contrassenso entender que a não aceitação de uma proposta de acordo implica má-fé e intuito de enriquecimento sem causa; ademais, a proposta pode não ter sido aceita em razão de a requerente/recorrida Ester ter entendido que o valor oferecido pelos recorrentes era insuficiente à compensação dos danos que sofreu.

Assim, rejeito o referido argumento.

Destarte, tendo sido preenchidos os requisitos necessários à responsabilização civil da Fundação recorrente – conduta, resultado danoso e nexo causal -, caracterizado está o dever de compensação dos danos sofridos pela recorrida Ester.

2. O valor da indenização

Os recorrentes - o Dr. Cesar e a FUNSAU - se insurgem contra o valor da indenização fixado na sentença objurgada, ao argumento de que, consoante entendimento da Jurisprudência dos Tribunais pátrios, o valor da indenização não deve ultrapassar R$ 100.000,00 (cem mil reais), até mesmo no caso de morte da vítima.

O recorrente Cesar aduz, ainda, que o valor da indenização deve ficar limitado a 40 (quarenta) salários-mínimos, assim como o é nas hipóteses em que, caracterizada a culpa, inexistirem sequelas irreversíveis; e a Fundação recorrente, por sua vez, alega que valor da indenização fixado na origem é desproporcional, considerando as suas condições econômicas e as da recorrida Ester.

Nesse ponto, razão lhes assiste.

Determina o art. 944 do CC/2002 que "*A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.*"

Como se vê, determina a lei que deve ser calculado o valor da indenização compensatória de forma proporcional à extensão do dano e ao grau de culpa do agressor, a fim de que tal valor não consista em enriquecimento sem causa do ofendido nem seja tão ínfimo a ponto de não estar presente o caráter preventivo e punitivo da conduta do ofensor.

Confira-se nesse sentido o Informativo de Jurisprudência n. 368 da Quarta Turma do e. STJ, do período de 15 a 19 de setembro de 2008.[4]

No caso dos autos, a decisão de origem fixou a indenização no valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais), pelo que entendo deva ser reduzido para que corresponda aos critérios legais de sua fixação e esteja em consonância com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

A jurisprudência do STJ proferiu decisões recentes a respeito de indenizações em situações como a dos autos nas quais se pretendida a reparação de danos morais e estéticos, e fixou valores que entende proporcionais e razoáveis.

Confira-se a decisão proferida no dia 13.4.2010 pela Segunda Turma da referida e. Corte no AgRg no Ag n. 1259457 (RJ) 2009/0234442-4, Relator o Ministro Humberto Martins, publicada no DJ do dia 27.4.2010.[5]

Confira-se, ainda, a decisão proferida no dia 20.10.2009 pela Quarta Turma do mesmo Superior Tribunal, no REsp n. 689088(MA), Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, publicada no DJ de 2.2.2010.[6]

Referidos arestos servem de orientação aos demais Tribunais do país, devendo cada caso ser analisado segundo as suas circunstâncias e condições específicas.

Assim, passo à análise da extensão dos danos no caso dos autos.

2.1 A extensão do dano do ofendido

2.1.1 Os danos morais

Segundo Edmilson de Almeida Barros Júnior, o *"dano moral caracteriza-se como consequência de ato que cause dor, angústia, aflição física ou espiritual ou qualquer padecimento infligido à vítima em razão de algum evento danoso."*

E prossegue o autor: *"O dano moral, comumente, deriva da ofensa aos direitos da personalidade e pode ser agrupado*

4 **"DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. LESÃO IRREVERSÍVEL.** Trata-se de recurso especial em que se pretende o restabelecimento da decisão de 1º grau que fixou em 100 salários mínimos o valor dos danos morais e estéticos por lesão irreversível causada por um menor a outro que, em conseqüência, perdeu definitivamente a visão em um dos olhos. **Nesse panorama, a Turma reiterou o entendimento de que o arbitramento do dano moral não escapa do controle desta Corte Superior quando fixado em patamar abusivo capaz de promover enriquecimento indevido, ou irrisório, destoante da razoabilidade e da função reparadora. No caso, o valor arbitrado pelo acórdão revela-se de fato irrisório (oito mil reais), levando-se em consideração os aspectos conjunturais e a extensão do dano perpetrado, visto que, como já dito, culminou em lesão irreversível com perda de visão do olho direito e dano estético reconhecido pelo próprio acórdão. Tal quantia deve, portanto, ser elevada, de modo que esteja adequada aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.** Assim, deu-se parcial provimento ao recurso para restabelecer a sentença, isto é, fixar a indenização em cem salários mínimos (quarenta e um mil e quinhentos reais), sendo **trinta e um mil, cento e vinte e cinco reais em favor da vítima a título de danos morais e estéticos** e dez mil trezentos e setenta e cinco reais a serem divididos igualmente em favor dos pais da menor a título de danos morais. Precedentes citados: REsp n. 705.457-SP, DJ de 27.8.2007, e REsp n. 345.831-DF, DJ de 19.8.2002." Negritei

5 "ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - DANOS MORAIS E ESTÉTICOS - PERDA DE MEMBRO SUPERIOR – INDENIZAÇÃO - VALOR IRRISÓRIO - MAJORAÇÃO. **1. O valor do dano moral deve ser arbitrado segundo os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, não podendo ser irrisório, tampouco fonte de enriquecimento sem causa, exercendo função reparadora do prejuízo e de prevenção da reincidência da conduta lesiva**. 2. Nesses termos, o valor (R$ 50.000,00) revela-se, de fato, irrisório, se levados em consideração os aspectos conjunturais e a extensão do dano perpetrado, que culminou em lesão irreversível com perda de membro superior direito e dano estético - reconhecido pelo acórdão hostilizado. 3. *In casu*, revela-se mais condizente com a situação o valor indenizatório equivalente a R$ 80.000,00 (oitenta mil reais), sendo R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a título de danos morais e R$ 30.000,00 (trinta mil reais) a título de danos estéticos, tudo atualizado desde o presente julgado e acrescido de juros de mora desde o evento danoso, nos termos da Súmula 54 do STJ. Agravo regimental improvido."

6 "RESPONSABILIDADE CIVIL. DESCARGA ELÉTRICA POR ROMPIMENTO DE CABO CONDUTOR. AMPUTAÇÃO DE BRAÇO DIREITO E DIVERSAS CICATRIZES NO CORPO. VÍTIMA QUE CONTAVA COM DEZESSETE ANOS DE IDADE. DANO MORAL E ESTÉTICO. CUMULAÇÃO DEVIDA. VALOR DAS INDENIZAÇÕES REDIMENSIONADO. 1. O recorrente, que contava com 17 (dezessete) anos de idade quando do infortúnio, foi vítima de descarga elétrica, cujas conseqüências foram a amputação de seu braço direito na altura do ombro e cicatrizes por todo o corpo, estas decorrentes das queimaduras sofridas. 2. Notadamente em relação ao dano estético, a idade da vítima ressai de suma relevância para a fixação da indenização, tendo em vista que a aparência pessoal em idades juvenis, cujos laços afetivos e sociais ainda estão sendo formados, mostra-se mais determinante à elaboração da personalidade, se comparada à importância dada à estética por pessoas de idade mais avançada, cujos vínculos familiar, sentimental e social já se encontram estabilizados. 3. Por outro lado, mostra-se imprópria qualquer comparação no que concerne ao valor de indenização fixado por esta Corte em caso de morte. No presente caso, está-se a indenizar a própria vítima por um sofrimento que irá experimentar por toda a vida, ao passo que a indenização por morte é concedida aos familiares da vítima, em decorrência da dor experimentada pela perda do querido ente. 4. Indenização elevada ao valor global de R$ 250.000,00, já considerados os danos morais e estéticos. Quanto ao valor da indenização, ressalva pessoal do relator, que dava provimento ao recurso em maior extensão. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido."

em três categorias: (a) direito à integridade moral; (b) direito à integridade intelectual; e (c) direito à integridade física."[7]

No caso dos autos, os danos morais suportados pela recorrida Ester, como já exaustivamente dito, consistiram na quebra do seu equilíbrio psicológico decorrente do fato de lhe ter sido imposta uma situação na qual ficou impossibilitada de amamentar o seu neonato e de ter com ele o contato afetivo tão importante nos primeiros meses de vida; além disso, os danos decorreram também das dores físicas intensas das quais passou a ser vítima por um período de 4 (quatro) meses (cólicas, vômitos e diarréia), além de ter sido obrigada a se submeter a uma segunda cirurgia, a fim de retirar o corpo estranho deixado em seu organismo por ocasião da primeira, ocasião em que esteve à mercê dos riscos inerentes a todas as intervenções cirúrgicas.

Assim, entendo que a indenização compensatória proporcional e razoável para os referidos danos deve ser no valor de R$ 30.000,00 (trinta mil) reais.

2.1.2 Os danos estéticos

Para o pré-falado autor - Edmilson de Almeida Barros Júnior -, *"O dano estético, de forma resumida, é o prejuízo psicológico-social à forma corporal socialmente aceita que provoca desgosto, humilhação, vergonha ou enfeiamento; uma "desformidade".*

E continua: *"O dano estético, [...], existe e, dentro de ponderações, deve ser indenizado, porque o sofrimento surge não somente por causa das desfigurações, mas também porque, no meio social, sua imagem modificou negativamente, até porque é bem verdade que hoje uma apresentação agradável constitui fator de altíssima relevância na vida social de cada ser humano, sendo decisivo em muitas atividades para a maior probabilidade de êxito pessoal e profissional."*[8]

No caso dos autos, os danos estéticos consistiram nas cicatrizes hipertróficas deixadas no abdômen da recorrida Ester, decorrentes da segunda cirurgia, cicatrizes essas que, com toda a certeza, diminuíram a sua auto-estima e são a causa constante de quebra do seu equilíbrio psicológico, até porque à data dos fatos a recorrida contava com 32 (trinta e dois) anos de idade (f. 8), era jovem e com pleno vigor físico para as atividades normais da vida privada e social, o que agrava o fato imputável aos recorrentes.

Por isso, entendo que a indenização compensatória para os citados danos estéticos deverá ser no valor de R$ 20. 000,00 (vinte mil reais).

Assim, com base na extensão dos danos, entendo que o valor da indenização, no caso, deve ser de 50.000,00 (cinquenta mil reais), decorrentes da soma de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), pelos danos morais, e R$ 20.000,00 (vinte mil reais), a título de danos estéticos.

Analiso, agora, o grau de culpa do ofensor.

2.2 O grau de culpa do ofensor

O recorrente Cesar, na qualidade cirurgião-médico responsável pela cirurgia cesariana realizada na recorrida Ester, foi o responsável imediato por todas as intercorrências cirúrgicas narradas nos autos, inclusive pelo esquecimento da compressa grande no interior do organismo de Ester, fato esse do qual decorreram todos os demais danos suportados por ela.

No termos do Laudo Médico-Pericial de f. 289-299, o médico perito manifestou-se no seguinte sentido:

> [...] Apesar de ser classificado como um erro grosseiro, não se pode esquecer que existe

7 BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. **A responsabilidade civil do médico:** uma abordagem constitucional. São Paulo: Atlas, 2007. p. 55-56.
8 *Op. cit.* p. 58 e 60.

> pessoa especialmente encarregada na sala de cirurgia para contar as compressas utilizadas em cirurgia intracavitária, como a que foi realizada, justamente para evitar que tal tipo de "esquecimento" aconteça, sendo que diante de uma afirmativa de que todas as compressas estariam contabilizadas e fora da cavidade abdominal, e certamente não tendo encontrado qualquer sinal de permanência de material indevido da cavidade, levou o cirurgião a acreditar na contabilidade realizada e que todas que poderia concluir o seu procedimento e fechar o abdômen que estava sendo operado. [...].

Não obstante seja esse o funcionamento do procedimento cirúrgico dentro da sala de cirurgia, entendo que, no caso, o esquecimento da compressa deve realmente ser imputado ao recorrente Cesar e à FUNSAU, em decorrência da culpa in eligendo do primeiro.

Isso porque no momento em que o médico responsável pela cirurgia escolhe – elege - os integrantes da equipe médica, ou, quiçá, aceita os profissionais que atuam no Hospital Público, assume a responsabilidade pelo correto e seguro andamento da intervenção cirúrgica, bem como pela conduta dos demais integrantes do corpo médico que eventualmente venham a causar danos ao paciente, o qual se encontra à mercê dos referidos profissionais.

Destarte, entendo que a causa principal dos danos – consistente no esquecimento de corpo estranho no organismo da recorrida Ester -, que deflagrou todas as demais conseqüências narradas e provadas nos autos, é imputável ao médico recorrente Dr. Cesar Batista Tabosa, e, também, à Fundação recorrente administradora do Hospital Regional de Mato Grosso do Sul, em razão de sua responsabilidade objetiva.

Por essa razão, o grau de culpa do ofensor, no caso, não modificou o valor da indenização fixado acima com base na extensão dos danos.

Por tempestivas, conheço das apelações, e lhes dou parcial provimento, a fim de tão-só reduzir o valor da indenização de R$ 100.000,00 (cem mil reais) para 50.000,00 (cinquenta mil reais), e manter a decisão recorrida nos demais termos em que proferida, inclusive quantos aos ônus sucumbenciais.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

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

Campo Grande, 10 de agosto de 2010.

***

Apelação Cível n. 2009.019791-5 - Campo Grande
Terceira Turma Cível
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ACIDENTE EM PARQUE DE DIVERSÕES – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – DANO MATERIAL – COMPROVADO – RESSARCIMENTO DEVIDO – DANO MORAL E NEXO DE CAUSALIDADE DEMONSTRADO – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – MAJORAÇÃO – MODERAÇÃO E RAZOABILIDADE – RECURSO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO E RECURSO DO RÉU IMPROVIDO.

Sendo objetiva a responsabilidade, nos termos do art. 14 do CDC, demonstrado o dano experimentado pela vítima e o nexo de causalidade com a conduta do agente, que falhou na prestação de seu serviço, não atendendo a seus deveres de proteção e vigilância, não sendo também o caso de culpa exclusiva da vítima, nem fortuito ou força maior, impõe-se o dever de indenizar.

A autora deve ser ressarcida dos valores que pagou pelas despesas médico-hospitalares devidamente demonstradas nos autos.

Em tema de indenização por dano moral, deve o julgador estipular um valor proporcional à lesão experimentada pela vítima, calcado na moderação e razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, sempre atento a realidade dos fatos e as peculiaridades de cada caso, evitando o enriquecimento sem causa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, afastar a preliminar e, no mérito, dar parcial provimento ao recurso de Lorena Oliveira Prado de Souza e negar ao apelo de Carlos Sato, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 26 de julho de 2010.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Trata-se de apelação cível interposta por Carlos Sato**,** inconformado com a decisão proferida pelo Juiz de Direito da 9ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que julgou procedente os pedidos formulados na inicial da Ação de Indenização_que lhe move Lorena Oliveira Prado de Souza**,** condenando o apelante ao pagamento: 1) de indenização a título de danos materiais, no montante de R$ 2.491,83 (dois mil, quatrocentos e noventa e um reais, oitenta e três centavos), com juros de mora de 1% (um por cento) ao mês e correção monetária pelo IGPM, contados a partir de cada desembolso; 2) danos morais, no valor de R$ 30.000,00 (trinta

mil reais), com incidência de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês e correção monetária pelo IGPM, contados a partir da data da sentença; e 3) ao pagamento das custas e despesas processuais e dos honorários advocatícios que fixou em R$ 1.500,00 (um mil, quinhentos reais).

Afirma, em suma, preliminarmente, que é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da presente ação, considerando que a firma titular do "Pesqueiro 110" é pessoa jurídica de direito privada, regularmente inscrita no CNPJ, onde ocorreu o acidente que deu causa a presente ação. Que, no entanto, a apelada propôs a ação em face do apelante, pessoa física, "*consequentemente, entidades jurídicas distintas, razão por que não se pode escolher aleatoriamente qualquer uma delas como pólo passivo em ação cível*".

No mérito, aduz que as condições do local do acidente não deram causa ao resultado lesivo sofrido pela requerida.

Ressalta que não houve dano na tirolesa e que "*para participar da brincadeira bastava que o usuário se dependurasse no aparelho, e o peso do próprio corpo fazia que o usuário deslizasse fio abaixo e que quando atingisse o local da imersão bastava abrir as mãos*".

Diz que não teve participação na utilização da tirolesa e que a culpa pelo acidente é da apelada que *"soltou antecipadamente da tirolesa, caindo apenas com a parte de cima do corpo dentro da água e a parte inferior sobre as pedras, o que não teria ocorrido se ela se soltasse no momento exato e no local apropriado"*.

Deduz que não havendo rompimento do cabo e não havendo tão pouco o rompimento da roldana, a existência de outras condições, mesmo que inadequadas não dão causa ao acidente em que o usuário depreende-se dela antes do local adequado.

Sustenta que a sentença que atribui a responsabilidade ao requerido com base na vistoria do corpo de bombeiros não deve persistir, pois não deu causa a ocorrência motivadora da presente ação.

Ao final, pugna pelo provimento do recurso, com o acolhimento da preliminar, tornando-se insubsistente a sentença invectivada, ou, se superada tal questão, que seja julgada improcedente a ação, por ante a culpa exclusiva da vítima, na qualidade de consumidora e por fim, a redução do valor da indenização referente aos danos morais.

Contrarrazões da apelada às f. 403-408, pelo improvimento do recurso, afirmando que o apelante/réu não descurou das precauções necessárias para evitar danos aos seus clientes e, conforme laudo pericial juntado aos autos não existiam condições mínimas de segurança para utilização do brinquedo "tirolesa".

Diz que o magistrado agiu com acerto ao fundamentar sua decisão na responsabilidade objetiva do fornecedor, da qual não pode se eximir transferindo tal para os seus pais.

Assevera que: "*além de não comprovar a culpa da autora ou de seus pais, cuida a situação trazida a juízo de prestação e/ou fornecimento de serviços, sobre os quais o fornecedor assume o risco do negócio e, por óbvio, tal risco é do fornecedor e não pode recair sobre o consumidor*".

Lorena Oliveira Prado de Souza também apela da sentença, arguindo, em suma que comprovou pelos documentos os danos materiais relativos às despesas médico-hospitalares, pelo que entende que tem que ser ressarcida dos valores pagos.

Afirma que no tocante ao *quantum* indenizatório, referente aos danos morais, "*o valor arbitrado está aquém do merecido, considerando as peculiaridades do presente caso*", visto que sofreu danos irreparáveis, que a acompanharão pelo resto de sua vida.

Pugna pela reforma da sentença, com o provimento do apelo, para o fim de acrescer à condenação por danos materiais, os valores dispendidos pelo ressarcimento das despesas médico-hospitalares efetivamente pagas e a majoração do valor da indenização de danos morais para 450 salários-mínimos, em dobro.

Regularmente intimado, o apelado rebate as teses apresentadas pela apelante aduzindo, em apertada síntese, que *"não merecem acolhida as ponderações em relação à fixação dos danos materiais feita pela apelante, pois o apelado em sua apelação e na contestação da ação demonstrou que as despesas foram custeadas pela seguradora*" (SIC).

Assevera que "*quanto à fixação dos danos morais, nenhum argumento pode ser considerado válido na tentativa de orientar o magistrado, pois eles são de sua exclusiva apreciação".*

Pugna pelo improvimento deste apelo.

VOTO

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

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposta por Carlos Sato, inconformado com a decisão proferida pelo Juiz de Direito da 9ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que julgou procedentes os pedidos formulados na inicial da ação de indenização que lhe move Lorena Oliveira Prado de Souza, condenando o apelante ao pagamento de indenização a título de danos materiais, no montante de R$ 2.491,83 (dois mil, quatrocentos e noventa e um reais, oitenta e três centavos), com juros de mora de 1% (um por cento) ao mês e correção monetária pelo IGPM, contados a partir de cada desembolso, e danos morais, no valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), com incidência de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês e correção monetária pelo IGPM, contados a partir da data da sentença. Contou o réu ao pagamento das custas e despesas processuais e dos honorários advocatícios, que fixou em R$ 1.500,00 (um mil, quinhentos reais).

Trata-se de ação de indenização por danos morais e materiais, tendo como *causa petendi* a ocorrência de um acidente em brinquedo denominado TIROLESA situado em parque de lazer do requerido, no qual a requerente teve ferimentos graves, com o encurtamento do membro inferior em 3,2 centímetros.

Afirma a autora na exordial que em 1.4.2001, foi ao Pesqueiro 110 fazer um passeio, na cidade Anastácio e que naquele local brincou com um aparato denominado "tirolesa". Por volta das 14 horas, a requerente caiu, logo após a descida do suporte de madeira e antes do meio da piscina natural, sobre o solo compactado e as pedras que circundam a piscina, sofrendo lesões corporais graves.

Pugna pelo pagamento de indenização pelos danos materiais e morais, em razão do acidente sofrido com o equipamento 'tirolesa', no pesqueiro de propriedade do requerido, o que lhe ocasionou lesões graves e o encurtamento de 3,2cm da perna direita.

Passo à analise da preliminar de ilegitimidade de parte

O apelante Carlos Sato afirma ser parte ilegítima para figurar no pólo passivo da presente ação, considerando que a firma titular do "Pesqueiro 110" é pessoa jurídica de direito privada, regularmente inscrita no CNPJ, onde ocorreu o acidente que deu causa a presente ação. Que, no entanto, a apelada propôs a ação em face do apelante, pessoa física, *"consequentemente, entidades jurídicas distintas, razão porque não se pode escolher aleatoriamente qualquer uma delas como pólo passivo em ação cível".*

Ocorre que, no caso em tela, observa-se que a pessoa física se confunde com a pessoa jurídica, considerando que se trata de firma individual, cuja razão social e nome comercial é idêntico ao do proprietário único, consoante constata-se pela documentação acostada aos autos às f. 59-61 e 150-155.

Rejeito, portanto, a presente preliminar.

Mérito.

O réu entende que não cabe o pagamento de indenização, porque não houve culpa exclusiva da requerente. Sem razão, no entanto. Vejamos:

Aplica-se *in casu,* o Código de Defesa do Consumidor, que, em seu artigo 14, prevê a responsabilidade objetiva para o prestador de serviços, *verbis*:

> 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.
>
> § 3º. 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.
>
> § 4º. A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Dessa maneira, no caso, basta à vítima comprovar o dano e o nexo causal, para então ver-se indenizada pelo evento, eximindo-se o agente apenas se demonstrar a existência de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima.

No caso, restou demonstrado o nexo de causalidade, considerando que o evento danoso (e, consequentemente, os danos) ocorreu pela falta de segurança do equipamento "tirolesa", tanto que foi evidenciado pelo relatório do Corpo de Bombeiros no laudo por ele emitido, onde concluiu que não há mínima condição de segurança no equipamento, quanto pelo depoimento das testemunhas ouvidas em juízo, que afirmaram que não havia instrutor, placas de informação e que o acesso ao brinquedo era livre e sem dispositivo de segurança.

Desse modo, a partir do momento em que o requerido disponibilizou o serviço de lazer - 'tirolesa' -, para os seus clientes, assumiu a responsabilidade pela integridade física dos que dele se utilizavam.

E nem se diga que há adequação técnica do brinquedo e que este é seguro, por que o acidente ocorreu e trouxe sequelas à requerente, que ao cair antes de chegar à água, teve seus pulsos e o fêmur fraturado, tendo que ser submetida a três cirurgias e como sequela ficou com uma perna 3,2 cm mais curta que a outra, além de cicatriz grande e visível, sendo a vítima uma jovem-mulher, o que entendo suficiente para a configuração do dano moral, tendo em vista a dor, o sofrimento, o dano estético, a tristeza e o desajuste emocional experimentos em decorrência do acidente.

Ressalto que a prova testemunhal também deixou indene de dúvida que no estabelecimento do requerido não havia instrutor para controlar o uso do brinquedo.

Sendo objetiva a responsabilidade, demonstrado o dano experimentado pela vítima e o nexo de causalidade com a conduta do agente, que falhou na prestação de seu serviço, não atendendo a seus deveres de proteção e vigilância, não sendo também o caso de culpa exclusiva da vítima, nem fortuito ou força maior, impõe-se o dever de indenizar.

A esse respeito:

> EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS -PRELIMINARES REJEITADAS - ACIDENTE NAS DEPENDÊNCIAS DA EMPRESA RÉ - PARQUE DE DIVERSÕES - RESSARCIMENTO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - ARBITRAMENTO. Comprovando a parte que foi efetuado preparo no momento da interposição do apelo, o que constitui pressuposto de admissibilidade recursal, nos termos do artigo 511 do Código de Processo Civil, não há que se falar em deserção. Não se verificando a ausência de algum dos requisitos constantes dos artigos 458 e 460 do Código de Processo Civil, não há que se falar em nulidade da sentença. A lesão à integridade física configura o dano moral indenizável, posto que se trata de bem constitucionalmente protegido, devendo, ao seu arbitramento, levar em conta a dor da vítima, ante a ofensa que lhe fora imposta indevidamente, visando a moderação nos critérios, sem negar a justa compensação e o caráter pedagógico inerente a essa modalidade de ressarcimento. A fixação de indenização por danos morais em valor menor do que o pretendido com a exordial não implica sucumbência recíproca, devendo o réu ser condenado no pagamento integral das verbas de sucumbência. (TJMG, AC n. 1.0145.06.318860-4/001, Décima Sexta Câmara Cível, Rel. Des. Otávio Portes, julgado em 26.11.2008).
>
> EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE EM BRINQUEDO DE PARQUE. LESÃO FÍSICA EM MENOR. VERIFICADA. DANO MORAL PURO. CONFIGURADORA. FIXAÇÃO DO *QUANTUM*. CRITÉRIOS. MAJORAÇÃO. A lesão experimentada pela filha da demandante mostrou-se suficiente a caracterizar abalo à esfera íntima da demandante, lesão essa passível de reparação pecuniária. O dano moral, no caso, é o puro, o que faz com que seja desnecessária a produção de prova acerca dos prejuízos, porque presumíveis. Na mensuração do dano, não havendo no sistema brasileiro critérios fixos e objetivos para tanto, *mister* que o juiz considere aspectos subjetivos dos envolvidos. Assim, características como a condição social, a cultural, a condição financeira, bem como o abalo psíquico suportado, hão de ser ponderadas para a adequada e justa quantificação da cifra reparatória-pedagógica. Destarte, cotejando-se os elementos supra indicados, é de ser majorada a indenização pelo dano moral experimentado adequando-o ao entendimento desta Colenda Câmara. Deram parcial provimento ao recurso. (TJRS, AC n. 70018300095, Quinta Câmara Cível, Rel. Des. Paulo Sérgio Scarparo, julgado em 7.3.2007).
>
> EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MATERIAL E MORAL. PARQUE DE DIVERSÕES. LESÃO CORPORAL E DANOS PSICOLÓGICOS. Comprovada a falha na prestação do serviço, consubstanciada na insuficiência de instruções quanto à utilização de brinquedo existente no parque de diversões, com isso prejudicando a segurança dele esperada e causando lesão corporal ao menino usuário, há o dever de indenizar o dano material e moral, daí decorrentes. Culpa exclusiva ou concorrente da vítima afastada. Valor da reparação mantido. Apelo desprovido. (TJRS, AC n. 70011453594, Quinta Câmara Cível, Rel. Des. Leo Lima, julgado em 22.9.2005).

As partes insurgem-se quanto ao valor arbitrado pelo magistrado singular pela indenização por danos morais, qual seja, de R$ 30.000,00 (trinta mil reais). A requerente entende tal valor ser irrisório e o requerido afirma que tal quantia vai além de sua possibilidade real.

Com relação ao *quantum* indenizatório, cabe ressaltar que se tem firmado na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que o valor arbitrado não pode ser extremamente elevado a ponto de promover o enriquecimento sem causa, tampouco desprezível que não sirva para minimizar a dor resultante do dano causado.

Acerca da matéria, trago a colação julgados da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

> CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DEVOLUÇÃO DE CHEQUE. DANO MORAL. VALOR. REDUÇÃO. Configurado o dano moral resultante da indevida devolução de cheque por insuficiência de fundos, devida indenização por danos morais, a qual, todavia, deve ser feita em valor razoável, para evitar enriquecimento sem causa. (Ag n. 446122/AM, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, julgado em 5.12.2002, DJU de 24.3.2003, p. 233).

> RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAL E MATERIAL. CUMULABILIDADE. POSSIBILIDADE. SÚMULA/STJ, ENUNCIADO 37. DANO MORAL ACOLHIDO. FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. BALIZAMENTO. RECURSO PROVIDO. I – Nos termos do enunciado 37 da Sumula desta Corte,"são cumuláveis as indenizações por dano material e moral, oriundos do mesmo fato". II – O arbitramento do dano moral pode ser fixado nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso, com o objetivo de evitar inconvenientes e retardamento na solução jurisdicional. III – Na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico dos autores, e, ainda, ao porte da empresa recorrida, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento a realidade da vida e as peculiaridades de cada caso (REsp n. 135.202/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 19.5.1998, DJU de 3.8.1998, p. 244).

Aliás, outra não é a orientação extraída do escólio de Rui Stoco, em obra específica sobre a responsabilidade civil no direito brasileiro. Veja-se:

> a) o Magistrado nunca deverá arbitrar a indenização tomando como base apenas as possibilidades do devedor;
>
> b) também não deverá o julgador fixar a indenização com base somente nas necessidades da vítima;
>
> c) não se deve impor uma indenização que ultrapasse a capacidade econômica do agente, levando-o à insolvência;
>
> d) a indenização não pode ser causa de ruína para quem paga, nem fonte de enriquecimento para quem recebe;
>
> e) deverá o julgador fixá-la buscando o equilíbrio através de critério eqüitativo e de prudência, segundo as posses do autor do dano e as necessidades da vítima e de acordo com a situação sócio-econômica de ambos;
>
> f) na indenização por dano moral o preço de afeição não pode superar o preço de mercado da própria coisa;
>
> g) 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 (*in* "Tratado de Responsabilidade Civil", Ed. **RT**, São Paulo: 2001, p. 1.030).

Portanto, conclui-se que na quantificação do dano moral, deve o magistrado valer-se de critérios de razoabilidade, ou seja, deve considerar não só as condições econômicas do ofensor e do ofendido, mas o grau da ofensa e suas consequências, para que não se constitua a reparação do dano em fonte de enriquecimento ilícito para o ofendido, mantendo uma proporcionalidade entre causa e efeito.

Nesse passo, considerando a realidade dos fatos e as peculiaridades do caso concreto e em observância ao grau de culpa, à lesividade do ato e à gravidade da ofensa, gerando danos irreversíveis à vítima, que ficou com uma perna mais curta que a outra em 3,2cm, com cicatriz grande e visível, bem como o seu abalo psíquico, assim como à condição econômica de ambas as partes, entendo que a quantia fixada pelo magistrado *a quo* de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), a título de danos morais, não atende satisfatoriamente ao critério da proporcionalidade que deve nortear o arbitramento do dano moral, devendo ser majorada tal quantia.

A meu ver, o valor de R$ 50.000,00 atende ao critério da proporcionalidade mencionado, além de ser perfeitamente possível de ser reparado pelo requerido, compensando condignamente os tormentos sofridos pela autora, em razão dos dissabores causados pelo evento ocorrido.

Quanto ao pedido feito pela requerente de **condenação do requerido pelos danos materiais**, referente aos valores despendidos pelo ressarcimento das despesas médico-hospitalares efetivamente pagas, tenho que assiste razão à requerente.

Na sentença objurgada o magistrado monocrático entendeu que a requerente não faz jus a este ressarcimento, porquanto as despesas médico-hospitalares teriam sido arcadas por seguradora.

Ocorre que conforme ficou comprovado nos autos, o plano de saúde da requerente pagou o equivalente a 80% (oitenta por cento) destas despesas - médico-hospitalares, sendo que a autora tem direito, portanto a ser ressarcida no percentual por ela despedido, ou seja, 20% do total gasto e devidamente comprovado nos autos.

Diante do exposto, conheço de ambos os recursos, **negando provimento ao recurso proposto por Carlos Sato. Dou parcial provimento à apelação proposta por Lorena Oliveira Prado de Souza,** para o fim de majorar o valor da indenização de danos morais para R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e para condenar o requerido ao pagamento de 20% (vinte por cento) das despesas médico-hospitalares devidamente comprovadas nos autos, considerando que o plano de saúde da autora somente pagou 80% (oitenta por cento) de tais gastos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, AFASTARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DE LORENA OLIVEIRA PRADO DE SOUZA E NEGARAM AO APELO DE CARLOS SATO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

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

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

Campo Grande, 26 de julho de 2010.

***

Apelação Cível n. 2009.028391-7 - Três Lagoas
Terceira Turma Cível
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – TRATAMENTO MÉDICO-HOSPITALAR – ENTREGA DE CHEQUE CAUÇÃO COMO GARANTIA – CIÊNCIA DO REGIME PARTICULAR DA INTERNAÇÃO – NULIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO – INEXISTÊNCIA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Admite-se a discussão da causa do débito relativo a cheque dado em garantia de tratamento hospitalar visando apurar o valor real do serviço efetivamente prestado e ao mesmo tempo coibir abusos por parte do credor.

A internação particular implica o estabelecimento de um vínculo jurídico obrigacional em que as partes se obrigam a cumprir prestações recíprocas.

Não havendo comprovação da abusividade dos valores cobrados, nem impugnação específica do extrato apresentado, impõe-se obrigação de efetuar o pagamento.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 31 de agosto de 2010.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposta por José Visani Júnior**,** contra sentença que julgou improcedentes os embargos opostos contra ação monitória ajuizada por Hospital Alemão Oswaldo Cruz.

Alega, em suma, que o apelado propôs a ação monitória sustentada nas lâminas de cheques e instrumentos de protesto de f. 32-35 e contrato de prestação de serviços de f. 25-31, pretendendo o recebimento da importância de R$ 33.536,98.

Afirma que os títulos que embasam a exordial estariam vinculados ao contrato de prestação de serviços firmado e por isso não haveria de se falar em autonomia das cártulas.

Relata que no ato de internação de seu pai (paciente) teria sido obrigado a emitir os cheques acostados na inicial a título de caução, pelo que pugna pela declaração de nulidade deles – cheques.

Impugna os valores cobrados nas notas fiscais emitidas e as cláusulas contratuais do contrato de prestação de serviços.

Diz ser aplicável ao caso em tela o Código de Defesa do Consumidor.

Diz ter havido violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Pugna pelo provimento do recurso.

Regularmente intimado, o apelado apresentou suas contrarrazões, onde rebate as teses apresentadas pelo recorrente, requerendo a manutenção da sentença invectivada.

VOTO

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

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposta por José Visani Júnior**,** contra sentença que julgou improcedentes os embargos opostos contra ação monitória ajuizada por Hospital Alemão Oswaldo Cruz.

O embargado manejou ação monitória contra o ora embargante visando recebimento da importância de R$ 33.536,98 (trinta e três mil, quinhentos e trinta e seis reais, noventa e oito centavos), sustentada nas lâminas de cheques e instrumentos de protestos de f. 32-35.

Aduziu o autor Hospital Alemão de Oswaldo Cruz, em suma, que entre as partes foi firmado um contrato para prestação de serviços, relativo à internação do pai do réu. As despesas hospitalares totalizaram R$ 29.950,00, sendo emitidos 2 cheques (R$ 10.000,00 e R$ 19.950,00), que atualizados correspondem a R$ 33.536,98.

O requerido embargou às f. 57-72, sendo julgado improcedente.

Irresignado, o embargante interpôs a presente apelação, na qual, em suas razões recursais afirma que os títulos que embasam a exordial estariam vinculados ao contrato de prestação de serviços firmado e por isso não haveria de falar em autonomia das cártulas.

Relata que no ato de internação de seu pai (paciente) teria sido obrigado a emitir os cheques acostados na inicial a título de caução, pelo que pugna pela declaração de nulidade deles – cheques -.

Impugna os valores cobrados nas notas fiscais emitidas e as cláusulas contratuais do Contrato de Prestação de Serviços.

Diz ser aplicável ao caso em tela o Código de Defesa do Consumidor.

Diz ter havido violação ao princípio do contraditório e ampla defesa.

Pugna pelo provimento do presente apelo, retificando-se a sentença monocrática, com a consequente extinção da ação monitória por entender serem nulos os títulos que a embasam.

Regularmente intimado, o apelado apresentou suas contrarrazões, onde rebate as teses apresentadas pelo recorrente, requerendo a manutenção da sentença invectivada.

Sem razão o apelante, devendo o *decisum* ser mantido, na íntegra. **Vejamos:**

Verifica-se dos autos que no dia 30 de setembro de 2005, o pai do embargante/recorrente, foi transferido do Hospital Unimed de Araçatuba/SP, para o Hospital Alemão Oswaldo Cruz – embargado/recorrido, em São Paulo, na condição de paciente particular, onde esteve internado na UTI entre os dias 30.9.2005 a 17.12.2005.

Há informação nos autos de que a transferência de hospital se deu em virtude da gravidade do caso, concluindo-se, portanto, que o embargado possuía maiores recursos técnicos para realizar o tratamento médico necessário.

Não obstante, irresignado com o procedimento do hospital embargado, o recorrente não nega o débito contraído.

Segundo alega o apelante, o cheque foi emitido como caução para a realização do tratamento médico - internação em UTI -, e por isso, pretende sua anulação por ilegalidade, ao mesmo tempo em que contesta os valores do tratamento médico.

Em situações como esta a orientação do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de se admitir a discussão da causa da emissão do título emitido em garantia do pagamento para tratamento ou internamento hospitalar visando apurar o valor real do serviço efetivamente prestado e ao mesmo tempo coibir abusos por parte do credor.

A propósito:

> CHEQUE. CAUÇÃO. *CAUSA DEBENDI*. POSSIBILIDADE - Cheque entregue para garantir futuras despesas hospitalares deixa de ser ordem de pagamento à vista para se transformar em título de crédito substancialmente igual a nota promissória.
>
> - É possível assim, a investigação da *causa debendi* de tal cheque se o título não circulou.
>
> - Não é razoável em cheque dado como caução para tratamento hospitalar ignorar sua causa, pois acarretaria desequilíbrio entre as partes. O paciente em casos de necessidade, quedar-se-ia à mercê do hospital e compelido a emitir cheque, no valor arbitrado pelo credor. (REsp n. 796739/MT, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 27.3.2007, DJ de 7.5.2007, p. 318).

No caso, há evidências de que o cheque realmente foi dado como caução, todavia, não é só pelo fato de ter sido dado em caução que o título é anulável. Devem ser sopesadas as demais circunstâncias relativas à hipótese dos autos.

É incontroverso que houve a efetiva prestação de serviços médicos, sendo que o período de internação durou do dia 30.9.2005 a 17.12.2005.

Do mesmo modo, tratou-se de atendimento particular, de forma que é possível a exigência da caução, diferentemente de quando o paciente pretende tratamento por meio de convênio de saúde, razão pela qual não se pode falar em coação.

Há informação nos autos que a internação na categoria de particular na entidade embargada deu-se em virtude da gravidade do caso, fato que significa que tinha ciência de que o tratamento estava sujeito ao pagamento por recursos próprios.

Consoante ressaltou o magistrado de primeiro grau, não há como alegar que o referido negócio jurídico deve ser anulado por ter sido celebrado em estado de perigo, porque, de acordo com o artigo 156 do Código Civil, um dos requisitos dessa espécie de defeito do negócio jurídico é que a parte tenha assumido uma obrigação

excessivamente onerosa, ao passo que, no caso, o Hospital Alemão Oswaldo Cruz apresentou um extrato de conta hospitalar, com a descrição de todos os serviços, materiais e medicamentos utilizados.

Também não há falar em coação, pois, se tinha ciência que o regime de internação era particular, o cheque destinava-se a garantir o pagamento, fato que impõe a obrigação de quitá-lo, porque, como dito, o serviço foi prestado, sendo a internação autorizada e garantida pelo recorrente.

Em resumo, entendo não ser possível, posteriormente à realização do tratamento, de todo o tempo internado em UTI, na condição de paciente particular, tudo por livre escolha do embargante, querer escusar-se do pagamento respectivo.

E justamente, pela sua livre escolha, fica o embargante desautorizado a fazer os comparativos de preços por serviços, procedimentos ou equipamentos utilizados pelo embargado/recorrido, considerando que, como ressaltou o juízo "*a quo*" na sentença objurgada, *"no momento da necessidade evidente que não houve qualquer prévio questionamento do valor deste ou daquele serviço"*.

Ademais, o tratamento particular implica estabelecimento de um vínculo jurídico, em que as partes se obrigam a cumprir prestações recíprocas, competindo ao hospital a prestação dos serviços contratados e ao paciente ou seu responsável o pagamento do preço correspondente.

Assim, inexistente qualquer circunstância que permita modificar a conclusão do magistrado sentenciante, a decisão combatida deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Conclusão

Por todo o exposto, conheço do recurso de apelação proposto por José Visani Júnior, para negar-lhe provimento, ficando mantida a sentença invectivada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

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

Campo Grande, 31 de agosto de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.020917-3 - Campo Grande
Terceira Turma Cível
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ACUSAÇÃO DE APROPRIAÇÃO DE VALORES SACADOS EM CAIXA ELETRÔNICO – DANO MORAL CONFIGURADO – OFENSA À HONRA – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – FINALIDADE EDUCATIVA – RECURSO IMPROVIDO.

Diante da acusação infundada de apropriação de valores em caixa eletrônico, resta configurada a ofensa injustificada à honra, à dignidade e à imagem da autora, violando os direitos de personalidade elencados no art. 5º, X, da Constituição Federal, configurando o ato ilícito, o dano e o nexo de causalidade, impondo a obrigação de indenizar.

Para se fixar o valor indenizatório, deve-se ponderar, além da natureza da lesão e a extensão do dano, as condições pessoais do ofendido e do responsável, a gravidade da culpa e a finalidade da indenização, também o ideal da reparação integral e da devolução das partes ao *status quo ante*, quando possível.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 17 de agosto de 2010.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível - ordinário interposto por Francisco Carlos Inocêncio contra sentença proferida pelo Juiz da 10ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande nos autos da indenização por danos morais movida por Eronilde do Carmo Coelho.

Em apertada síntese, alega que:

> I – não acusou a apelada de furto, mas sim solicitou que a mesma "promovesse seu local na fila", uma vez que estava muito próxima enquanto realizado procedimento de saque (f. 139);
>
> II – saiu do terminal para conversar com a apelada e, *"mesmo já tendo completado todos os atos para o saque"* (f. 139), não levou os recursos sacados, razão pela qual retornou ao caixa eletrônico e encontrou a apelada "*a qual seria, em tese, a pessoa que chegou ao terminal logo após os saques promovidos pelo Apelado e, ao ser indagada da possibilidade de ter visto o dinheiro do Apelado no terminal, a mesma por sua exclusiva vontade insistiu inclusive em mostrar sua bolsa e confirmar que não havia encontrado nenhum dinheiro no terminal*" (f. 140);

> III – não abordou a autora indevidamente, tampouco lhe proferiu palavras de acusação, *"tanto que não há provas nos autos de ocorrência de tal fato e, o deslocamento para a delegacia foi proposto pela própria Apelada, conforme consta dos autos, portanto, não há que se imputar qualquer conduta ilegal ao Apelante"* (f. 140);
>
> IV – foi prejudicado patrimonialmente, mas *"nunca acusou ninguém"* (f. 140), tendo abordado a autora de forma *"cordial"* (f. 141), destacando que tiveram uma longa conversa *"sem qualquer tom de voz alto ou intervenção de terceiros, apenas uma conversa exclusiva dos dois"* (f. 141);
>
> V – as testemunhas ouvidas nos autos não comprovaram o dano moral que a autora alega ter sofrido e que após a *"vinda da polícia militar o Apelante não tinha mais nenhum interesse nos fatos, entretanto, a Apelada insistiu em continuar a apuração"*, reforçando que a *"simples comunicação de fatos a autoridade policial em nenhum momento foi na tentativa de incriminar a Apelada, apenas um dever do cidadão, até mesmo para que o Banco e a polícia pudessem fazer registro do fato"* (f. 143);
>
> VI – a comunicação de fato que configura crime é exercício regular do direito, não ensejando responsabilidade indenizatória.

Ao final, postula a reforma da sentença ou, subsidiariamente, a minoração da indenização para R$ 500,00, uma vez que em nenhum momento atribuiu conduta criminosa à apelada.

Contrarrazões pelo improvimento do apelo.

VOTO

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

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível - Ordinário interposto por Francisco Carlos Inocêncio contra sentença proferida pelo Juiz da 10ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande nos autos da Indenização Por Danos Morais movida por Eronilde do Carmo Coelho**.**

O artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal é bastante claro ao prescrever que *"são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação"*.

Nesse norte, o artigo 186 do Código Civil, dispõe, *verbis: "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano"*. Na mesma esteira e no que tange à obrigação de reparar o dano, não se deve perder de vista, inclusive, o expresso no artigo 927 do atual Código Civil. *In verbis*: "*Aquele que, por ato ilícito* (arts. 186 e 187), *causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo"*.

No tocante à violação da honra, valiosa é a contribuição doutrinária de Rui Stoco:

> O direito à honra, como sabem, se traduz juridicamente em larga série de expressões compreendidas como princípio da dignidade humana: o bom nome, a fama, o prestígio, a reputação, a estima, o decoro, a consideração, o respeito.
>
> [...] a honra da pessoa é um bem resguardado pela Lei Maior e pela legislação infraconstitucional. Se ofendido, o gravame haverá de ser reparado, segundo os reflexos nocivos ocorridos no mundo fático.
>
> Deste modo, se atingido o patrimônio, a indenização terá caráter patrimonial. Se, contudo, o prejuízo for apenas moral, mas efetivo, esse será a natureza da indenização devida (Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 471-472).

Importa mencionar que o caso dos autos fulcra-se no chamado *"dano moral puro"*, ou *in re ipsa*, de ocorrência presumida e comprovação dispensada, não sendo necessário, para que a vítima obtenha a reparação pecuniária, que faça prova de que a ofensa tenha repercutido em sua vida pessoal a ponto de causar abalo, dor, sofrimento ou desprestígio.

Tais ocorrências são presumidas porque ínsitas ao delito. Havendo a presunção, inverte-se o ônus probatório, ou seja, o contrário é que compete ser provado pelo ofensor.

Dessa forma, necessária apenas a prova do ato ilícito praticado pelo requerido e do nexo causal, já que presumido o dano.

Na hipótese *sub examine*, os fatos narrados ocorreram em uma agência bancária, não sendo possível se concluir se o requerido, depois de realizados os procedimentos, esqueceu de retirar os valores sacados ou se tais não foram liberados pelo terminal. O que se sabe é que o apelante abordou a apelada, acusando-a de ter se apropriado da quantia, tendo a apelada sido submetida à revista policial.

Vejamos trecho de seu depoimento pessoal, de f. 83:

> Antes de sair do banco, sentiu falta do dinheiro, sendo que não chegou a ter posse do dinheiro em momento algum. Voltou e **abordou a autora**, não de forma acusatória, mas perguntando se não tinha visto o dinheiro, no que aquela respondeu que não, que estava apenas fazendo um saque. [...] Saíram do banco e do lado de fora a autora optou por lhe **mostrar a carteira e a bolsa, sem qualquer solicitação sua**. Não sabe por que a autora não foi embora ficando lá fora, mostrando a bolsa e a carteira, uma vez que não disse a ela que chamaria a polícia. **Imagina que quisesse limpar o seu nome**.[...] **Não desistiu imaginando inocência da autora**, mas porque estava atrasado para um compromisso. (f. 83)

O próprio apelante reconhece que abordou a autora, que teve acesso ao conteúdo de sua bolsa e carteira, afirmando, ainda, que a apelada teria permanecido no local provavelmente com a intenção de *"limpar o seu nome"*.

A prova coligida nos autos demonstra que a abordagem não foi singela, como pretende fazer crer o apelante, tanto que este (apelante) chamou reforço policial para apuração dos fatos, após já ter tido acesso até mesmo a bolsa e carteira da apelada.

As testemunhas ouvidas em juízo, incluindo os policiais militares que atenderam à ocorrência, confirmaram que o apelante acusava a apelada de ter se apropriado indevidamente da quantia de R$ 800,00 que havia sacado momentos antes, mas que tinha esquecido de retirar do terminal.

Para que não restem dúvidas, vejamos trechos dos depoimentos de Laudelino Gonçalves dos Santos (f. 78) e Daniel Brandão Barbosa (f. 80), policiais militares que atenderam à solicitação do apelante:

> Atendeu a ocorrência encontrando as partes já do lado de fora do banco, sendo que foi relatado por parte do major que havia feito um saque e ao se ausentar da frente do caixa eletrônico, uma vez que o valor não saíra do caixa eletrônico, retornou imediatamente quando encontrou a autora e perguntando a ela a respeito do valor ela disse que estava fazendo um saque de sua própria conta. Para dirimir as dúvidas, uma vez que ambos possuíam extrato, decidiram ir à Delegacia. (F. 78)

> Como oficial de ronda, compareceu no banco e num primeiro contato ouviu do major Francisco que tinha procedido a um saque e ao se retirar do local percebeu que não tinha pego o dinheiro, mas não se lembra das palavras exatas que foram usadas, sendo que estavam eles do lado de fora do banco e se propuseram, ambos, a irem à Delegacia para dirimir as dúvidas.

> [...] Recorda-se que o major, em certo momento, optou por deixar pra lá, mas o depoente disse que não seria possível uma vez que tinha que explicar o deslocamento da viatura, sabendo que a mulher manifestou-se no sentido de que ela sim pretendia ir à Delegacia, mas não tem certeza absoluta a respeito disso. [...] Não viu nenhuma abordagem do PM Falcão à autora, sendo que foi providenciada uma Policial para uma revista pessoal, o que aconteceu num banheiro" (F. 80)

Como visto, os policiais, embora por vezes afirmem não lembrar com exatidão do ocorrido, confirmaram que o apelante desconfiou da apelada, o que deu ensejo até mesmo a uma revista pessoal para verificar se esta (autora) se encontrava ou havia se apropriado dos valores supostamente sacados pelo requerido.

Acerca da repercussão dos fatos, as testemunhas Dirce de Souza Guardiano (f. 82) e Maria Luiza dos Santos (f. 88), confirmaram que outras pessoas presenciaram o ocorrido. Seus depoimentos comprovam também que os fatos causaram fortes aborrecimentos na autora, embora, como visto alhures, a prova de tal era desnecessária, visto que presumido o dano. Vejamos:

> Chegou ao banco no dia dos fatos e viu a autora conversando com o requerido, cumprimentou e perguntou o que estava acontecendo, no que a autora disse que estava sendo acusada de ter pago um dinheiro do réu. **A autora aparentava um certo nervosismo,** mas a depoente imaginou que era uma situação que iria se resolver ali e não tomaria o rumo que tomou. **Chegou a ouvir alguém dizer que não era a autora que tinha pego o dinheiro**, mas não se recorda quem foi. (F. 82)

> Encontrou com Eronilde dentro do banco e ela estava ao lado do requerido e **havia pessoas ao redor e percebeu que se tratava de uma confusão** e, nisso, aproximou-se daquele perguntando o que estava acontecendo e aquela disse que estava acontecendo uma coisa chata, mas ao retornar do saque a depoente novamente parou quando Eronilde lhe disse que o réu a havia acusado de ter pego o seu dinheiro, relatando que ele foi fazer um saque, mas saiu do caixa antes de retirar o dinheiro e que como ela era a próxima cliente havia suposição por parte dele de que ela teria se apropriado do dinheiro [...]. **Recorda-se que o réu mantinha-se tranquilo na ocasião, mas Eronilde estava chateada e perdida**. (F. 88)

Ora, os fatos narrados nestes autos são aptos a causar sofrimento e humilhação, capazes de provocar desequilíbrio no bem-estar.

Como visto, o requerido ofendeu injustificadamente a honra, a dignidade, a imagem da autora, violando os direitos de personalidade elencados no art. 5º, X, da Constituição Federal, razão pela qual restando configurado o ato ilícito, o dano e o nexo de causalidade, deve ser condenado a indenizá-la.

Do valor da indenização moral

Quanto ao dano moral, espécie de dano extrapatrimonial, nas palavras de Sergio Cavalieri Filho, *in* Programa de Responsabilidade Civil, 5 ed., Malheiros Editores, São Paulo/SP, 2004, p. 94, *"à luz da Constituição vigente, nada mais é do que violação do direito à dignidade"*. Distingue-se dos danos patrimoniais na medida em que não atinge o patrimônio, mas a própria pessoa. É *"a reação psicológica que a pessoa experimenta em razão de uma agressão a um bem integrante de sua personalidade, causando-lhe vexame, sofrimento, humilhação e outras dores do espírito"*.

Então, considerando que o dano moral diz respeito à violação dos direitos referentes à dignidade da pessoa humana, a doutrina especializada e a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça vêm entendendo que a consequência do dano moral encontra-se ínsita na própria ofensa, porquanto deflui da ordem natural das coisas, tomando-se como parâmetro a vida comum das pessoas.

Para se fixar o valor indenizatório ajustável à hipótese fática concreta, deve-se ponderar o ideal da reparação integral e da devolução das partes ao *status quo ante*. No entanto, não sendo possível a *restitutio in integrum* em

virtude da impossibilidade material desta reposição, transforma-se a obrigação de reparar em uma obrigação de compensar, haja vista que a finalidade da indenização consiste, justamente, em ressarcir a parte lesada.

Além disso, na quantificação do valor indenizatório pelos danos morais devem ser levados em conta: a natureza da lesão e a extensão do dano, as condições pessoais do ofendido e do responsável, a gravidade da culpa e a finalidade da indenização, afora os critérios de eqüidade, cautela e prudência.

No caso em apreço, tem-se, de um lado, uma professora e, de outro, um funcionário público federal (f. 8); a autora teve sua honra e imagem atingidas pela atitude do requerido que a acusou de ter se apropriado de R$ 800,00; outras pessoas presenciaram o ocorrido; a Polícia Militar foi acionada e a autora passou por revista pessoal; o dano moral possui finalidade reparadora e educativa.

Diante desses fatos, entendo que o valor da indenização fixado em R$ 3.000,00 (três mil reais) mostra-se até mesmo ínfimo a indenizar o sofrimento suportado. Entrementes, considerando a inexistência de pedido de majoração, mantenho o *quantum* arbitrado.

Ex positis, nego provimento ao apelo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

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

Campo Grande, 17 de agosto de 2010.

***

Apelação Cível n. 2007.025844-4 - Caarapó
Segunda Turma Cível
Relator Des. Hildebrando Coelho Neto

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO MONITÓRIA – EMBARGOS – CHEQUE PRESCRITO – CORREÇÃO MONETÁRIA – TERMO INICIAL – DATA DO VENCIMENTO DA DÍVIDA LÍQUIDA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E CUSTAS PROCESSUAIS – DISTRIBUIÇÃO DA SUCUMBÊNCIA – RECURSO IMPROVIDO.

A correção monetária incide a partir do vencimento do cheque prescrito que instrui a ação monitória.

No caso em que o réu apresenta embargos, as custas processuais e os honorários advocatícios podem ser distribuídos na proporção do decaimento de cada parte.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 24 de agosto de 2010.

Des. Hildebrando Coelho Neto – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto

Espólio de Domingos Shicarelli Netto, inconformado com a sentença (f. 37-40) proferida nos autos da ação monitória ajuizada por Waldemar Crudi (n. 031.07.000407-3) e que converteu o cheque prescrito em título executivo, condenando-o ao pagamento da quantia de R$ 20.000,00, acrescida de correção monetária a partir da emissão do título de crédito e de juros moratórios de 1% ao mês, contados desde a citação do devedor, mais custas e honorários advocatícios interpõe recurso de apelação, aduzindo, em síntese, que a correção monetária deve incidir a partir da data do ajuizamento da demanda, uma vez que a pretensão funda-se em cheque prescrito; que as custas processuais e os honorários advocatícios devem ser proporcionalmente distribuídos e compensados no percentual de 50% para cada parte.

O apelado apresentou contrarrazões (f. 58-60), pugnando pela manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido monitório, convertendo o mandado inicial em mandado executivo (art. 1.102c do Código de Processo

Civil), condenando o Espólio de Domingos Schicarelli Neto ao pagamento da quantia de R$ 20.000,00, acrescida de correção monetária pelo IGPM/FGV, a partir de 11.5.2000 (data da emissão do cheque de f. 5), e juros moratórios de 1% ao mês, contados a partir da citação. O réu foi condenado ao pagamento de 80% do valor das custas processuais e honorários advocatícios fixados em R$ 2.500,00, enquanto que o autor ficou obrigado a pagar ao demandado R$ 500,00 de honorários advocatícios e 20% das custas.

Não assiste razão ao apelante.

Como bem afirmou o juízo de primeiro grau, a correção monetária não constitui uma pena imposta ao devedor ou mesmo um *plus* que se acrescenta ao débito original. Ao contrário, a finalidade do instituto é apenas preservar o valor da moeda corroída pelo processo inflacionário, para que a dívida se mantenha com seu valor real até a data do efetivo pagamento.

Como efeito, tal encargo deverá incidir a partir do vencimento da obrigação líquida e certa representada no cheque prescrito emitido em 11 de maio de 2000 (*vide* título de f. 5).

Nesse sentido, é pacífica a recente orientação do Superior Tribunal de Justiça. Veja-se:

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. CHEQUE PRESCRITO. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA. DATA DO VENCIMENTO. 1. O agravante não trouxe argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa do provimento ao agravo regimental. 2. Embora careça de força executiva, o cheque prescrito é título líquido e certo, por não ser a correção monetária um *plus*, ela será calculada a contar do respectivo vencimento 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no REsp n. 619.002 (Proc. 2003/0227265-9) MG, Terceira Turma, Rel. Des. Conv. Vasco Della Giustina, julgado em 4.2.2010, DJ de 25.2.2010).

Esta Corte defende idêntico posicionamento. *In verbis:*

> APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À MONITÓRIA. CHEQUE PRESCRITO. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA A PARTIR DA DATA DA EMISSÃO DO CHEQUE. JUROS MORATÓRIOS. DEVIDOS A PARTIR DA DATA DA CITAÇÃO VÁLIDA DO DEVEDOR. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. A correção monetária, que simplesmente atualiza o poder aquisitivo da moeda, deverá ter o seu termo inicial da data da emissão do cheque, sob pena de, assim não se estabelecendo, ocasionar o enriquecimento ilícito do devedor. Os juros moratórios, na ação monitória, contam-se a partir da citação. (TJMS, AC n. 2010.004003-6, Angélica, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, DJ de 16.3.2010, p. 34).

Portanto, não merece reparos a sentença quanto ao termo inicial da incidência da correção monetária, fixado a partir da data do vencimento do título que instrui a ação monitória.

No que diz respeito à distribuição dos honorários advocatícios, o apelante defendeu que a sucumbência recíproca enseja a repartição igualitária no percentual de 50% para cada parte das despesas processuais e dos honorários advocatícios, estes compensados entre as partes.

O autor pediu na inicial que o valor principal fosse acrescido de juros e correção monetária desde o vencimento da dívida. O réu, por sua vez, interpôs embargos monitórios, contestando a incidência dos encargos moratórios. Sobreveio a sentença de parcial procedência, para determinar a incidência de correção monetária a partir da emissão do cheque e juros moratórios contados a partir da citação do devedor.

Observa-se que, se por um lado o inadimplemento do requerido ensejou o ajuizamento da ação monitória, por outro, foi por meio do pedido formulado nos embargos manejados pelo Espólio de Domingos Schicarelli Netto que o juízo singular acabou por determinar que os juros moratórios incidam somente a partir da citação.

Daí que as custas processuais e os honorários advocatícios devem ser distribuídos na proporção do decaimento de cada parte, em atenção ao princípio da causalidade e ao disposto no artigo 21 do Código de Processo Civil.

No caso em apreço, o apelante/embargante logrou êxito tão somente quanto ao termo inicial para a incidência dos juros de mora. Em tudo o mais (existência da relação jurídica, valor do débito principal e correção monetária), restou sucumbente, remanescendo ao embargado quase a totalidade do que buscou na inicial.

Com efeito, não merece reforma a sentença que condenou o réu (embargante) ao pagamento de 80% das custas processuais, mais honorários advocatícios de R$ 2.500,00, bem assim que condenou o autor (embargado) no pagamento de 20% das custas processuais e honorários advocatícios de R$ 500,00.

Ante o exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe seguimento, por ser manifestamente improcedente, mantendo a sentença em todos os seus termos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Hildebrando Coelho Neto, Tânia Garcia de Freitas Borges e Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 24 de agosto de 2010.

***

Apelação Cível n. 2008.013834-1 - Cassilândia
Segunda Turma Cível
Relator Des. Hildebrando Coelho Neto

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – SUCESSÃO – PROCEDIMENTO ESPECIAL DE ABERTURA DE TESTAMENTO CERRADO – JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA – ANÁLISE DAS DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS – INADMISSIBILIDADE – RECURSO PROVIDO.

No procedimento de jurisdição voluntária de abertura, registro e cumprimento de testamento e de codicilos, previsto nos art. 1.125 a 1.129 do Código de Processo Civil, não é possível ao julgador limitar a manifestação de vontade do testador.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 14 de setembro de 2010.

Des. Hildebrando Coelho Neto – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto

Andrew Moraes Saeki e Murillo Moraes Saeki, inconformados com a sentença (f. 125-129), que acolheu o pedido formulado por Netilde Rosa de Assis, em procedimento especial de jurisdição voluntária, para determinar o cumprimento do testamento cerrado de Juarez Moraes de Souza, interpõem apelação, sustentando, em síntese, que, no procedimento especial de abertura de testamento, não é possível examinar o conteúdo das disposições de última vontade do testador; que o cônjuge não tem direito aos bens adquiridos na constância do casamento e que o falecido não deixou ascendentes e descendentes.

Sem contrarrazões.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (f. 200-206), opina pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Andrew Moraes Saeki e por Murillo Moraes Saeki em face da sentença que determinou o cumprimento do testamento cerrado de Juarez Moraes de Souza.

Consta dos autos que Juarez Moraes de Souza lavrou, em 23.11.2001, testamento cerrado dispondo sobre seus bens móveis e imóveis (f. 17-20) e que, em 30.3.2005, o testador veio a óbito (f. 6).

Diante disso, a viúva do testador, Netilde Rosa de Assis, requereu a abertura do testamento por meio de procedimento especial de jurisdição voluntária, previsto nos art. 1.125 e seguintes do Código de Processo Civil.

Na sentença recorrida o juízo *a quo* reduziu as disposições testamentárias, formalizadas sob a égide do Código Civil de 1916, para preservar a herança legítima da esposa do testador, a qual na vigência do Novo Código Civil passou a condição de herdeiro necessário.

Inconformados com a sentença, Andrew Moraes Saeki e Murillo Moraes Saeki, beneficiados pelo testamento, recorrem do *decisum* e afirmam que, no procedimento especial de abertura de testamento, é vedado ao julgador examinar a manifestação de vontade do testador.

Com razão os recorrentes, pois no procedimento de jurisdição voluntária de abertura, registro e cumprimento de testamento e de codicilos, previsto nos art. 1.125 a 1.129 do Código de Processo Civil, não é possível ao julgador limitar a manifestação de vontade do testador, como fez o magistrado na sentença objurgada.

No que concerne ao procedimento de abertura de testamento, Ernane Fidélis dos Santos, pontuando sobre a questão ventilada nas razões recursais, leciona o seguinte:

> O rigor para a aprovação do testamento é máximo, mas, no que diz respeito à validade intrínseca do testamento ou de qualquer de suas cláusulas, o juiz da aprovação sobre ela não se pronuncia. Diga-se, por exemplo, que há cláusula de benefício à concubina ou que há ofensa à legitima de herdeiro necessário. São questões que apenas no juízo do inventário devem ser decididas e não no juízo administrativo da aprovação. (**Manual de Direito Processual Civil**. v. 3. ed. Saraiva, p. 431-432).

Marcus Vinicius Rios Gonçalves, ao dispor sobre a natureza administrativa da jurisdição voluntária, preceitua, *in verbis*:

> A mais controversa das questões é se a jurisdição voluntária é, efetivamente, jurisdição, ou apenas administração pública de interesses privados, cometida ao Poder Judiciário. Prevalecendo no Brasil a concepção administrativa, que considera que, na jurisdição voluntária, eventual conflito que possa existir não é submetido à apreciação do Judiciário, como ocorre na contenciosa. (**Novo Curso de Processo Civil**, volume 2, 5. Ed., editora Saraiva, p. 476).
>
> Quanto à análise da validade e da eficácia do testamento cerrado no procedimento especial, Maria Berenice Dias disciplina:
>
> A confirmação do testamento só serve para examinar os requisitos extrínsecos ou formais. No mais, no que diz com a validade e eficácia, cabe ser examinado em demanda própria. (Manual das Sucessões, Editora **Revista dos Tribunais**, p. 508)

Vê-se que não é possível determinar, no procedimento de abertura de testamento, o cumprimento do testamento cerrado com a limitação da herança legítima da esposa do testador, porquanto o juiz deve apenas aprovar o testamento e determinar o seu cumprimento. Não é permitida a análise das disposições testamentárias, uma vez que não se perquire a manifestação de vontade do falecido neste procedimento especial.

Nesse sentido:

> O juiz somente negará registro ao testamento se ele padecer de vício externo; eventuais defeitos quanto à formação de vontade do testador deverão se apreciados ou no inventário ou em ação de anulação. (JTJ 157-197, julgado encontrado no **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**, Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa, ed. Saraiva, 19. ed., p. 1092).

> PROCEDIMENTO ESPECIAL DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. TESTAMENTO CERRADO. ABERTURA, COM ORDEM PARA REGISTRO, CUMPRIMENTO E ARQUIVAMENTO. ATO DE DISPOSIÇÃO DE ÚLTIMA VONTADE REVESTIDO DAS FORMALIDADES EXTRÍNSECAS, SEM QUE APRESENTE TAMBÉM NULIDADE PLENO JURE. DECISÃO CONFIRMADA. APELAÇÃO IMPROVIDA. Não havendo o testamento sofrido frontal impugnação em primeiro grau, e incorrendo vício externo capaz de invalidá-lo sem maior perquirição, certa a sentença que mandou registrá-lo, cumpri-lo e arquivá-lo, vez que os possíveis defeitos quanto à formação e manifestação da vontade de testador deverão ser apreciados por outras vias. (TJPR, AC n. 0050001-2, AC n. 14194, Pato Branco, Terceira Câmara Cível, Rel. Juiz Conv. Sérgio Arenhart, DJPR de 17.8.1998).
>
> TESTAMENTO PARTICULAR. PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. REQUISITOS DE VALIDADE FORMAL PRESENTES. QUESTIONAMENTOS ACERCA DE REQUISITOS INTRÍNSECOS. IMPOSSIBILIDADE. O procedimento de jurisdição voluntário tem como pressuposto a ausência de situação contenciosa, cabendo ao magistrado examinar, tão-somente, a validade formal do testamento particular, com relação aos demais requisitos, vícios intrínsecos, esses devem ser questionados em ação própria. - O testamento particular é aquele escrito pelo testador de próprio punho ou por meio de processo mecânico, onde se retrata a vontade do *de cujus* com relação a divisão de seus bens, sendo requisitos de sua validade a leitura e assinatura do testador, na presença de pelo menos três testemunhas, que também devem assiná-lo. - Com relação aos requisitos intrínsecos, como o vício na manifestação da vontade do testador e a veracidade das informações contidas no testamento, seu questionamento não é admitido na estreita via dos procedimentos de jurisdição voluntário. (TJMG, AC n. 1.0693.06.053976-6/0011. Três Corações. Quarta Câmara Cível, Rel. Des. Dárcio Lopardi Mendes, julgado em 4.12.2008; DJEMG de 9.1.2009).
>
> TESTAMENTO. REGISTRO. O registro de testamento desencadeia procedimento de jurisdição voluntária, através do qual o juiz examina os requisitos extrínsecos ou formais do ato lavrado por tabelião. Eventuais vícios que comprometam a manifestação de vontade do testador devem ser discutidos no processo de conhecimento. (TJPR, AC n. 0034116-8, AC n. 10012, Curitiba, Quarta Câmara Cível, Rel. Des. Walter Borges Carneiro, DJPR de 6.2.1995).

Portanto, o juiz deve apenas analisar as formalidades extrínsecas do testamento, uma vez que vícios internos que interfiram no cumprimento das disposições testamentárias devem ser resolvidos no juízo do inventário.

Neste norte, anota-se que, depois de requerido o cumprimento do testamento cerrado pelo procedimento de jurisdição voluntária, foi pleiteada pela viúva a abertura de inventário pelo procedimento do art. 982 e seguintes do Código de Processo Civil, o que demonstra a falta de interesse de agir superveniente da recorrida quanto ao andamento do procedimento especial.

Ora, se a partilha de bens, realizada no processo de inventário em apenso, observou as disposições de última vontade do testador, não há razão para se determinar, no procedimento especial de jurisdição voluntária, o cumprimento de testamento cerrado, pois a transmissão de bens ocorrerá nos autos de inventário em apenso.

Todavia, mesmo que o testamento não seja aprovado nestes autos, cabe ao julgado determinar o seu registro, porquanto não se pode negar a sua existência.

Sobre o tema Ernane Fidélis dos Santos bem apreciou a questão:

> A boa doutrina tem entendido que, mesmo no caso de o juiz não aprovar o testamento, deverá ele ser registrado em livro próprio e arquivado no cartório respectivo (art. 1.126 e parágrafo), pois, de qualquer forma, ao ato não se nega existência. O que se confunde com o ato de aprovação é o cumprimento do testamento, que pode ser determinado pelo juiz. (**Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo:Saraiva. p. 431. v. 3).

Assim, o testamento deve ser registrado e arquivado, porquanto o seu cumprimento se dará nos autos do inventário.

Posto isso, dou provimento ao recurso para que o testamento cerrado de f. 17-20 seja registrado e arquivado, na forma do art. 1.126, parágrafo único, do Código de Processo Civil, excluindo-se da sentença objurgada a determinação de cumprimento com as restrições impostas pelo magistrado singular quanto à herança legítima.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E CONTRA O PARECER, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Hildebrando Coelho Neto, Tânia Garcia de Freitas Borges e Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 14 de setembro de 2010.

***

Apelação Cível n. 2009.008416-8 - Jardim
Segunda Turma Cível
Relator Des. Hildebrando Coelho Neto

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – FALTA DE INTERESSE DE AGIR – REJEITADA – DEVER DE O MANDATÁRIO AGIR COM ZELO E DILIGÊNCIA – RESPONSABILIDADE PELO PREJUÍZO CAUSADO AO MANDANTE – DEVER DE INDENIZAR – RECURSO IMPROVIDO – JUNTADA DE DOCUMENTO EM FASE RECURSAL – DESCONSIDERAÇÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO – DESÍDIA NÃO CONFIGURADA – RECURSO PROVIDO.

Se a ação de cobrança é a via correta para pleitear o ressarcimento de danos causados em razão de desídia no desempenho do mandato, rejeita-se a preliminar de falta de interesse de agir.

É devida a indenização em favor do mandante que objetiva o ressarcimento pelos danos causados por procurador que agiu em desconformidade com o mandato que lhe foi outorgado.

A juntada de documento estranho ao processo, com as razões de apelação e sem justificativa para a falta de apresentação oportuna, acarreta a sua desconsideração.

Para a responsabilização civil do advogado é necessário a comprovação nos autos de culpa no exercício da atividade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar a preliminar, negar provimento ao recurso do Espólio de Nero de Almeida Mello e dar provimento ao de Sidnei Escudero Pereira.

Campo Grande, 13 de julho de 2010.

Des. Hildebrando Coelho Neto – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto

O Espólio de Nero de Almeida Mello e Sidnei Escudero Pereira, inconformados com a sentença (f. 1.291-1.306) que, nos autos de ação de cobrança ajuizada por Hortêncio Ribas julgou procedente o pedido condenando-os, solidariamente, ao pagamento da importância de R$ 380.896,51 (trezentos e oitenta mil, oitocentos e noventa e seis reais e cinquenta e um centavos), a título de indenização por culpa no desempenho de mandatos, interpõem recursos de apelação.

O apelante Espólio de Nero de Almeida Mello (f. 1.372-1.378) sustenta, preliminarmente, falta de interesse de agir por inadequação da via eleita, sob o argumento de que o apelado poderia se valer de ação própria para tentar anular a sentença que extinguiu o processo de execução n. 108/07, justamente porque o pedido de extinção foi formulado pelo advogado Sidnei Escudero Pereira sem poderes para tanto, tratando-se de ato inexistente.

No mérito, alega que Nero de Almeida Mello não extrapolou os limites do mandato que lhe foi outorgado, considerando que recebeu amplos poderes de representação dos negócios de Eusébia Ribas, detendo legitimidade, inclusive, de abrir mão do crédito da Execução n. 108/97; que não pode ser responsabilizado, tendo em vista que agiu de acordo com os poderes que lhe foram conferidos; que não há prova nos autos de que tenha anuído com o pedido de desistência da execução n. 108/07; que a escritura de dação em pagamento (f. 43-45), envolvendo a quitação do crédito objeto da ação n. 234/99, não faz referência à necessidade de renúncia ao crédito discutido nos autos de execução n. 108/07.

Informa que Nero de Almeida Mello não assinou a petição de desistência da execução n. 108/97, embora tenha ele subscrito a petição de acordo firmado nos autos n. 109/2001 (f. 31-32), ajuizada por Euzébia Ribas em desfavor de Ivo Carbonera.

Atribui a culpa ao apelante Sidnei Escudero Pereira, asseverando ter sido a própria Eusébia Ribas que outorgou procuração ao advogado Ronaldo Mascarenhas Barbosa, no que este substabeleceu os poderes ao advogado Sidnei Escudero Pereira.

Por fim, afirma que a sentença é *ultra petita,* uma vez que fixou juros a 1% ao mês, enquanto que o pedido foi no sentido de fixá-los em 6% ao ano.

Já o apelante Sidnei Escudero Pereira, em suas razões (f. 1.310-1.329), alega que o fato de, na qualidade de advogado da autora Euzébia Ribas, ter apresentado petição em que desistiu da execução n. 108/97, ajuizada em desfavor de Osvaldo Miranda Mello e outros, que tramitou pela Vara Única da Comarca de Bela Vista, não configura nenhum ilícito civil.

Aduz que desistiu da ação executiva n. 108/97 justamente para não frustrar o acordo firmado em ação diversa, qual seja, a ação de execução de n. 234/99 ajuizada por Nero de Almeida Mello em desfavor de Osvaldo Miranda Mello e outros.

Sustenta que, ainda que não tivesse ocorrido a desistência de tal execução, a Sra. Eusébia Ribas não conseguiria receber seu crédito em razão de ter sido penhorado o imóvel, conforme comprovam as averbações à margem da matrícula 9.459 (f. 882-887).

Hortêncio Ribas apresentou contrarrazões aos apelos, aduzindo, em suma que:

Quanto ao apelo de Espólio de Nero de Almeida Mello (f. 1.393-1.399), requer seja desconsiderada a preliminar de falta de interesse de agir, arguida em fase recursal, por tratar-se de matéria preclusa, pois deveria alegá-la por ocasião da contestação.

No mérito, aduz que Nero de Almeida Mello usou de má-fé, ao extrapolar os poderes do mandato outorgado por Euzébia, causando-lhe prejuízos, que devem ser reparados; que não há como alegar ignorância, pois assinou a petição de acordo (f. 31-32) em que consta a renúncia/desistência da execução n. 108/97, a fim de possibilitar outra composição firmada em ação diversa.

Com referência ao apelo de Sidnei Escudero Pereira (f. 1382-1389), requer sejam desconsiderados os documentos juntados por ocasião de interposição do recurso de apelação, por serem preexistentes à época da prolação da sentença.

No mérito, pede a manutenção do *decisum,* alegando que o apelante Sidnei Escudero Pereira, ao desistir da execução n. 108/97, agiu com negligência, omitindo-se de colher a imprescindível anuência da titular do direito, Senhora Euzébia Ribas.

Ao final, pugna pelo improvimento dos recursos e que seja mantida na íntegra a sentença.

VOTO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (Relator)

Trata-se de recursos de apelação interpostos contra decisão que julgou procedente o pedido formulado por Hortêncio Ribas, nos autos n. 013.04.001092-1 da ação de cobrança, em trâmite pela 1ª Vara da Comarca de Jardim, para condenar solidariamente os recorrentes ao pagamento de R$ 380.896,51 (trezentos e oitenta mil, oitocentos e noventa e seis reais e cinquenta e um centavos), correspondente ao ressarcimento dos prejuízos causados a Euzébia Ribas, genitora do autor, em razão de culpa no desempenho dos mandatos.

Esclarece-se que a presente ação foi proposta, inicialmente, contra Nero de Almeida Mello e, posteriormente, procedeu-se ao aditamento da inicial (f. 172-174), vindo a figurar no polo passivo o advogado Sidnei Escudero Pereira, conforme decisão de f. 176.

Consta dos autos que o apelante Sidnei Escudero Pereira, advogado constituído pela Sra. Euzébia Ribas, mãe de Hortêncio, onde ela figurava como credora, desistiu do processo de execução n. 108/97, para que não fosse frustrado acordo em outro feito, em que o Sr. Nero de Almeida Mello era credor (f. 28).

Por primeiro, defiro o pedido de justiça gratuita formulado (f. 1.372) pelo Espólio de Nero de Almeida Mello, tendo em vista a declaração de hipossuficiência (f. 1.379), cuja benesse fica adstrita especificamente ao presente recurso de apelação.

DO RECURSO DO ESPÓLIO DE NERO DE ALMEIDA MELLO

Da preliminar de falta de interesse de agir

O apelante levanta preliminar de falta de interesse de agir, mais precisamente, o interesse-adequação.

Afirma que a via eleita pelo autor é inadequada, pois, ao invés de mover ação de cobrança, poderia simplesmente pedir a anulação da sentença que extinguiu a ação de execução n. 108/97.

Para tanto, sustenta que o ato praticado pelo advogado Sidnei é inexistente, justamente porque não tinha poderes para renunciar ao direito em se que fundava a execução.

Todavia, a preliminar não merece prosperar.

Diz-se que há interesse de agir quando está presente a necessidade ou utilidade do provimento jurisdicional pleiteado pela parte autora. Anote-se, nesse sentido, a lição de José Carlos Barbosa Moreira:

> A noção de interesse, no processo, repousa sempre, a nosso ver, no binômio utilidade + necessidade: utilidade da providência judicial pleiteada, e necessidade da via que se escolhe, para obter essa providência. (Barbosa Moreira, **Comentários ao CPC**, Forense, 1.974, vol. V, p. 235-236)

In casu, o interesse de agir do ora apelado está consubstanciado no fato de ter ele sofrido danos por desídia de seus procuradores, de forma que a medida adotada revela-se apta para obter o respectivo ressarcimento.

Assim, sendo discutida a responsabilidade civil do mandatário, faz-se necessária a intervenção do Poder Judiciário, não podendo se falar em falta de interesse de agir, razão pela qual a preliminar deve ser repelida.

Do mérito

Primeiramente, é desarrazoada a alegação de que Nero de Almeida Mello não tenha extrapolado os limites do mandato que lhe foi outorgado por Euzébia Ribas, sob o argumento de que teria recebido amplos poderes de representação para gerir os negócios da mandante, inclusive o de abrir mão do crédito da execução n. 108/97.

É certo que o mandatário, ao representar os interesses do mandante, tem o dever de agir com zelo e diligência. Deste modo, em caso de má representação, a responsabilidade civil deve ser dirigida ao mandatário.

É o que dispõe o artigo 667 do Código Civil, *in verbis*:

> Art. 667**.** O mandatário é obrigado a aplicar toda sua diligência habitual na execução do mandato, e a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua ou daquele a quem substabelecer, sem autorização, poderes que devia exercer pessoalmente.

In casu, o apelante Nero de Almeida Mello, procurador de Euzébia Ribas, mãe do apelado Hortêncio, com amplos poderes para gerir seus negócios (procuração de f. 25), no intuito de obter a realização de um acordo, nos autos n. 234/99 em que figurava como parte autora o ora apelante (f. 35), sem motivo plausível, resolveu abrir mão do crédito que Euzébia possuía no processo de execução para entrega de coisa incerta, autos n. 108/97 (f. 28-29).

É indiscutível que Nero de Almeida Mello agiu conscientemente, tanto é que lançou sua assinatura, na qualidade de procurador de Euzébia, no acordo realizado nos autos n. 109/2001 (f. 31-32), onde as partes fizeram menção à execução de n. 108/97, não podendo, agora, vir a alegar ignorância ao acordo celebrado envolvendo o crédito de Euzébia.

Além do mais, o apelante Nero de Almeida Mello confessa (f. 112) que recebeu duas áreas de terras, uma medindo 1.097 hectares, por meio de adjudicação e a outra com 1.192 hectares, recebida em dação em pagamento, fato confirmado pelo advogado Sidnei Escudero (f. 732), o que demonstra que o apelante se beneficiou com a desistência da Execução n. 108/97.

O juiz singular, corretamente alinhou em seu *decisum* (f. 1.300):

> Com efeito, os elementos de prova coligidos aos autos comprovam que EUZÉBIA RIBAS possuía execução aparelhada em face de JURANDI FESTI FILHO e sua esposa YONE TEREZINHA MELO FESTI, tendo como co-executados OSVALDO MIRANDA MELLO e sua esposa LEDA CRISTINA NUNES DE MELLO, distribuída sob n. 108/97, na Comarca de Bela Vista/MS.
>
> Na referida execução foi procedida a citação dos devedores e penhorada uma área rural de 804,7656 hectares da Fazenda Barranco, dentro de uma área maior de 17.904,7656 hectares (f. 40), sendo que os requeridos NERO DE ALMEIDA MELLO e SIDNEI ESCUDERO PEREIRA postularam a desistência de tal execução, com fito de assegurar a realização de um acordo entre NERO DE ALMEIDA MELLO e os mesmos devedores, com fito de receber créditos do próprio NERO.
>
> A desistência da execução foi subscrita pelo advogado SIDNEI ESCUDERO, consoante se vê da petição de f. 28-29, fazendo referência expressa de que a desistência visava facilitar o recebimento dos créditos de NERO DE ALMEIDA MELLO, afirmando que assim agia **"de livre e espontânea vontade, para não frustrar o acordo dos autos n. 234/99, resolveu abrir mão do crédito destes autos de n. 108/97"**.

> **No curso do feito restou provado que a desistência da execução efetivamente foi requerida para facilitar o recebimento dos créditos de NERO DE ALMEIDA MELLO[...]**

Ademais, a alegação do apelante Nero de Almeida Mello (espólio) de que a culpa foi exclusivamente do advogado Sidnei Escudero Pereira, ao pedir a extinção da execução n. 108/97, não procede, já que o ora recorrente agiu com culpa, pois detinha amplos poderes para gerir os negócios da Sra. Euzébia e estava ciente daquele pedido de desistência, contudo, contra ele não se insurgiu.

Com efeito, se o recorrente era responsável pela administração do patrimônio da Sra. Euzébia, deveria agir com zelo e diligência na representação dos direitos da outorgante, o que não fez, causando prejuízos à parte apelada, razão pela qual deve indenizá-la.

Por fim, a questão de aplicação de juros é matéria de ordem pública, o que implica dizer que o pedido da parte não vincula o juiz, no que a sua fixação pode ser feita de acordo com a cognição do magistrado. Portanto, a fixação de juros no importe de 1% (um por cento) ao mês, enquanto o pleito é de apenas 6%, não tem o condão de tornar a sentença *ultra petita*.

DO RECURSO DE SIDNEI ESCUDERO PEREIRA

Da juntada de documentos em fase recursal

Por primeiro, o apelante instrui seu recurso com os documentos de f. 1330-1365, representados por acórdão proferido, nos autos de embargos de terceiro, pelo Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região, um andamento processual tirado dos autos da ação de reconhecimento de união estável n. 013.05.003246-4, em trâmite na Comarca de Jardim, além de diversas certidões imobiliárias, sob o argumento de que não teve acesso, anteriormente, e que a sua análise não acarretaria prejuízos à parte contrária.

Observa-se que o acórdão é datado de 22 de novembro de 2006 e a ação de reconhecimento de união estável foi distribuída no ano de 2005, enquanto que a sentença guerreada foi proferida no dia 30 de outubro de 2008. Portanto, é indiscutível que, ao apelante, era possível instruir estes autos com tais documentos, a fim de possibilitar ao juízo singular a sua apreciação, com a garantia do contraditório.

No entanto, o apelante só trouxe os documentos aos autos em sede de recurso, em afronta ao contraditório e à ampla defesa. A sua análise, agora, implicaria quebra do princípio da paridade de tratamento, motivo pelo qual não os levo em consideração.

Nesse sentido, é o posicionamento desta corte. Veja-se:

> APELAÇÕES CÍVEIS – EMBARGOS DE RETENÇÃO POR BENFEITORIAS – CONSTRUÇÃO FEITA EM TERRENO QUE FOI ALIENADO – AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE A CONSTRUÇÃO FOI, CIENTEMENTE, FEITA APÓS A ALIENAÇÃO E, POIS, DA MÁ-FÉ DA EMBARGANTE – INDENIZAÇÃO DEVIDA – DOCUMENTO NOVO JUNTADO EM FASE RECURSAL SEM JUSTIFICATIVA PARA A FALTA DE APRESENTAÇÃO OPORTUNA – DOCUMENTO DESCONSIDERADO – VALOR DA EDIFICAÇÃO PROVADO E NÃO IMPUGNADO ESPECIFICAMENTE – VALOR DA INDENIZAÇÃO QUE PERSISTE – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – INTERESSE DE RECORRER DA PARTE VENCEDORA, POIS, NO PONTO, NÃO OBTEVE TUDO O QUE QUERIA – LIGITIMIDADE DA PARTE PARA RECORRER DA VERBA HONORÁRIA – CAUSA COM CONTEÚDO CONDENATÓRIO, DE MODO QUE A VERBA DEVE SER ESTABELECIDA EM PERCENTUAL SOBRE A CONDENAÇÃO – RECURSO DO EMBARGADO A QUE SE NEGA PROVIMENTO E PROVIDO O DA EMBARGANTE (AC n 2005.004562-1, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Jorge Eustácio da Silva Frias, julgado em 7.3.2006).

Assim sendo, considerando que *"o documento novo só pode ser juntado em apelação se a parte alegar e provar força maior impeditiva desta juntada"* (JTA 1187/226), desconsidera-se os documentos juntados às f. 1.330-1.365, em sede de apelação.

Do mérito

A responsabilidade civil imputada ao apelante Sidnei Escudero Pereira decorre do fato de que, segundo o apelado, teria ele, na qualidade de advogado, desistido do processo de execução de n. 108/97, em trâmite na Comarca de Bela Vista, abrindo mão do crédito da Sra. Euzébia Ribas, genitora do recorrido, para que não fosse frustrado acordo nos autos n. 234/99, em trâmite na mesma comarca, onde figurava como credor o Sr. Nero de Almeida Mello.

A responsabilização do advogado pelos atos praticados no exercício de sua atividade profissional exige a prova de que agiu com dolo ou com culpa no exercício da profissão. É o que estabelece o artigo 32, da Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994, que instituiu o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, *in verbis:*

> **Art. 32.** O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.

Portanto, a questão a ser analisada, no presente caso, é se há existência de culpa, por parte do apelante Sidnei Escudero Pereira, no desempenho profissional de seu mandato.

Consta da procuração (f. 23) outorgada ao advogado Ronaldo Carneiro Mascarenhas, que a Sra. Euzébia conferiu *"amplos poderes para o Fôro em geral, com Cláusula* ***ad judicia*** *em qualquer Juízo, Instância ou Tribunal, podendo propor contra que de direito as ações competentes e defenderem nas contrárias, seguindo umas e outras até final decisão, usando os recursos legais e acompanhando-os,* ***conferindo-lhes, ainda, poderes especiais para confessar, desistir, transigir, firmar compromissos ou acordos, receberem e dar quitação, agindo em conjunto ou separadamente, podendo substabelecer esta a outrem****, com ou sem reservas de iguais poderes, dando tudo por bom, firme e valioso".*

Posteriormente, o advogado Ronaldo Carneiro Mascarenhas substabeleceu os poderes conferidos por Euzébia ao advogado, ora apelante, Sidnei Escudero Pereira (f. 24).

Portanto, o apelante, ao desistir da demanda, agiu dentro dos poderes que lhe foram conferidos.

Ademais, conforme consta dos autos, o Sr. Nero e a Sra. Euzébia conviviam juntos há mais de 30 (trinta) anos, sendo ele quem administrava os bens do casal, em razão de ser ela analfabeta (*vide* procurações assinadas a rogo f. 23 e 25). A propósito, Nero possuía procuração por instrumento público que lhe conferia amplos e ilimitados poderes para representar Euzébia, *in verbis*:

> EUZÉBIA RIBAS, brasileira, solteira, maior, capaz, do lar, residente e domiciliada à Rua Maracaju, n. 607, Vila Angélica, nesta cidade de Jardim-MS, portadora da Cédula de Identidade RG número 308815 SSP-MS, expedida em 10.7.1984 e inscrita no CPF sob o número 062.084.951-72; reconhecida como a própria de mim Tabelião pelas duas Testemunhas no final assinadas, minhas conhecidas dou fé; perante as quais por ela fica dito que, poe este Público Instrumento nomeia e constitui seu bastante procurador o SR. NERO DE ALMEIDA MELLO, brasileiro, casado, pecuarista, residente e domiciliado à Rua Maracaju, n. 706, Vila Angélica, nesta cidade de Jardim-MS, portador da Cédula de Identidade RG número 308.427 SSP-MS, expedida em 9.7.1984 e inscrito no CPF sob o número 006.504.041-49, **a quem confere os mais amplos, gerais e ilimitados poderes para o fim especial de gerir e administrar todos os bens da outorgante**, de qualquer natureza; movimentar contas bancárias em qualquer Banco onde esta for representada, assinar, emitir e endossar cheques; fazer depósitos, verificar saldos em conta corrente, sacar e retirar importâncias, prestar declarações, apresentar documentos,

> assinar recibos, dar quitação, firmar compromissos, representá-la perante qualquer repartição pública onde esta for apresentada, assinar requerimentos, concordar, discordar, enfim, praticar todos os demais atos e poderes que se fizerem necessários ao fiel e cabal cumprimento do presente mandato, o que tudo dará por bom, firme e valioso. E, de como assim o disse, lavrei a presente procuração que sendo lhe lida em voz alta, aceitou, outorgou e assina a rogo da outorgante por ser analfabeta o Sr. Daniel Ribas [...]. (f. 25)

As provas testemunhais corroboram esse fato. *In verbis*:

> [...] que Nero e Euzébia viviam como marido e mulher (Valdir Fernandes, f. 744)

> [...] que o requerido Nero sempre cuidou dos negócios de Euzébia; que Nero e Euzébia eram companheiros, sendo que conviviam como marido e mulher.] (Lourenço Bogado, f. 737)

> [...] que o requerido Nero atuava no caso como procurador de Euzébia; que Euzébia nunca participou das negociações e provavelmente nem sabia dos negócios. (Heron dos Santos Filho, f. 741-743)

A própria Sra. Euzébia, antes de falecer, prestou depoimento na demanda que objetivou sua interdição, aduzindo que morava "com seu esposo Nereu" (f. 50). Ademais, neste processo de interdição (n. 013.02.002067-0), o advogado nomeado curador, Dr. Joelson Martinez Peixoto, asseverou que *"a requerida e seu consorte (casados no religioso e que com ela convive à mais de 40 anos)*" (f. 52) e que *"a administração dos bens da requerida é atribuição de seu companheiro Nero de Almeida Melo, que com ela convive até esta data."*(f. 54).

Com efeito, é de se concluir que Nero e Euzébia conviviam em sociedade de fato e que o apelante Sidnei, na qualidade de advogado, representava os interesses do casal.

In casu, o apelante, no exercício profissional da advocacia, moveu ações para receber créditos de seus clientes, tendo o processo de execução de Euzébia perdurado por mais de 5 (cinco) anos, onde foi realizado o referido acordo.

Pelo que se extrai dos autos, o crédito da Sra. Euzébia não possuía qualquer garantia de recebimento, tendo eu vista que o imóvel penhorado já tinha hipotecas de outros credores (certidão de f. 666-670), além de recair sobre ele registros de penhoras e de ação de petição de herança formulada por pretensa herdeira.

O magistrado, Dr. Alexandre Antunes da Silva, que conduziu os processos e que homologou o acordo, em seu depoimento, assevera:

> O depoente se recorda que quando Juiz da Comarca de Bela Vista existia um cidadão que passou a individar-se e celebrar contrato de arrendamento de gado para garantia dos débitos. Em função disto ele foi estabelecendo hipotecas várias sobre os imóveis rurais que possuía e no final apurou-se que os imóveis não tinham valores suficientes para cobrir todos os seus débitos. Na época o depoente determinou que fosse lavrada certidão em todos os processos movidos contra aquela pessoa para se confirmar **que realmente as terras não eram suficientes para a cobertura das hipotecas**. **As hipotecas eram celebradas fazendo referências á todo o imóvel ou de parte sem referência específica da terra dada em garantia de sorte que a pessoa ao arrematar parte do bem penhorado através da hipoteca não sabia qual era o seu quinhão em toda a área, fazendo necessária uma ação de divisão posteriormente. Ao que se recorda a única hipoteca que possuía área definida era aquela estabelecida em favor do Requerido Nero. O executado emitente das hipotecas contratava advogados com a finalidade de usar todos os possíveis obstáculos para evitar o andamento das execuções contra a sua pessoa inclusive ensejando o decreto de prisão civil contra a sua pessoa como depositário infiel. Certa oportunidade o Requerido Nero procurou o depoente, acompanhado de um parente e declarou que estava desesperado pois estava**

> **muito doente e não conseguia receber qualquer valor do seu crédito executado.** Na época entrou em vigor o estatuto do idoso e em obediência a ele o depoente deu preferência aos processos do requerido Nero fazendo o possível para ver se ele recebia alguma coisa, porém isto não foi possível. **Em razão da situação de saúde tanto do Requerido Nero como da sua companheira Euzébia é que se estabeleceu um acordo de Nero para com o Executado o qual foi celebrado por instrumento público lavrado em cartório e fora do recinto do forum até porque o Executado não poderia comparecer naquele local pois tinha prisão decretada contra sua pessoa**. Na época em que foi celebrado o acordo o Requerido Nero estava com perfeitas condições mentais, apesar de seu desespero para conseguir algum dinheiro para sobrevivência. Esta situação de dificuldade financeira era trazida para o depoente pelo próprio Nero. Os acordos estavam formalmente perfeitos com as partes todas representadas por advogados e só coube ao depoente a sua homologação. [...] **Recorda-se que durante a tramitação dos processos surgiu uma pretensa herdeira do Executado que pretendia parte dos imóveis que estavam hipotecados**. **Recorda-se também que as propriedades do Executado foram arrendadas para terceiros cujos contratos vieram para o processo e houve penhora sobre seus direitos cujas pessoas também tentaram dificultar o andamento das execuções, inclusive havendo decreto de prisão contra elas.** (f. 801-802)

No mesmo sentido, o advogado Heron dos Santos Filho, que representava os interesses dos executados, declarou em seu depoimento:

> **o depoente é advogado e representava os interesses de Osvaldo e Fermina de Melo em execuções propostas pelo requerido Nero e também por Euzébia Ribas**; que Nero possuía duas execuções em face de Osvaldo e Firmina, sendo que o crédito referente a um processo era garantido por hipoteca; que o crédito de Euzébia não era garantido por hipoteca; que havia um outro credor que também possuía garantia hipotecária sobre a mesma área hipotecada em favor de Nero; **que na execução proposta por Euzébia foi penhorada uma área, pelo que se recorda de 800 hectares, da fazenda Barranca, sendo que tal fazenda era quase toda hipotecada a outras pessoas, sendo que a área remanescente havia sido reservada para uma ação de investigação de paternidade com petição de herança**; em uma das execuções propostas por Nero foi arrematada uma área de mil e poucos hectares; **em relação a mesma execução o depoente teve êxito em ação de embargos excluindo partes das rendas**; que Nero propôs uma ação própria para receber tais valores; que os clientes do depoente queriam fazer uma acordo para quitar todos os débitos, inclusive os de Euzébia Ribas; foi celebrado um acordo onde foram entregues uma outra área de mais de mil hectares para Nero e uma outra área de mais de mil hectares para outro credor hipotecário; que foi celebrada uma escritura de dação em pagamento na cidade de Bela Vista, sendo que o depoente não se recorda se houve referência ao crédito de Euzébia no referido instrumento; que se tratava de uma dação em pagamento condicional, que se concretizaria com a desistência das ações contra Osvaldo e Fermina, inclusive a execução proposta por Euzébia; que as petições de desistência foram assinadas no cartório onde foi lavrada a escritura; que Euzébia não estava presente a este fato; que se encontravam no cartório o depoente, Valdir (motorista de Nero), Nero, o credor hipotecário Elias Barbosa e sua advogada Vilma, o tabelião Avelino e o requerido Sidnei Escudero; que a petição juntada às f. 636-637 foi assinada por ocasião da dação em pagamento; que não sabe esclarecer porque a petição de f. 28-29 não foi assinada pelas partes; pelo que se recorda o depoente teria pedido ao advogado Sidnei que elaborasse uma outra petição e pegasse assinatura dos outros interessados. [...] **Na época havia risco de propositura de ação de insolvência em face de Osvaldo Miranda de Melo, sendo que o acordo também foi realizado para evitar que o requerido Nero deixasse de receber seus créditos, mesmo porque é tio de Osvaldo; que Osvaldo se dispôs a fazer acordo com Nero porque o advogado Sidnei estava fazendo levantamento sobre o seu patrimônio e 'lhe apertando' para receber o crédito**; que Daniel Ribas acompanhou as negociações realizadas pelo requerido Nero; **que o valor foi recebido em virtude do**

> **empenho do advogado Sidnei; que tem conhecimento que o advogado pediu a prisão civil de Osvaldo Melo e Ivo Carbonera, inclusive a prisão de Osvaldo chegou a ser decretada** [...] na época que foi celebrada a dação em pagamento foi demonstrado para o Sr. Nero que não havia possibilidade de receber o crédito de Euzébia, isso porque a mesma não possuía garantia hipotecária; **que a desistência da execução proposta por Euzébia foi fixada como condição para a realização do acordo**; (f. 741-743)

De igual modo, o advogado Marcos Antônio Loureiro Palmieri, ao ser ouvido em juízo, asseverou:

> Que, em relação aos fatos narrados na inicial, pode dizer que por volta do ano de 2002, autuava na defesa dos interesses de Ivo Carbonera, no qual arrendava uma área de Oswaldo Miranda de Mello; que Ivo Carbonera assinou um auto de penhora com a intenção de pagar este arrendamento, tendo em vista que o fato de Dona Euzébia ter executado a pessoa de Osvaldo Miranda de Mello e Jurandir Festi Flho, penhorando o seu crédito; que a pessoa do advogado Dr. Sidnei Escudero representava a Sra. Euzébia nestas ações, no qual tinha a pessoa de Nero de Almeida Nero como procurador; que Ivo Carbonera ficou com a responsabilidade de efetuar o pagamento dos arrendamentos em juízo, sendo que em determinada época, deixou de cumprir esta determinação, tendo sido penalizado com a decretação de sua prisão; [...] que Ivo Carbonera chegou a ingressar com vários recursos para se ver livre da demanda judicial, podendo dizer que só de agravos foram interpostos dois recursos, além de habeas corpus e apelação[...] (f. 811-812)

Pelo que se observa, o apelante utilizou-se de medidas judiciais com o objetivo de receber o crédito, valendo-se do pedido de prisão civil dos executados (f. 257), que foi acolhido pelo magistrado (f. 266-267).

Rui Stoco, ao tratar sobre responsabilidade civil do advogado, assevera:

> Mas a questão relativa à responsabilidade civil do advogado, como autêntico operador do Direito, não se traduz em seara de suave colheita, nem encontra equacionamento harmonioso na doutrina e na jurisprudência de nossos pretórios.
>
> É, em verdade, um prestador de serviços. Mas um prestador especial, peculiar e indispensável, que se diferencia de todos os outros em razão da atividade que exerce e da álea que a envolve e determina.
>
> [...]
>
> Note-se que a legislação civil codificada sempre teve atuação secundária no que pertine à responsabilidade do advogado. O Código Civil de 1916 trouxe disposição fazendo referência específica aos médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas (art. 1.545), mas não incluiu os profissionais do Direito quando inscritos na OAB e atuando como representantes das partes em juízo.
>
> O art. 951 do CC/2002, por sua vez, afirma que: 'O disposto nos art. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho'.
>
> Como se verifica, refere-se, desenganadamente, apenas aos profissionais da área médica, farmacêutica e aos dentistas, ao usar a expressão **paciente**, que os identifica e delimita, deixando fora os advogados e outros profissionais liberais.
>
> Os legisladores – tanto aquele que redigiu o Código do Consumidor em 1990, quanto este que elaborou o atual Código Civil de 2002 – mostraram-se extremamente sábios e agiram com acendrado acerto e correção, deixando esses profissionais sob a égide e regência da lei

especial própria, ou seja, o art. 32 do Estatuto da Advocacia (Lei n. 8.906, de 4.7.1994), tal como já o haviam feito com relação aos juízes (art. 133 do CPC e 49 da LOMAN) e membros do Ministério Público (art. 85 do CPC), cujas obrigações ficaram estabelecidas no Código de Processo Civil e na Lei Orgânica da Magistratura Nacional, todos assumindo responsabilidade por seus atos, ou seja, adotando-se a culpa como fonte da responsabilidade.

E assim deve ser, pois os juízes e membros do Ministério Público são partes integrantes fundamentais do processo judicial, enquanto os advogados, por força do art. 133 da Carta Magna, são essenciais à administração da Justiça, de modo que nada justifica que, em face deles, se possa cogitar de responsabilidade objetiva, de presunção de culpa ou inversão do ônus da prova. (Tratado de responsabilidade Civil. 7. ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 497)

Desse modo, pelas fartas provas encontradas nos autos, tem-se que o apelante empenhou-se no patrocínio das demandas, não tendo agido com desídia, pois formalizou o acordo visando o benefício do casal, pelo que não há falar em culpa do apelante Sidnei no desempenho profissional, razão pela qual a sentença não subsiste, neste ponto.

A propósito, este Tribunal já se manifestou sobre o tema:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRELIMINAR DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ – SENTENÇA PROFERIDA POR JUIZ SUBSTITUTO – CONVOCAÇÃO DO TITULAR – AFASTADA – INTELIGÊNCIA DO ART. 132 DO CPC – MÉRITO – **RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO – DESÍDIA PROFISSIONAL NÃO CARACTERIZADA – NÃO DEMONSTRAÇÃO DE QUALQUER DOS REQUISITOS INERENTES À RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA** – ÔNUS DA PROVA DOS AUTORES – ART. 333, I, DO CPC – INOVAÇÃO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO EM PARTE – NA PARTE CONHECIDA IMPROVIDO.

A nova redação dada ao art. 132 do CPC, pela Lei n. 8.637/93, alterou substancialmente o texto primitivo, dando ênfase aos princípios da economia e celeridade processual, atendendo melhor à estrutura e dinâmica processual do órgão judicante. A sentença exarada por juiz que estava em regime de substituição, por motivo de convocação da juíza titular da vara, não viola o princípio da identidade física do juiz, mormente quando ausente a necessidade de reprodução da prova produzida.

Para a configuração da responsabilidade civil subjetiva do advogado é imprescindível que haja comprovação nos autos acerca do fato lesivo voluntário causado, por ação ou omissão, negligência, imperícia ou imprudência e nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do referido agente. Sem essa comprovação, não se há falar em reparação por danos morais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, conhecer parcialmente do recurso e, nesta extensão, negar-lhe provimento, nos termos do voto do relator. (TJMS, AC n. 2007.027781-5, Campo Grande, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, julgado em 19.11.2009).

Ante o exposto, conheço de ambos os recursos. **Nego provimento** ao interposto pelo espólio de Nero de Almeida Mello. **Dou provimento** ao apelo de Sidnei Escudero Pereira para reformar o *decisum* recorrido.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DO ESPÓLIO DE NERO DE ALMEIDA MELLO E DERAM PROVIMENTO AO DE SIDNEI ESCUDERO PEREIRA.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Hildebrando Coelho Neto, Tânia Garcia de Freitas Borges e Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 13 de julho de 2010.

***

Apelação Cível n. 2007.024656-6 - Brasilândia
Primeira Turma Cível
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – EMBARGOS DE TERCEIRO – MEAÇÃO DE IMÓVEL DADO EM HIPOTECA – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA – REJEITADA – PROCURAÇÃO OUTORGADA PELO CÔNJUGE SEM PODERES ESPECÍFICOS PARA HIPOTECAR – INVALIDADE DA GARANTIA – RECURSOS NÃO OBTIDOS EM PROVEITO FAMILIAR – COMPROVAÇÃO DE PARTE – NULIDADE DA HIPOTECA – INOCORRÊNCIA – AVAL – DESNECESSIDADE DA OUTORGA UXÓRIA – RECURSOS IMPROVIDOS.

Legítimo é o julgamento antecipado da lide se as provas colhidas nos autos e as alegações trazidas pelas partes são suficientes para a instrução do processo e para a formação do convencimento motivado do juízo a respeito da matéria, sendo desnecessária a produção de provas em audiência.

O mandato outorgado sem poderes específicos e expressos para hipotecar não autoriza o mandatário a prestar hipoteca em nome do mandante.

O cônjuge que opõe embargos de terceiro e prova que os recursos advindos de financiamentos não beneficiaram sua família tem a meação preservada quanto ao imóvel dado em garantia hipotecária, que foi prestada de maneira isolada pelo outro cônjuge.

O fato de a embargante não ter autorizado o seu marido a realizar a hipoteca não induz à conclusão de que a referida garantia real é nula, porque o aval prestado por ele, em nome próprio, não necessitava, de acordo com o Código Civil de 1916, da outorga uxória para que fosse considerado válido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 30 de junho de 2010.

Des. João Maria Lós – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós

Banco do Brasil S.A. interpõe recurso de apelação cível contra a sentença, proferida nos autos dos embargos de terceiro que lhe move Ivoni Terezinha Schutz, que julgou parcialmente procedente o pedido inicial, para declarar preservada a meação da embargante sobre o imóvel de matrícula n. 1.727 e, consequentemente, tornar sem efeito a penhora e a arrematação quanto às Cédulas Rurais Pignoratícias e Hipotecárias de n. 93/00291-2, n. 94/00049-2 e n. 94/00404-8.

Alega, em preliminar, a nulidade da sentença, visto que, diante do julgamento antecipado da lide, foi tolhido o seu direito de provar que, independentemente da hipoteca, a unidade familiar se beneficiou dos créditos concedidos, mesmo que parte deles tenha sido aplicado em propriedade de terceiro. Aduz, ainda, que pertence à apelada o ônus de provar que não houve o benefício familiar resultante dos créditos consignados nas cédulas.

No mérito, sustenta que a procuração outorgada pela apelada ao marido desta, Valter Carlos Schutz, conferiu a este poderes para contrair financiamentos de natureza agrícola junto ao apelante, circunstância que implica autorização para constituir hipoteca, tanto que o mesmo juízo reconheceu, na ação declaratória n. 030.05.001764-0, que os poderes da procuração autorizam onerar com o gravame hipotecário a propriedade como um todo.

Requer o recebimento e o provimento do recurso, para anular a sentença, ou, subsidiariamente, para reconhecer que pertence à apelada o ônus de provar que não houve o benefício familiar resultante dos créditos consignados nas cédulas, bem como para reconhecer que os poderes da procuração permitiam o gravame hipotecário sobre a meação da recorrida. Por fim, prequestiona as matérias discutidas.

Nas contrarrazões, a apelada pugna pela negativa de provimento do recurso do embargado, a fim de que seja mantida a sentença.

Ivoni Terezinha Schutz também interpõe recurso de apelação cível contra a mencionada sentença, argumentando, em síntese, que: a) apesar de ter oposto embargos de declaração, os quais foram rejeitados, a sentença é omissa, haja vista que não analisou o seu pedido de nulidade da hipoteca feito na petição que emendou e aditou a peça inicial; b) as disposições do art. 1.295 do CC de 1916, atualmente em vigor pelo art. 661 do CC, previam a necessidade, no caso de hipoteca, de instrumento de procuração com poderes especiais e expressos nesse sentido, sendo que, no presente caso, em momento algum, consta na procuração que outorgou ao seu marido poderes específicos para gravar o imóvel de sua propriedade em hipoteca; c) se o ato de constituição da hipoteca se deu sem o consentimento da proprietária do imóvel, nula é a hipoteca; d) deve ser levantada a penhora sobre a sua meação em relação à dívida oriunda da Cédula Rural Pignoratícia e Hipotecária de n. 94/00405-6, visto que, embora os recursos tenham sido utilizados por seu filho, Carlos Alberto Schutz, não foi beneficiada nem sua família, pois não tiveram participação no empreendimento, tendo apenas cedido a terra ao seu filho para que este pudesse ali produzir.

Requer o conhecimento e o provimento do recurso, com vistas à reforma de parte da sentença, para reconhecer a nulidade da hipoteca gravada sobre o imóvel de matrícula n. 1.727, como garantia das Cédulas Rurais Pignoratícias e Hipotecárias de n. 94/00049-2, 93/00291-2, 94/00405-6, 94/00404-8, ou, subsidiariamente, para excluir da penhora a sua meação em relação à Cédula Rural Pignoratícia e Hipotecária de n. 94/00405-6.

Ao final, prequestiona os artigos 1.046, § 3º, 1.049 e 1.052, todos do Código de Processo Civil, e 166, IV, 661, § 1º, 1.420, § 2º, 1.647, I, todos do Código Civil.

Em contrarrazões, o apelado pede que o recurso da embargante seja improvido, para que seja mantida incólume a sentença.

VOTO (EM 1º.6.2010)

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator)

Colhe-se dos autos que Ivoni Terezinha Schutz opôs estes embargos de terceiro contra o Banco do Brasil S.A., referente à ação de execução por quantia certa[1] movida pelo embargado contra Carlos Alberto Schutz

1 Processo n. 030.98.000004-1.

(filho da embargante) e Espólio de Valdir Carlos Schutz (falecido marido da embargante), sob as alegações de que: a) sempre foi dona de casa e possui grau mínimo de escolaridade; b) é viúva do executado Valdir, com quem foi casada pelo regime de comunhão universal de bens e a quem delegou, por meio de mandato, todos os atos referentes aos negócios do casal; c) seu marido não lhe prestava contas dos negócios, sempre ligados à atividade agropecuária; d) os contratos garantidos por hipoteca exigem procurador com poderes expressos, sendo que o mandato outorgado a seu marido não continha tais poderes; e) mesmo assim, seu marido contraiu obrigação hipotecária, onerando o imóvel sob matrícula n. 1.727 de propriedade do casal, que é objeto de penhora e arrematação na mencionada execução; g) é nulo o gravame sobre o mencionado imóvel e impenhorável a sua meação; h) a sua entidade familiar não se beneficiou dos empréstimos (Cédulas Rurais Pignoratícias e Hipotecárias 94/00049-2, 93/00291-2, 94/00405-6 e 94/00404-8) tomados por seu filho, Carlos Alberto Schutz, o qual teria utilizado o numerário em proveito próprio.

Em razão disso, requereu a exclusão de sua meação da penhora e o reconhecimento da nulidade da hipoteca gravada sobre o imóvel de matrícula n. 1.727, como garantia das Cédulas Rurais Pignoratícias e Hipotecárias de n. 94/00049-2, 93/00291-2, 94/00405-6, 94/00404-8.

Julgando antecipadamente a lide, a magistrada *a quo* decidiu pela parcial procedência dos pedidos iniciais, para declarar preservada a meação da embargante sobre o imóvel de matrícula n. 1.727 e, consequentemente, tornar sem efeito a penhora e a arrematação quanto às Cédulas Rurais Pignoratícias e Hipotecárias de n. 93/00291-2, n. 94/00049-2 e n. 94/00404-8, decisão ora combatida pelas partes.

Considerando que as matérias aduzidas pelas partes se entrelaçam, analiso em conjunto os recursos.

Preliminar.

O embargado/apelante suscita preliminar de nulidade da sentença, sob a alegação de que, diante do julgamento antecipado da lide, foi tolhido o seu direito de provar que, independentemente da hipoteca, a unidade familiar se beneficiou dos créditos concedidos, mesmo que parte deles tenha sido aplicado em propriedade de terceiro. Aduziu, ainda, que pertence à apelada o ônus de provar que não houve o benefício familiar resultante dos créditos consignados nas cédulas.

Sem razão o banco/recorrente.

Primeiro, porque, como o próprio embargado/apelante argumentou, cabe à embargante provar que os recursos adquiridos com os financiamentos não foram revertidos em proveito familiar. Logo, se a embargante não conseguir fazer essa prova, sofrerá às consequências decorrentes dessa falta, qual seja, a improcedência dos pedidos dos embargos.

Segundo, porque as provas colhidas nos autos e as alegações trazidas pelas partes são suficientes para a instrução do processo e para a formação do convencimento motivado do juízo a respeito da matéria, sendo desnecessária a produção de provas em audiência, circunstâncias que impõem ao magistrado julgar antecipadamente a lide, conforme o seguinte julgado do STJ:

> 3. Quanto à necessidade da produção de provas, o juiz tem o poder-dever de julgar a lide antecipadamente, desprezando a realização de audiência para a produção de provas ao constatar que o acervo documental é suficiente para nortear e instruir seu entendimento. É do seu livre convencimento o deferimento de pedido para a produção de quaisquer provas que entender pertinentes ao julgamento da lide.
>
> 4. Nos termos da reiterada jurisprudência do STJ, 'a tutela jurisdicional deve ser prestada de modo a conter todos os elementos que possibilitem a compreensão da controvérsia, bem como as razões determinantes de decisão, como limites ao livre convencimento do juiz,

> que deve formá-lo com base em qualquer dos meios de prova admitidos em direito material, hipótese em que não há que se falar em cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide' e que 'o magistrado tem o poder-dever de julgar antecipadamente a lide, desprezando a realização de audiência para a produção de prova testemunhal, ao constatar que o acervo documental acostado aos autos possui suficiente força probante para nortear e instruir seu entendimento' (REsp n. 102303/PE, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 17.5.1999) [...] (AgRg no Ag n. 939737/MG, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 3.4.2008, p. 1).

Desta feita, rejeito a preliminar.

Mérito.

Inicialmente, vale observar que após um longo período de debates legislativos sobre a Reforma do Judiciário, introduziu-se no cenário constitucional a EC n. 45/2004, que ensejou a implantação de mudanças e adaptações nos ritos processuais, buscando tornar mais célere e eficiente a prestação jurisdicional. A instituição das súmulas vinculantes, dos processos de repercussão geral e a promulgação de lei para os casos de recursos em causas repetitivas marcaram o processo de mudança com o objetivo de restabelecer a normalidade na tramitação de processos judiciais, tudo com o fito de consolidar primado constitucional da razoável duração do processo (CF/88, artigo 5º, LXXVIII).

Nesse contexto, não se mostra contrário ao texto do art. 93, IX, do texto constitucional, a utilização dos fundamentos da sentença *"como suporte do acórdão que a confirme"*, nos termos da remansosa jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do que foi decidido quando do julgamento do AgRg no Ag n. 517299/MT, de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros, julgado em 9.5.2006 e publicado no DJ de 29.5.2006, p. 230.

Desse modo, depois de compulsar detidamente os autos, cheguei à conclusão de que a sentença merece ser mantida, uma vez que a juíza de primeira instância bem analisou as provas e, com propriedade, aplicou o direito à espécie, motivo pelo qual, e, para não incorrer em tautologia, utilizo os fundamentos expostos na decisão como forma de decidir:

> Estes embargos foram interpostos contra a penhora e arrematação do imóvel sob matrícula n. 1.727, em relação à meação da embargante, nos autos n. 030.984-1.
>
> Observa-se que os citados autos envolvem a ação de execução por quantia certa (n. 030.98.4-1) movida pelo embargado contra Carlos Alberto Schutz (filho da requerente), Valdir Carlos Schutz (falecido marido da requerente) e contra a própria embargante, sendo estes dois últimos na condição de avalistas e intervenientes hipotecantes e anuentes.
>
> De fato, nos citados autos de execução observa-se que o embargado concedeu financiamento (Cédula Rural Pignoratícia e Hipotecária n. 93/00291-2, 94/0049-2, 94/00405-6, 94/404-8) ao Sr. Carlos Alberto Schutz, cujo avalista foi o Sr. Valdir Carlos Schutz (f. 16-73 dos autos de execução n. 030.98.4-1) que ofereceu o imóvel rural Fazenda Paraná II, matrícula 1.727, em garantia hipotecária.
>
> Frisa-se que a Fazenda Paraná II foi penhorada e arrematada pelo embargado nos autos de execução n. 030.98.4-1.
>
> Nota-se que em 10.9.1993 a requerente outorgou mandato ao seu falecido marido com poderes, dentre outros, para assinar escrituras de qualquer natureza, assinar o que preciso for, conceder todos os poderes necessários, inclusive a assinatura de contratos bancários e fazer financiamentos agrícolas (f. 415).
>
> Realmente observa-se que o mandato foi conferido de maneira ampla, mas o fato é que o art. 661 do Código Civil exige no instrumento de procuração poderes especiais para hipotecar (mesmo texto do art. 1295 do CC/1916).

[...]

Dessa feita, é necessário constar no instrumento de mandato, mesmo que sem a especificação expressa ao negócio a ser entabulado, o poder especial para o marido da requerente hipotecar e, assim, comprometer a meação da requerente em relação ao imóvel constrito nos autos de execução.

Portanto, a requerente, dada a imprestabilidade do mandato de f. 415 para tanto, não consentiu na hipoteca incidente sobre a meação do imóvel em questão.

Dada a falta de outorga uxória da requerente para gravar a hipoteca sobre o imóvel penhorado e arrematado nos autos n. 030.98.4-1, tem-se que a hipoteca é nula no que toca à meação da requerente.

Com efeito, a hipoteca em relação às citadas cédulas somente pode atingir a meação do marido da requerente a teor do que dispõe o art. 1.420, § 2º, c/c o art. 1.647, I, ambos do Código Civil.

Nada obstante o antes alegado e longe de haver contradição, é necessário analisar se o financiamento concedido pelo embargado reverteu em benefício da família (requerente).

Com efeito, nada obstante a impossibilidade da hipoteca atingir a meação da embargante pela falta de outorga uxória, a penhora e arrematação do imóvel poderá produzir regularmente seus efeitos sobre a meação da requerente se ficar comprovado que os financiamentos concedidos pelo embargado reverteram em favor da entidade familiar.

Assim, independentemente da existência ou não da hipoteca, se restar comprovado que o financiamento concedido pelo embargado beneficiou a família estar-se-á diante da legalidade da penhora levada a efeito sobre o imóvel em razão da execução pelo inadimplemento da dívida.

Neste sentido, depreende-se que o embargado, em relação às cédulas rurais abaixo discriminadas (f. 16-86 dos autos de execução n. 030.98.4-1), concedeu financiamento para o filho da embargante e, assim, não há como admitir que o mesmo foi tomado em benefício da entidade familiar:

1) CRPH n. 93/00291-2: crédito concedido ao filho da requerente, maior, casado e residente em domicílio diferente do domicílio do marido da requerente, com destinação a investimento na Fazenda União de Alcides Patussi e Fazenda Sape de Avaniza Garcia de Lima Dutra.

2) CRPH n. 94/00404-8: crédito concedido ao filho da requerente, maior, casado e residente em domicílio diferente do domicílio do marido da requerente, com destinação a investimento na Fazenda Sape de Avaniza Garcia de Lima Dutra.

3) CRPH n. 94/00049-2: crédito concedido ao filho da requerente, maior, casado e residente em domicílio diferente do domicílio do marido da requerente, com destinação a investimento na Fazenda Sape de Avaniza Garcia de Lima Dutra.

Portanto, quanto a cédulas acima citadas, tem-se que nenhum benefício reverteu para a família da embargante. Com efeito, os créditos foram concedidos para o filho da embargante (maior, casado) e com destinação específica para aplicação em fazendas de terceiros.

Assim, em relação a tais cédulas, a meação da embargante deverá ser preservada e afastada a penhora e arrematação do imóvel sob matrícula n. 1.727.

Contudo, no que diz respeito à cédula rural pignoratícia e hipotecária n. 94/00405-6, o financiamento foi concedido para o filho da requerente, mas se destinou à lavoura de mandioca na Fazenda Paraná II (imóvel penhorado e arrematado) de propriedade da embargante.

Sendo assim, em relação a esta cédula hipotecária, torna-se evidente que o financiamento ocorreu no interesse da família, podendo a penhora recair sobre a totalidade do imóvel.

Salienta-se que o simples fato de o cônjuge da embargante ter contraído dívida para custeio de lavoura de mandioca na propriedade de ambos gera por si só a presunção de que assim agiu em proveito do casal.

Não se pode considerar que a dívida assumida pelo cônjuge da suplicante desta natureza seja em prejuízo da sua família.

Ademais, insta sublinhar que a embargante é 'do lar', o que por lógico não significa demérito algum e merece muito respeito, mas, por outro lado, reforça o entendimento de que a dívida assumida por seu marido foi a favor da família, incluindo-se aqui a suplicante.

Acresce-se a este pensamento o fato de que o marido da embargante é agropecuarista e retira da sua atividade o sustento da família.

Por óbvio, que se a plantação não prosperou, sejam quais forem os motivos, isto não constitui fator suficiente para dizer que a dívida foi assumida em prejuízo do casal.

Caso a colheita houvesse prosperado, com certeza, a bonança seria compartilhada pelo casal e não há como esposar pensamento diverso no caso concreto em que a plantação não alcançou bons resultados.

Ou seja, se da cultura decorreram prejuízos, estes devem ser suportados pelo casal. Assim, a alegação da embargante de que a dívida não foi contraída em prol da família não merece acatamento e não é suficiente para lhe atribuir o direito de isentar sua meação da execução.

[...]

Por tais motivos, em relação à cédula n. 94/00405-6, a meação da embargante deve suportar a execução, pois nada autoriza a sua exclusão para livrar-se dos prejuízos oriundos da atividade exercida por seu marido.

Não seria correto e nem justo penalizar o credor, de maneira a reduzir a penhora em 50%, toda a vez que um empreendimento do cônjuge da embargante causasse prejuízos a família.

Desta forma, assim como o credor não é obrigado a dividir os prejuízos em razão da cultura que não vingou, também não tem cabimento o mesmo compartilhar os lucros acaso obtidos com a cultura desenvolvida.

Dessa feita, exceto em relação cédula n. 94/00405-6, tem-se por certo declarar preservada a meação da requerente e tornar sem efeito a penhora e a arrematação que recaiu sobre os 50% do imóvel que pertence à embargante no que toca às cédulas rurais pignoratícias e hipotecárias n. 93/00291-2, n. 94/0049-2 e n. 94/404-8.

Posto isto, julga-se parcialmente procedente o pedido para declarar preservada a meação da embargante sobre o imóvel matrícula n. 1.727 e, de conseqüência, tornar sem efeito a penhora e a arrematação somente quanto às cédulas rurais pignoratícias e hipotecárias n. 93/00291-2, n. 94/0049-2 e n. 94/404-8. (f. 488-95).

Quanto à procuração (f. 115) outorgada pela embargante ao seu marido, Valdir Carlos Schutz, de fato, nela não constou expressamente os poderes específicos para hipotecar, observação esta que era, e continua

sendo, exigida para que fosse válida a hipoteca realizada pelo mandatário, no caso, marido da embargante, conforme previa o artigo 1.295, § 1º, do CC de 1916[2] (atualmente em vigor pelo artigo 661, § 1º, do CC).

Nesse sentido é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

> CIVIL E PROCESSUAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. DEVEDORES QUE PRESTARAM GARANTIA REAL HIPOTECÁRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA INDEPENDENTEMENTE DE O DEVEDOR PRINCIPAL INTEGRAR A LIDE. MANDATO. PODERES EXPRESSOS E ESPECIAIS PARA ONERAR OS BENS. NECESSIDADE DE PARTICULARIZAÇÃO. EXECUÇÃO EXTINTA.
>
> [...]
>
> II. Somente surte efeito prático o mandato que autoriza a oneração de bens por intermédio de hipoteca se particularizados no instrumento, não sendo suficiente a alusão genérica, como ocorrente nos autos. Precedentes." (REsp n. 404.707/DF, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 5.6.2007, DJ de 6.8.2007, p. 493).

Não prospera à alegação feita pelo banco/apelante de que, uma vez que a procuração conferiu ao marido da embargante poderes para contrair financiamentos de natureza agrícola ele estaria autorizado a constituir hipoteca, visto que a procuração deveria conter poderes específicos e expressos nesse sentido, não cabendo interpretação extensiva, como fez o embargado.

Conclui-se, portanto, que a embargante não autorizou o seu marido a realizar a hipoteca em seu nome, incidente sobre o imóvel de matrícula n. 1.727.

Com relação aos recursos disponibilizados terem ou não beneficiado a entidade familiar da embargante, comungo dos fundamentos utilizados pela julgadora singular, tendo em vista que, nas Cédulas Rurais Pignoratícias e Hipotecárias de n. 93/00291-2, 94/00404-8 e 94/00049-2, os créditos concedidos ao filho da embargante, que é maior, casado, e residente em domicílio diferente dos seus pais, tiveram destinação específica para aplicação em fazendas de terceiros.

Ademais, os documentos de f. 149-472, que são cópias de um processo criminal proposto contra o filho da embargante, Carlos Alberto Schutz, por suposta prática do delito previsto no artigo 20 da Lei n. 7.492/86 (crimes contra o sistema financeiro nacional), corroboram com o fato de que os valores disponibilizados a este não serviram de benefício à família da embargante, visto que os depoimentos colhidos e as alegações trazidas pelas partes no referido processo criminal, em momento algum, indicam provas nesse sentido. A única referência feita ao pai de Carlos diz respeito às compras de herbicidas em nome deste, as quais foram realizadas dessa maneira em razão de Carlos não ter inscrição estadual para a aquisição dos produtos.

Agora, no que toca à Cédula Rural Pignoratícia e Hipotecária de n. 94/00405-6, a embargante não conseguiu provar que os recursos obtidos por seu filho não beneficiaram sua família, porquanto se destinaram à lavoura de mandioca na Fazenda Paraná II (imóvel penhorado e arrematado) de propriedade da embargante e de seu marido.

Diante dessas considerações, há de ser referendado o entendimento de que a meação da embargante relativas às CRPH n. 93/00291-2, n. 94/00404-8 e n. 94/00049-2 deverá ser preservada, afastando-se a penhora e arrematação do imóvel sob matrícula n. 1.727 quanto a elas.

No que tange à alegação da embargante/apelante de que a sentença não analisou o pedido de nulidade da hipoteca, verifico que, realmente, tal matéria não foi analisada pela magistrada, a qual fundamentou nos embargos de declaração que não teria havido pedido inicial nesse sentido (f. 540-1).

2 Art. 1.295. O mandato em termos gerais só confere poderes de administração.
§ 1º. Para alienar, hipotecar, transigir, ou praticar outros quaisquer atos, que exorbitem da administração ordinária, depende a procuração de poderes especiais e expressos.

É verdade que a petição inicial não contém o pedido de nulidade da hipoteca, porém a embargante aditou a petição inicial, antes de citado o embargado, incluindo tal pedido de nulidade, aditamento que foi recebido pela juíza, devendo, portanto, ser analisado este pedido.

Embora haja a necessidade de analisar o pedido de nulidade da hipoteca, não assiste razão à embargante.

O fato de a embargante não ter autorizado o seu marido a realizar a hipoteca não induz à conclusão de que a referida garantia real é nula, porque o aval prestado por ele, em nome próprio, não necessitava da outorga uxória para que fosse considerado válido. Essa conclusão é retirada do artigo 235, inciso III, do Código Civil de 1916,[3] vigente à época da prestação do aval, o qual não exigia do marido o consentimento da mulher para prestar aval.

Nesse sentido é a jurisprudência desta Corte de Justiça:

> Não merece reparos a sentença invectivada, quando reconhece a validade do aval, posto que efetivamente tal ato não dependia de outorga uxória até a vigência do Código Civil de 2002. (AC n. 2005.013985-6, Quinta Turma Cível, Rel. Designado Des. Sideni Soncini Pimentel, julgado em 30.7.2009).
>
> O reconhecimento da validade do aval realizado sob a vigência do Código Civil de 1916 não está condicionado à anuência do cônjuge. (AC n. 2007.015563-6, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Rêmolo Letteriello, julgado em 21.8.2007).

Diferentemente se tornou com o advento do Código Civil de 2002 (art. 1.647, inciso III[4]), o qual passou a exigir o consentimento do outro cônjuge para a prestação do aval, bem como diferente é o caso da fiança que, mesmo no Código Civil de 1916, já era necessário tal consentimento, sendo que a sua falta enseja na nulidade total da garantia prestada pelo fiador, nos termos da Súmula n. 332[5] do STJ.

Em razão disso, não há falar em nulidade da hipoteca, devendo, portanto, ser mantido válido o aval prestado pelo marido da embargante, Valdir Carlos Schutz, quanto ao seu quinhão.

Feitos esses acréscimos, a sentença deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Registro, por último, que, encontrado nos fundamentos antes declinados, os motivos de convencimento necessários para solucionar o conflito, torna-se desnecessário fazer expressa referência aos dispositivos legais mencionados pelos recorrentes, a título de prequestionamento, os quais não restaram ofendidos.

Dispositivo.

Em razão do exposto, conheço dos recursos, mas nego-lhes provimento, mantendo a sentença recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Revisor)

De acordo com o relator.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA FORMULADO PELO VOGAL, DES. SÉRGIO FERNANDES MARTINS, APÓS, POR UNANIMIDADE, REJEITAREM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, O RELATOR E O REVISOR NEGAREM PROVIMENTO AOS RECURSOS.

---

3 Art. 235. O marido não pode, sem consentimento da mulher, qualquer que seja o regime de bens:
III – prestar fiança.

4 Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime de separação absoluta;
III – prestar fiança ou aval.

5 Súmula n. 332. A fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia.

VOTO (EM 30.6.2010)

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Vogal)

Banco do Brasil S.A. e Ivoni Terezinha Schutz, inconformados com a decisão de f. 486-495, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nos autos da ação de embargos de terceiro, interpõem o presente recurso, objetivando a reforma da referida decisão.

O banco apelante suscita preliminar de nulidade da sentença sob o argumento que, diante do julgamento antecipado da lide, foi tolhido o seu direito de provar que a apelada beneficiou-se dos créditos concedidos ao seu falecido esposo.

A segunda apelante, por sua vez, alega que (I) é viúva do executado, com quem foi casada pelo regime de comunhão universal de bens; (II) não tinha conhecimento dos negócios efetuados pelo seu falecido esposo; (III) os contratos garantidos por hipoteca exigem procurador com poderes expressos, sendo que o mandato outorgado ao executado não tinha tais poderes; e (IV) é nulo o gravame realizado sobre o imóvel de matrícula n. 1.727, porquanto ela tem direito a meação.

O ilustre Relator dos presentes recursos, Des. João Maria Lós, negou-lhes provimento, mantendo intacta a sentença impugnada.

Pedi vista dos autos para uma melhor apreciação da questão debatida nos autos.

Pois bem. O caso vertente refere-se ao direito ou não de ver reconhecido o direito da exclusão da metade do bem imóvel, objeto de penhora e arrematação, pertencente à ora apelante, esposa do falecido executado.

Após atenta análise das razões das apelações, verifico que a insurgência dos apelantes não merece guarida, pois restou devidamente comprovado nos autos que (I) os valores auferidos pelo crédito referente às Cédulas Rurais Pignoratícias e Hipotecárias de n. 93/00291-2, 94/00404-8 e 94/00049-2 não beneficiaram a família do executado, porquanto foram utilizados para aplicação em fazenda de terceiros; e, (II) no tocante à Cédula Rural Pignoratícia e Hipotecária de n. 94/00405-6, não restou comprovado que os recursos obtidos pelo executado não beneficiaram a sua família, pois destinaram-se à lavoura de mandioca em fazenda de sua propriedade.

Assim, como bem anotou o relator, *"há de ser referendado o entendimento de que a meação da embargante relativa à CRPH n. 93/00291-2, n. 94/00404-8 e n. 94/00049-2 deverá ser preservada, afastando-se a penhora e arrematação do imóvel sob matrícula n. 1.727 quanto a elas"*.

Quanto à nulidade da hipoteca, anoto que o simples fato de a embargante, ora apelante, não ter autorizado seu falecido esposo a firmar o referido gravame, não tem o condão de induzir à conclusão de que a referida garantia real é nula, pois o aval prestado pelo cônjuge falecido, em nome próprio, não necessitava da outorga uxória para ser considerado válido, consoante disposição contida no artigo 235, III, do Código Civil de 1916[6], vigente à época da prestação do aval.

Em razão disso, não há falar em nulidade da hipoteca, devendo, portanto, ser mantido válido o aval prestado pelo esposo da apelante.

Dessa forma, acompanho o voto do ilustre relator para negar provimento aos recursos interpostos, mantendo a sentença nos seus exatos termos.

6 *"O marido não pode, sem consentimento da mulher, qualquer que seja o regime de bens: III prestar fiança".*

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Maria Lós, Divoncir Schreiner Maran e Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 30 de junho de 2010.

***

Apelação Cível n. 2008.009467-8 - Campo Grande
Primeira Turma Cível
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – AUTO DE INFRAÇÃO – FARMÁCIA – COMERCIALIZAÇÃO PRODUTOS DIVERSOS DA ATIVIDADE – NÃO PREVISÃO NO CONTRATO SOCIAL – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – RECURSO IMPROVIDO.

Considerando que os produtos comercializados pela apelante no seu estabelecimento comercial não se enquadram no conceito de "produtos correlatos" da Lei n. 5.991/73 e que o seu Contrato Social não prevê a possibilidade de tal comercialização, há de ser denegada a segurança que visava à declaração de ilegalidade de auto de infração elaborado em razão da venda desses produtos.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 27 de julho de 2010.

Des. João Maria Lós – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós

Farmazen Comércio de Produtos Farmacêuticos Ltda. interpõe recurso de apelação cível contra a sentença, proferida no Mandado de Segurança que move em face do Secretário Municipal de Saúde de Campo Grande, que denegou a segurança, para reconhecer a legalidade do ato praticado pela Secretaria de Saúde do Município de Campo Grande por meio do Auto de Infração n. 3147, de 13.7.2007.

Alega, em síntese, que: a) ainda que solicitasse a alteração contratual junto à JUCEMS, a fim de incluir no seu objeto social a possibilidade de comercialização de gêneros alimentícios, tal desiderato restaria prejudicado, visto que a Secretaria de Saúde Municipal, órgão encarregado de emitir parecer para a expedição de alvará sanitário, não permite a comercialização destes produtos; b) embora existam a Lei Federal n. 5.991/73 e a Lei Estadual n. 1.293/93, a Lei Maior possui os princípios do direito líquido e certo, da igualdade de todos perante a lei, da legalidade, da livre iniciativa e da liberdade do exercício do trabalho que amparam o seu direito à concessão da segurança; c) a comercialização dos produtos não trará qualquer prejuízo à sua clientela e não implicará na utilização do estabelecimento para fim diverso do licenciamento; d) não há qualquer vedação legal sobre a venda de tais produtos; e) os produtos são lícitos, de boa procedência e foram licenciados pela autoridade sanitária competente.

Requer o conhecimento e o provimento do recurso, com vistas à reforma da sentença, para que seja concedida a segurança pleiteada na inicial.

Em contrarrazões, o apelado pugna pela manutenção da sentença de 1º grau.

A Procuradoria de Justiça opina pelo improvimento do recurso, a fim de seja mantida incólume a sentença.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator)

Colhe-se dos autos que Farmazen Comércio de Produtos Farmacêuticos Ltda. impetrou mandado de segurança contra ato praticado pelo Secretário Municipal de Saúde de Campo Grande, sob as alegações de que; a) é do ramo de comércio varejista de produtos farmacêuticos, autorizado por alvará sanitário a comercializar, além de medicamentos e afins, outros produtos, tais como biscoitos, refrigerantes, polpa de frutas e pão de queijo congelado, os quais seriam definidos na Lei n. 5.991/73 como correlatos; b) sofreu notificação preliminar – auto de infração n. 3147 –, lavrado por fiscal de vigilância sanitária, órgão chefiado pela autoridade coatora, por infringência aos artigos 265 da Lei Estadual n. 1.293/92, 4º, IV, e 55 da Lei Federal n. 5.991/73 e 127, XX, da Lei Complementar n. 36/00, uma vez que estaria utilizando suas dependências para fins diversos do seu licenciamento, isto é, foram encontrados no estabelecimento aparelho de pressão, esparadrapo usado, abaixador de língua e produtos alimentícios perecíveis; c) o impedimento da comercialização de tais mercadorias afronta o livre exercício da atividade; d) não há vedação legal para comercialização dos produtos alimentícios encontrados no estabelecimento; e) em nenhum momento se utilizou de aparelho de pressão, esparadrapos e abaixador de língua para fins comerciais.

Em razão disso, pediu o deferimento da medida liminar e a concessão da segurança, para que o impetrado se abstenha de aplicar-lhe a penalidade, pelos fatos narrados no auto de infração mencionado, e para que possa comercializar a venda de produtos diferentes dos medicamentos.

Ao proferir a sentença, a juíza de 1ª instância denegou a segurança, reconhecendo a legalidade do ato praticado pela Secretaria Municipal de Saúde de Campo Grande por meio do Auto de Infração n. 3147, de 13.7.2007, decisão que ora se recorre.

Tenho que a sentença deve ser mantida.

Inicialmente, vale observar que após um longo período de debates legislativos sobre a Reforma do Judiciário, introduziu-se no cenário constitucional a EC n. 45/2004, que ensejou a implantação de mudanças e adaptações nos ritos processuais, buscando tornar mais célere e eficiente a prestação jurisdicional. A instituição das súmulas vinculantes, dos processos de repercussão geral e a promulgação de lei para os casos de recursos em causas repetitivas marcaram o processo de mudança com o objetivo de restabelecer a normalidade na tramitação de processos judiciais, tudo com o fito de consolidar primado constitucional da razoável duração do processo (CF/88, artigo 5º, LXXVIII).

Nesse contexto, não se mostra contrário ao texto do art. 93, IX, do texto constitucional, a utilização dos fundamentos da sentença *"como suporte do acórdão que a confirme"*, nos termos da remansosa jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do que foi decidido quando do julgamento do AgRg no Ag n. 517299/MT, de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros, julgado em 9.5.2006 e publicado no DJ de 29.5.2006, p. 230.

Desse modo, depois de compulsar os autos, cheguei à conclusão de que a sentença merece ser mantida, uma vez que a juíza de primeira instância aplicou com propriedade o direito à espécie, motivo pelo qual, e, para não incorrer em tautologia, utilizo os fundamentos expostos na decisão como forma de decidir:

Socorre-se o impetrante do Poder Judiciário para ver declarada a ilegalidade de ato administrativo consubstanciado na lavratura do auto de infração n. 3147 (f. 30), pela seguinte ocorrência sanitária:

'Aos 13 dias do mês de julho de 2007 às 09:00 horas, quando me achava no exercício de Fiscalização Sanitária, verifiquei que o contribuinte supra indicado infringiu o artigo 265 da Lei n. 1.293/92, artigo 4º, inciso IV e artigo 55 da Lei n. 5.991 de 17.12.1979, artigo 127, XX da Lei Complementar n. 36/00.

Estava utilizando dependências da drogaria para fins diversos do seu licenciamento, sendo encontrados aparelho de pressão, esparadrapo usado, abaixador de língua, produtos alimentícios perecíveis, configurando infração sanitária constante do artigo 127, XIX e XX da Lei Complementar n. 36 de 22.12.2000 [...].'

Sustenta a tese de que não há impedimento legal para a comercialização de produtos alimentícios e, ademais, tal ato administrativo configura afronta ao livre exercício da atividade, o que, por certo, agride seu direito líquido e certo.

O cerne da discussão encerra-se na existência de proibição ou não de venda de produtos alimentícios em geral nas farmácias e drogarias.

A Lei n. 5.991, de 17 de dezembro de 1973, que disciplina, entre outras providências, o controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, dispõe:

[...]

Art. 4º - Para efeitos desta Lei, são adotados os seguintes conceitos:

I - Droga - substância ou matéria-prima que tenha a finalidade medicamentosa ou sanitária;

II - Medicamento - produto farmacêutico, tecnicamente obtido ou elaborado, com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico;

III - Insumo Farmacêutico - droga ou matéria-prima aditiva ou complementar de qualquer natureza, destinada a emprego em medicamentos, quando for o caso, e seus recipientes;

IV - Correlato - a substância, produto, aparelho ou acessório não enquadrado nos conceitos anteriores, cujo uso ou aplicação esteja ligado à defesa e proteção da saúde individual ou coletiva, à higiene pessoal ou de ambientes, ou a fins diagnósticos e analíticos, os cosméticos e perfumes, e, ainda, os produtos dietéticos, óticos, de acústica médica, odontológicos e veterinários;

[...]

Também reza a Lei Estadual n. 1.293/92, que dispõe sobre o Código Sanitário do Estado de Mato Grosso do Sul, e dá outras providências:

Art. 263. É permitido às farmácias, drogarias e distribuidoras de medicamentos, exercerem o comércio de determinados correlatos, como aparelhos e acessórios usados para fins terapêuticos ou de correlação estética, produtos utilizados para fins diagnósticos e analíticos, de higiene pessoal ou do ambiente, de cosméticos e perfumes, de produtos dietéticos, de produtos óticos, da acústica médica, odontológicos, veterinários e outros, desde que observada a legislação estadual pertinente.

Art. 265. É vedado utilizar em qualquer dependência da farmácia ou drogaria como consultório ou outro fim diverso do licenciamento.

> Várias conclusões podem ser extraídas da sistemática legal exposta acima. Dentre elas a de que os alimentos não se enquadram absolutamente no conceito de produtos correlatos, pois sequer estão relacionados à defesa e proteção da saúde individual ou coletiva, à higiene pessoal ou de ambientes, ou ainda porque não são utilizados para fins de diagnósticos, tampouco podem ser considerados produtos dietéticos, óticos, de acústica médica, odontológicos e veterinários.
>
> Nem se diga que o conceito de correlato é aberto. Na verdade, a intenção da lei, e isso restou claro, foi o de apresentar um rol exaustivo e não exemplificativo. O conceito de correlato, portanto, para a Lei n. 5.991/73, é 'a substância, produto, aparelho ou acessório não enquadrado nos conceitos anteriores, cujo uso ou aplicação esteja ligado à defesa e proteção da saúde individual ou coletiva, à higiene pessoal ou de ambientes, ou a fins diagnósticos e analíticos, os cosméticos e perfumes, e, ainda, os produtos dietéticos, óticos, de acústica médica, odontológicos e veterinários' (art. 4.º, IV).
>
> Vale registrar, que a regra de hermenêutica segundo a qual o que não é expressamente proibido é permitido, não tem aplicação ao caso telado, uma vez que a questão em discussão diz respeito à saúde pública e, por conseguinte, tem relevante repercussão social, devendo, por isso, obedecer ao regime de direito estrito, orientado pelo princípio constitucional da legalidade (CF/88, art. 37, caput), que norteia a atuação do administrador público.
>
> A Lei n. 5.991/73 estabelece, textualmente, que: (I) o comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos somente poderá ser exercido por empresas e estabelecimentos licenciados pelo órgão sanitário competente (art. 21); (II) a dependência da farmácia ou drogaria não pode ser utilizada como consultório ou para fim diverso daquele previsto na licença (art. 55).
>
> Corroborando a tais premissas, não se deve olvidar que a licença, por sua vez, constitui ato administrativo unilateral e vinculado, tendo em vista que a sua concessão está subordinada ao preenchimento, pelo interessado, dos requisitos previstos na legislação de regência da matéria. Por isto que é irrepreensível a conduta da autoridade impetrada para cessar a venda dos produtos estranhos à atividade da impetrante, em vista à ausência de regulação estatal.
>
> Desse modo, considerando-se, de um lado, o pressuposto de que a licença para funcionamento de farmácia e drogaria constitui ato de natureza vinculada e, de outro, que é vedada a utilização das dependências desses estabelecimentos para fim diverso do licenciamento, conclui-se, por raciocínio lógico-dedutivo, que não há plausibilidade jurídica da utilização desses estabelecimentos para vender alimentos ou utilitários domésticos, atividade característica das lojas de conveniência.
>
> [...]
>
> Em suma, superadas todas as alegações de ilegalidade do Auto de Infração n. 3147 da Secretaria Municipal de Saúde Pública de Campo Grande e constatada a impossibilidade jurídica de as farmácias e drogarias comercializarem produtos não-correlatos, é de rigor a não-concessão da ordem de segurança, denegando-a. (f. 97-107). Destaques no original.

Apenas para reforçar o que foi sustentado, verifica-se no Contrato Social da empresa, ora apelante, que o seu objeto social prevê somente o *"COMÉRCIO VAREJISTA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONFECÇÃO DE CARTÕES PLÁSTICOS MAGNÉTICOS"* (f. 21).

Destarte, a venda de produtos alimentícios não faz parte da respectiva atividade da recorrente, de modo que é indevida a comercialização desses produtos no seu estabelecimento.

Sobre o caso, colaciono alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte que confirmam a tese adotada neste voto:

ADMINISTRATIVO - FARMÁCIAS E DROGARIAS - COMERCIALIZAÇÃO DE ALIMENTOS - IMPOSSIBILIDADE.

1. É remansoso nesta Corte o entendimento de que é vedada a comercialização de alimentos em drogarias e farmácias, por se tratarem de produtos que não se enquadram no conceito de 'produtos correlatos' previsto na Lei n. 5.991/73.(STJ, REsp n. 1104974/AM, Segunda Turma, Relª. Minª. Eliana Calmon, julgado em 24.3.2009, DJ de 23.4.2009).

ADMINISTRATIVO. FARMÁCIAS E DROGARIAS. VENDA DE PRODUTOS DIVERSOS DA ATIVIDADE. IMPOSSIBILIDADE.

1. Nos termos da Lei n. 5.991/73, é vedada a utilização das dependências de farmácias e drogarias para fim diverso do previsto no licenciamento. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público[...](STJ. AgRg no REsp n. 995.134/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 25.3.2008, DJ 7.4.2008).

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA – COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS QUE NÃO SEJAM DE ORIGEM FARMACÊUTICA – POSSIBILIDADE PARA VENDA EM FARMÁCIAS OU DRUGSTORES – ILEGALIDADE DO ATO QUE IMPÕE PENALIDADE À EMPRESA – REFORMA DA SENTENÇA – PROVIMENTO DO RECURSO.

É lícito às farmácias ou *drugstores* comercializar produtos que não sejam de origem farmacêutica, contanto que preencham os seguintes requisitos: a) que a farmácia ou *drugstore* comercialize os produtos em espaço distinto dos medicamentos; b) que haja em seu contrato social ou estatuto previsão para tal comercialização. (TJMS, AC n. 2007.035393-3, Rel. Des. Designado Rêmolo Letteriello, julgado em 22.7.2008).

Desse modo, não se mostra ilegal o ato praticado pelo apelado, motivo pelo qual deve ser mantida a denegação da segurança.

Dispositivo.

Ante o exposto, conheço do recurso e, acompanhando o parecer ministerial, nego-lhe provimento, mantendo a sentença recorrida em todos os seus termos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. DECISÃO COM O PARECER

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Maria Lós, Divoncir Schreiner Maran e Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 27 de julho de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.020246-1 - Campo Grande
Primeira Turma Cível
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. DANOS MATERIAIS E MORAIS – VEÍCULO ZERO QUILÔMETRO – VÍCIO OCULTO – DEFEITO DE FÁBRICA – OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE NÃO CARACTERIZADA – LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* – SOLIDARIEDADE DO FABRICANTE E COMERCIANTE – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – SUBSTITUIÇÃO DO VEÍCULO – RESSARCIMENTO DOS DANOS MATERIAIS – DANO MORAL CARACTERIZADO – INVERSÃO DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA – RECURSO ADESIVO DE MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS PREJUDICADO – RECURSO DA AUTORA CONHECIDO E PROVIDO.

Deve ser rejeitada a arguição de ofensa ao *princípio da dialeticidade* quando na petição recursal encontram-se presentes os fundamentos de fato e de direito que embasam o inconformismo da parte vencida na demanda, preenchendo, dessa forma, o requisito esculpido pelo art. 514, II, do Código de Processo Civil.

Tanto o fabricante, por colocar no mercado um produto defeituoso que sequer resistiu ao tempo da garantia, quanto a concessionária, única que prestou serviços de reparo no veículo, são responsáveis pelos danos materiais e morais causados ao consumidor, possuindo, assim, legitimidade passiva *ad causam* para responder pela demanda.

A quantidade e a frequência dos defeitos manifestados logo após a compra do veículo zero quilômetro autorizam o pedido de substituição, *ex vi* do artigo 18, § 1º, I do Código de Defesa do Consumidor, bem como o ressarcimento dos valores despendidos com o conserto.

A frustração e o constrangimento provocados no consumidor que superem os limites do mero dissabor impõem a responsabilidade indenizatória por danos morais, devendo a indenização ser fixada segundo o equitativo juízo do magistrado, de forma a não permitir o arbitramento de uma reparação irrisória diante do poderio econômico da ofensora, nem o enriquecimento sem causa do ofendido.

O ônus da sucumbência deve ser suportado pela parte que decaiu da maioria ou de todas as suas pretensões.

O recurso adesivo que versa exclusivamente sobre a majoração de honorários resta prejudicado e não deve ser conhecido quando a sentença é integralmente reformada, alterando, da mesma forma, a sucumbência.

Recurso da autora conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar provimento ao apelo da autora e julgar prejudicado o recurso adesivo, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 27 de julho de 2010.

Des. João Maria Lós – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós

Trata-se de apelação cível de f. 429-446, interposta por Isa Amelia Azambuja, já qualificada nos autos da ação de obrigação de fazer c.c. reparação por danos materiais e morais, distribuída sob o n. 001.05.130289-7 e proveniente da 10ª vara cível desta capital, que move em desfavor de Nacional Motors Distribuidora de Veículos Ltda. e Chrysler do Brasil Ltda., também já qualificadas, insurgindo-se contra a sentença de f. 402-415, que, preliminarmente, reconheceu a ilegitimidade passiva da primeira requerida, e, no mérito, julgou totalmente improcedentes os pedidos da autora, condenando-a ainda no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixou em R$ 1.500,00.

Nas razões do recurso a apelante pugna pela reforma da sentença objurgada, em primeiro lugar, pelo reconhecimento da legitimidade passiva da primeira requerida, por ser solidariamente responsável à segunda, de acordo com a jurisprudência do STJ, e, no mérito, pela reforma do *decisum* com a total procedência dos seus pedidos iniciais. Por fim, prequestiona a matéria para eventual interposição de recursos às instâncias extraordinárias.

A requerida Nacional Motors Distribuidora de Veículos Ltda. interpõe recurso adesivo de f. 455-461, insurgindo-se contra a sentença unicamente quanto aos honorários de sucumbência, pugnando pela majoração do seu *quantum* para o percentual de 20% sobre o valor da causa, quantia que deverá ser corrigida monetariamente desde a propositura da ação.

Às f. 466-481 contrarrazões da apelada Nacional Motors pelo não conhecimento do recurso da autora na parte que versa sobre a legitimidade passiva *ad causam*, por ofensa ao *princípio da dialeticidade*. No mérito, pugna pela manutenção da sentença e consequente improvimento do recurso.

Às f. 490-510 contrarrazões da apelada Chrysler pela manutenção da sentença e consequente improvimento do recurso da autora.

Às f. 518-522 contrarrazões da apelada Isa Amélia pelo improvimento do recurso adesivo interposto pela primeira requerida.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Isa Amelia Azambuja, insurgindo-se contra a sentença que, preliminarmente, reconheceu a ilegitimidade passiva da primeira requerida, e, no mérito, julgou totalmente improcedentes os pedidos da autora, condenando-a ainda no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixou em R$ 1.500,00. Não obstante, pende de julgamento o recurso adesivo interposto pela primeira requerida quanto à condenação de honorários.

Pois bem. Ultrapassadas essas questões predeterminantes, passo à análise de ambos os recursos por ordem de prejudicialidade.

I. Recurso de apelação da parte autora

Quanto à preliminar de ofensa ao *princípio da dialeticidade* arguida pela apelada nas contrarrazões de f. 466-481, pelo que supostamente a apelante não teria cumprido o requisito da impugnação específica no seu recurso, tenho que deve ser rejeitada, pois vislumbro do conteúdo da petição recursal os fundamentos de fato e de direito que embasam o inconformismo da parte vencida na demanda, preenchendo, dessa forma, o requisito esculpido pelo art. 514, II, do Código de Processo Civil, oportunidade em que passo a analisar o mérito recursal do apelo.

A Juíza *a quo* excluiu do polo passivo da demanda a requerida Nacional Motors Distribuidora de Veículos Ltda. sob o fundamento de que o caso concreto não se enquadra nas hipóteses previstas no artigo 13 do Código de Defesa do Consumidor, bem como sob o argumento de que a autora, apesar de ter adquirido o veículo da referida ré, nela não realizou qualquer serviço para reparação do veículo, tendo levado para outras concessionárias ou oficinas.

Conquanto o CDC disponha, em seu artigo 13, que *"o comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando: I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados; II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador; III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis;",* excluindo, num primeiro momento, a responsabilidade do comerciante quando o fabricante puder ser identificado, vejo que assiste razão à apelante quando alega que o entendimento jurisprudencial da matéria é diverso, no sentido de que o fabricante e o comerciante são solidariamente responsáveis por eventuais irregularidades no produto. Vejamos.

Julgados do Superior Tribunal de Justiça:

> Código de Defesa do Consumidor. Compra de veículo novo com defeito. Incidência do art. 18 do Código de Defesa do Consumidor. Responsabilidade solidária do fabricante e do fornecedor. Indenização por danos materiais e morais. Precedentes da Corte.
>
> 1. Comprado veículo novo com defeito, aplica-se o art. 18 do Código de Defesa do Consumidor e não os artigos 12 e 13 do mesmo Código, na linha de precedentes da Corte. Em tal cenário, não há falar em ilegitimidade passiva do fornecedor.
>
> 2. Afastada a ilegitimidade passiva e considerando que as instâncias ordinárias reconheceram a existência dos danos, é possível passar ao julgamento do mérito, estando a causa madura.
>
> 3. A indenização por danos materiais nos casos do art. 18 do Código de Defesa do Consumidor esgota-se nas modalidades do respectivo § 1º.
>
> 4. Se a descrição dos fatos para justificar o pedido de danos morais está no âmbito de dissabores, sem abalo à honra e ausente situação que produza no consumidor humilhação ou sofrimento na esfera de sua dignidade, o dano moral não é pertinente.
>
> 5. Recurso especial conhecido e provido, em parte. (REsp n. 554.876/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 17.2.2004, DJ de 3.5.2004, p. 159).
>
> Código de Defesa do Consumidor. Legitimidade passiva. Ação ajuizada com apoio no art. 18, § 6°, I e III, do Código. Responsabilidade solidária.
>
> 1. Tratando-se de ação em que se aponta a responsabilidade pela venda de produto com prazo de validade vencido e, ainda, com elemento estranho ao seu conteúdo, existe a cobertura do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor. Por outro lado, o art. 25, § 1°,

do mesmo Código estabelece a responsabilidade solidária de todos os que contribuíram para a causação do dano. Não há espaço, portanto, para a alegada violação ao artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor na decisão que afastou a ilegitimidade passiva da empresa ré.

2. Recurso especial não conhecido. (REsp n. 414.986/SC, Terceira Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 29.11.2002, DJ de 24.2.2003, p. 226).

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. COMPRA DE AUTOMÓVEL NOVO. DEFEITO DE FÁBRICA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO FABRICANTE E DA CONCESSIONÁRIA. ART. 18 DA LEI N. 8.078/90. CASO CONCRETO. RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA AFASTADA. DECISÃO ANTERIOR IRRECORRIDA. PRECLUSÃO. JULGAMENTO EXTRA-PETITA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DANOS MORAIS. LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO. DESNECESSIDADE. FIXAÇÃO DESDE LOGO. QUANTUM. MEROS DISSABORES E ABORRECIMENTOS. REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - Em princípio, considerando o sistema de comercialização de automóvel, através de concessionárias autorizadas, são solidariamente responsáveis o fabricante e o comerciante que aliena o veículo.

II - Tratando-se de responsabilidade solidária, a demanda pode ser direcionada contra qualquer dos co-obrigados. A existência de solidariedade, no entanto, não impede que seja apurado, no caso concreto, o nexo de causalidade entre as condutas dos supostos responsáveis para concluir-se pela responsabilidade de apenas um deles.

III - A fixação do dano moral não exige liquidação por arbitramento. Recomenda-se, na verdade, que o valor seja fixado desde logo, buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento na solução jurisdicional.

IV - Na espécie, o valor do dano moral merece redução, por não ter o autor sofrido abalo à honra e nem sequer passado por situação de dor, sofrimento ou humilhação. Na verdade, os fatos ocorridos estão incluídos nos percalços da vida, tratando-se de meros dissabores e aborrecimentos.

V - Para fins de prequestionamento, é indispensável que a matéria seja debatida e efetivamente decidida pelo acórdão impugnado, não bastando a suscitação do tema pela parte interessada. (REsp n. 402.356/MA, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 25.3.2003, DJ de 23.6.2003, p. 375).

De atenciosa pesquisa jurisprudencial depreende-se que são consideradas partes legítimas para responder pelas demandas oriundas das relações de consumo tanto o fabricante do produto quanto o seu fornecedor e comerciante.

Vê-se ainda que, mesmo que a responsabilidade de produtor e comerciante seja solidária, é possível apurar o nexo de causalidade da conduta de cada parte, recaindo o dever de indenizar sobre apenas uma delas, se for o caso.

No sentido da legitimidade passiva comum há precedentes também em outras Cortes de Justiça de grande expressividade no país, como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e o de Minas Gerais, conforme segue:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. AQUISIÇÃO DE VEÍCULO ZERO QUILÔMETRO. VÍCIOS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. DISPONIBILIZAÇÃO DE VEÍCULO EM SUBSTITUIÇÃO AO DEFEITUOSO. CONTRACAUTELA. DESNECESSIDADE. Tratando-se de vício por inadequação do bem, o comerciante responde solidariamente com o fabricante, a teor do artigo 18 do CDC. Hipótese que aponta para a verossimilhança das alegações do agravado, uma vez que, em que pese o veículo ter sido adquirido zero quilômetro, foi encaminhado para conserto várias vezes num espaço de tempo ínfimo. Disponibilização de um bem semelhante ao adquirido, em sede de antecipação de tutela. Possibilidade. Presença dos requisitos do artigo 273 do CPC. Decisão mantida. Ademais, a concessão da tutela antecipada não depende da prestação de caução, sendo necessária apenas a presença da verossimilhança do direito e o perigo de lesão irreparável. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (TJRS, Ag n. 70035210624, Quinta Câmara Cível, Rel. Des. Romeu Marques Ribeiro Filho, julgado em 28.5.2010).
>
> AÇÃO ORDINÁRIA - INDENIZAÇÃO - DANOS MATERIAIS E MORAIS - VEÍCULO DENTRO DO PRAZO DE GARANTIA DE TRÊS ANOS - PANE DO MOTOR - DEFEITO DE FABRICAÇÃO DE VEICULO - VÍCIO DE QUALIDADE - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO FABRICANTE E DO FORNECEDOR INDENIZAÇÃO - TROCA DO MOTOR - DANOS MATERAIS E MORAIS - RESTITUIÇÃO DO VALOR PAGO.
>
> Tanto o fabricante, por colocar no mercado um produto defeituoso que sequer resistiu ao tempo da garantia, quanto a concessionária, única que prestou serviços de reparo no veículo, são responsáveis pelos danos materiais e morais e perdas e danos causados por eles ao consumidor.
>
> Impõe-se a responsabilidade indenizatória por danos morais decorrentes da frustração e constrangimento provocados ao consumidor devendo a indenização ser fixada segundo o eqüitativo juízo discricionário do Magistrado, a não permitir uma reparação irrisória, nem um enriquecimento sem causa. - Desde que comprovado é cabível o ressarcimento ao consumidor do valor gasto com substituição do motor do veículo. - A indenização por danos morais é fixada em R$ 3.800,00 (três mil e oitocentos reais) correspondentes a 10 (dez) salários mínimos vigentes à época da publicação da sentença corrigidos monetariamente, acrescida de juros de 1% (um por cento) ao mês a partir da citação. (TJMG, AC n. 1.0024.05.643317-0/001, Nona Câmara Cível, Rel. Des. Osmando Almeida, julgado em 23.1.2009).

Dessa forma, verifico que a sentença atacada está equivocada no que se refere à declaração de ilegitimidade passiva da requerida Nacional Motors Distribuidora de Veículos Ltda., pelo que reformo esta parte da sentença e passo à análise do caderno fático-processual para resolver o mérito da causa.

No mérito devo tecer algumas considerações.

Versam os presentes autos sobre uma ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de indenização por danos materiais e morais, ajuizada por Isa Amélia Azambuja em face de Nacional Motors Distribuidora de Veículos Ltda. e Chrysler do Brasil Ltda., em que a autora pleiteia, desde o início, a substituição do seu veículo defeituoso por um novo, o ressarcimento de todos os gastos obtidos com conserto, revisão e aluguel de carro, bem como a condenação das requeridas em indenização por danos morais, em virtude de todo o desgaste emocional sofrido com este veículo.

Narra, em apertada síntese, que em junho de 1999 adquiriu, na concessionária *Jeep* do Brasil de Cuiabá-MT, um veículo denominado *Cherokee Sport/Chrysler*, zero quilômetro, completo, pelo que pagou a quantia de R$ 47.000,00. Tudo na intenção de proporcionar a si e à sua família maior conforto e segurança.

Ocorre que, cerca de quatro meses após a compra, o veículo, com aproximadamente 11.000 quilômetros rodados, teve um superaquecimento no motor, o que gerou uma pane no sistema elétrico do carro, deixando a autora e os outros passageiros na estrada.

Do que dos autos consta este só foi o começo dos problemas enfrentados com referido veículo, sendo que todos os reparos foram realizados em oficinas autorizadas pela marca *Chrysler*, e a própria autora era quem arcava com os gastos com conserto, conforme notas fiscais e recibos em anexo.

Comprova que durante uma ida ao conserto o veículo foi batido (f. 48-51), fato que inevitavelmente causa certa depreciação no valor venal do bem, mas que referido estrago foi consertado pela própria concessionária.

Narra que em junho de 2001, quando do fim dos dois anos de garantia de fábrica, foi ao Procon para reclamar os vícios que o veículo ainda apresentava e, conforme f. 36, realizou um acordo com a empresa *Chrysler* segundo o qual seria feita uma revisão no veículo e a garantia seria estendida por mais um ano.

Depois disso o veículo estragou mais duas vezes, sendo os reparos pagos pela própria autora, quando ela retornou ao Procon e pleiteou a substituição do seu veículo por um novo, em perfeitas condições de uso.

Novamente a empresa, ao invés de atender prontamente o pedido da autora, ofereceu o conserto do veículo e a locação de um carro para suprir as suas necessidades cotidianas.

Referido acordo se deu em janeiro de 2002. Ocorre que em julho de 2002 o motor do veículo superaqueceu novamente, arcando a autora com o reparo, que custou R$ 731,00.

Não bastasse isso, em outubro de 2003 o veículo apresentou novamente problemas no motor e foi levado à oficina da concessionária Big Star, pelo que foi informado à autora que o valor do conserto seria de R$ 17.083,84.

Neste momento então a autora, totalmente descrente de que o reparo solucionaria o problema, desistiu de consertar o veículo, deixando-o no pátio da empresa até solução judicial da presente demanda.

Apesar de todas as intempéries suportadas pela requerente, a douta juíza *a quo* entendeu pela total improcedência dos seus pedidos iniciais, com fundamento na perícia, que, à sua conclusão, teria apontado como causa do problema a diminuição do líquido de arrefecimento, que teria sido completado com água. Fundamentou sua decisão também na falta de prova robusta e cabal quanto à responsabilidade da ré (*Chrysler*).

Com todo respeito, entendo que a sentença está equivocada também no seu mérito e, por isto, merece ser reformada. Fundamento.

Da análise do caso concreto vislumbro um enorme aborrecimento ao qual foi submetida a parte autora da presente demanda.

Em primeiro lugar porque o consumidor que opta pela aquisição de um veículo zero quilômetro pretende não se incomodar com oficinas e consertos pelo menos nos primeiros anos de uso, especialmente quando escolhe um exemplar de luxo e paga alto preço por isto. Isso, é claro, sem considerar as revisões comuns a todos os veículos.

Em segundo lugar, porque veículos novos não devem, *a priori*, apresentar problemas tão graves como superaquecimento do motor nos primeiros meses de uso. Este fato é incomum, tendo em vista que as revendas de veículos anunciam que os seus motores rodam até 500.000 quilômetros, dada a devida manutenção.

Estou convencido de que o veículo adquirido pela autora possuía um defeito de fábrica que desencadeou nas diversas panes no motor, que tiveram início logo no quarto mês de uso.

No que se refere ao ônus da prova, em que pese o entendimento da douta magistrada de base de que a autora não teria produzido provas cabais e robustas da responsabilidade da ré, neste ponto também discordo dos motivos do seu convencimento, pois considero que a autora se desincumbiu a contento do ônus que era seu, de comprovar os fatos constitutivos do seu direito, eis que anexou à inicial todos os documentos importantes à lide, como notas fiscais de todos os seus gastos com o reparo do veículo e com locação de outros carros, atas de audiência no Procon, fotos do veículo batido, etc.

Não obstante, em matéria de Direito do Consumidor é comumente utilizada a inversão do ônus da prova, em que fica a cargo do réu comprovar os fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do autor, o que não fizeram as requeridas.

Ademais, exigir que a autora apresentasse provas mais robustas seria exigir-lhe a produção de prova impossível, tendo em vista que todas as provas que lhe era possível produzir, ela produziu.

Outro ponto que deve ser abordado é o da perícia de f. 316-345 realizada pelo Engenheiro Mecânico Nelson Pereira Júnior.

Da leitura do laudo há duas conclusões a serem tiradas.

A primeira de que a prova pericial foi em muito prejudicada pelo tempo que o veículo ficou parado no pátio da empresa Big Star – Mercedes-Benz desta capital.

Isto porque inúmeras vezes o Sr. Perito descreveu que a quantidade de resíduos de óleo lubrificante nas galerias internas do motor era insuficiente para análise. Ressalta-se que o veículo ficou parado de 2003 até 2009, em poder das requeridas para somente então realizar-se a prova pericial.

Devido a este fato o sistema computadorizado interno do veículo não pode ser averiguado, de modo que o Sr. Perito não pode apontar a quilometragem rodada, ou, por exemplo, se as luzes que apontam o superaquecimento do motor eram acesas com a ignição do veículo.

Da mesma forma, o Sr. Perito informou inúmeras vezes durante o seu laudo que alguns quesitos não poderiam ser respondidos porque ausentes no veículo algumas peças. E que, inclusive, para que ele pudesse ter chegado à conclusão mais exata das causas do superaquecimento do motor era imprescindível analisar referidas peças.

Não bastasse isso, relata que algumas peças continham sinais de ferrugem e corrosão, entretanto, este fato não é nenhuma surpresa, tendo em vista que o veículo estava parado há cerca de 6 anos, talvez sob os efeitos do tempo, não se sabe.

Por último, quando o Sr. Perito narra que encontrou folhas, galhos e penas de animais no receptáculo do filtro de ar (f. 339), pelo que concluiu pelo descuido com a manutenção do veículo, repito que, ao meu modo de ver, estas são características obviamente de veículos parados em pátios de grandes empresas, sem funcionamento há anos, levando-nos mais uma vez a enxergar a fragilidade da conclusão pericial.

Assim sendo, verifico que o laudo pericial restou em muito prejudicado como prova inequívoca dos fatos, conforme supramencionado.

A segunda conclusão que se tira é que a perícia, em momento algum, aponta um fato determinado que tivesse dado causa aos problemas do veículo.

Isto porque ora alega que a autora poderia ter completado o líquido de arrefecimento com água em vez de etilenoglicol (f. 341), e então a responsabilidade pelo superaquecimento do motor seria exclusivamente sua, e ora alega que nas revisões foram colocadas quantidades insuficientes desta substância (f. 339), quando então a responsabilidade pelo superaquecimento seria das oficinas autorizadas.

Outro fato importante é que às f. 327 dos autos o Sr. Perito arrolou as dez causas mais prováveis do superaquecimento de um motor, sendo a falta de água no sistema somente uma delas.

O que me causa estranheza é que várias das peças apontadas neste rol, cujo funcionamento era essencial ao bom desempenho do motor, não estavam no veículo quando da realização da perícia, por exemplo, como válvula termostática, mangueira superior do radiador, ventiladores elétricos.

Assim sendo, considerando que a autora tomou todas as precauções cabíveis quando do mau funcionamento do seu veículo, efetuando reparos somente em oficinas autorizadas pela revenda, pagando, inclusive, altos custos por isto, e, mesmo assim, jamais pode usufruir o bem em plenas condições de uso, considero suficientes as provas produzidas pela autora para declarar que o seu veículo veio de fábrica com um vício de qualidade (defeito), em razão do que poderia ter sido substituído por outro veículo em perfeitas condições já quando do primeiro percalço.

Considero, outrossim, que o produto nunca correspondeu à legítima expectativa da consumidora, por inadequação para o uso e por insegurança.

Este é, na verdade, um típico caso de defeito de fábrica, pois o vício oculto já existia no momento da compra, manifestando-se somente quatro meses após, oportunidade em que a consumidora ficou ciente do vício.

Sobre a possibilidade do pedido de substituição do veículo por outro, em perfeitas condições de uso, entendo que referido pedido possui plena possibilidade de ser atendido.

Isso porque o prazo de 30 dias, previsto no artigo 18, § 1º do Código de Defesa do Consumidor, para saneamento do vício, foi em muito ultrapassado, em virtude do número de reparos aos quais fora submetido o veículo da autora, desde o ano de 2000 até 2003, fatos que, aliados, permitem, ao meu modo de ver, a aplicação do inciso I do referido dispositivo.

Nesse sentido arestos do Superior Tribunal de Justiça:

> CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Vício de qualidade. Automóvel. Não sanado o vício de qualidade, cabe ao consumidor a escolha de uma das alternativas previstas no art.18, § 1º, do CDC.
>
> Recurso conhecido e provido para restabelecer a sentença que dera pela procedência da ação, condenada a fabricante a substituir o automóvel. (REsp n. 185836/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 23.11.1998, DJ de 22.3.1999, p. 211).
>
> Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Veículo novo. Defeito de fábrica. Código do Consumidor.
>
> 1. O defeito apresentado, mormente por tratar-se de veículo zero quilômetro já com sucessivas idas à oficina, diminuiu o valor e comprometeu a qualidade do produto, além de impossibilitar a utilização do bem.
>
> 2. Regular a aplicação do artigo 18, §§ 1º e 2º, da Lei n. 8.078/90, estando a decisão em harmonia com os precedentes desta Corte ao determinar a substituição do bem.
>
> 3. O dissídio não restou caracterizado. A recorrente não realizou o indispensável cotejo analítico, conforme exigido pelo artigo 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil. O precedente colacionado também não guarda a necessária identidade fática com a hipótese destes autos.
>
> 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag n. 350590/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 19.3.2001, DJ de 7.5.2001, p. 141, REPDJ 18.6.2001, p. 154, REPDJ 25.6.2001, p. 177).

> CIVIL. AQUISIÇÃO DE VEÍCULO ZERO-QUILÔMETRO. DEFEITO. A quantidade e a freqüência dos defeitos manifestados logo após a compra do veículo zero-quilômetro autorizam o pedido da substituição (CDC, art. 18, § 3º); nada justifica a presunção de que, consertado o último defeito, outro não se revele logo a seguir, como já aconteceu nas ocasiões anteriores. Recurso especial conhecido e provido em parte, tão-só para afastar da condenação a indenização por danos morais, com conseqüente reflexo na verba honorária. (REsp n. 445804/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 5.12.2002, DJ de 19.5.2003, p. 226).
>
> AGRAVO REGIMENTAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. COMPRA DE VEÍCULO ZERO-QUILÔMETRO COM DEFEITO. VÍCIOS DO PRODUTO NÃO SOLUCIONADOS NO PRAZO LEGAL. AÇÃO VISANDO À RESTITUIÇÃO DO VALOR PAGO, BEM COMO A CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO EM SEGUNDO GRAU SEM O PEDIDO DA PARTE. JULGAMENTO EXTRA PETITA. CARACTERIZAÇÃO. ALEGAÇÃO DE QUE OS PROBLEMAS TERIAM SIDO SOLUCIONADOS, BEM COMO DE QUE O DANO MORAL NÃO TERIA SIDO CARACTERIZADO. QUESTÕES DE PROVA. REEXAME NO RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. SÚMULA 7/STJ.
>
> [...]
>
> IV - Analisando as provas carreadas ao processo e as peculiaridades do caso concreto, entendeu o Colegiado estadual que o fato de o veículo não ter apresentado condições de uso normal, aliado à necessidade de ele ser devolvido à concessionária para reparos por diversas vezes em curto espaço de tempo, não configurou situação de mero dissabor, justificando-se, portanto, a condenação das rés à reparação por dano moral. Nesse contexto, a pretensão de rever tal conclusão esbarra na necessidade de reexame de prova, atraindo a aplicação da Súmula 7 desta Corte.
>
> Agravos do autor, bem como da montadora, segunda ré, improvidos. (AgRg no REsp n. 895706/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 2.9.2008, DJ de 16.9.2008).

Dos julgados acima percebe-se ainda que, restando comprovados os transtornos enfrentados pelo proprietário do veículo com tantas idas ao conserto em pouco espaço de tempo, e se, da análise do caso concreto restar evidenciada situação que vai além do mero dissabor, pode ser arbitrada indenização por danos morais em face do prejudicado.

Este egrégio Tribunal de Justiça já se manifestou em caso semelhante pelo dever de a concessionária substituir o veículo zero quilômetro que apresenta defeito de fábrica, conforme acórdão proferido no processo n. 2009.029933-6, cujo relator foi o Eminente Des. Rêmolo Letteriello, que proferiu o seu voto pela manutenção da sentença.

Assim sendo, a par de todas as considerações, reformo a sentença atacada e julgo procedentes os pedidos da autora, especialmente quanto à substituição do veículo defeituoso por um veículo novo, em plenas condições de utilização.

Quanto aos danos materiais, entendo que a autora deve ser restituída de todos os gastos que teve com conserto do veículo, troca de peças, aluguel de guinchos e aluguel de outros veículos, cujas despesas estão comprovadas nos autos por meio das notas fiscais anexadas à inicial, devendo o valor ser corrigido monetariamente pelo IGP-M/FGV desde cada desembolso e sobre o total incidir juros de mora de 1% ao mês desde a citação válida dos presentes autos até o efetivo pagamento.

Ressalto, outrossim, que referido cálculo deverá ser realizado em fase de liquidação de sentença, mas nele não devem ser incluídas as despesas com revisões convencionais, como troca de óleo, troca de pneus, alinhamento, balanceamento, etc, pois estes gastos são comuns a qualquer carro, mesmo que em perfeito funcionamento.

Finalmente, tomando por critérios a função repreensora, preventiva e educativa, do lado do agente do ilícito causador do dano, e ressarcitória e apaziguadora, do ponto de vista do lesado, tenho que deve ser arbitrado *quantum* indenizatório a título de dano moral, que deve obedecer aos princípios de moderação e da razoabilidade, a fim de que o instituto não seja desvirtuado de seus reais objetivos, nem transformado em fonte de enriquecimento ilícito.

Condeno as requeridas pagarem à requerente a importância de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), a título de indenização por danos morais, devido ao grande desgaste sofrido por esta última durante tantos anos de litígio, ainda que extrajudicial, e por considerar que o abalo moral sofrido por ela ultrapassa os limites do mero aborrecimento cotidiano.

Por último, ante a reforma total da sentença, condeno as requeridas no pagamento de custas processuais e dos honorários advocatícios, estes que fixo em 15% sobre o valor atualizado da condenação, com fulcro no artigo 20, § 3º do Código de Processo Civil.

II. Recurso adesivo da primeira requerida

Com a reforma da sentença o recurso adesivo apresentado pela requerida resta prejudicado, tendo em vista que versava exclusivamente sobre a majoração dos honorários advocatícios fixados em seu favor e que agora não há mais condenação a seu favor, de modo que de credora, passou a devedora de honorários.

Assim sendo, julgo prejudicado referido recurso, motivo pelo qual deixo de conhecer do seu inteiro teor.

III. Dispositivo

Por tais razões, conheço do recurso da autora e lhe dou provimento, para, reformando a sentença objurgada, preliminarmente, declarar a legitimidade passiva *ad causam* da requerida Nacional Motors Distribuidora de Veículos Ltda., e no mérito, julgar procedentes os seus pedidos iniciais, condenando as requeridas na substituição do veículo da autora, restituição dos valores gastos com conserto, pagamento de indenização por danos morais no importe de R$ 5.000,00, custas processuais e dos honorários advocatícios, tudo nos termos expostos.

Não obstante, julgo prejudicado o recurso adesivo interposto pela primeira requerida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO APELO DA AUTORA E JULGARAM PREJUDICADO O RECURSO ADESIVO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Maria Lós, Divoncir Schreiner Maran e Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 27 de julho de 2010.

***

Apelação Cível n. 2008.012755-1 - Campo Grande
Primeira Turma Cível
Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – VIAGEM DE ÔNIBUS INTERMUNICIPAL – MOTORISTA QUE ESCONDE CAIXA COM PRODUTO DE CONTRABANDO À MARGEM DA RODOVIA – POLICIAL MILITAR A PAISANA COMO UM DOS PASSAGEIROS - PRISÃO EM FLAGRANTE DO CONDUTOR – DEMORA NA CONCLUSÃO DA VIAGEM E REVISTA DOS PASSAGEIROS - DANOS CARACTERIZADOS – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA EMPRESA – ART. 37, § 6º, DA CF, 932, III E 933, DO CC E 14 DO CDC – INDENIZAÇÃO DEVIDA.

DANO MATERIAL – DESPESA COM EXAMES MÉDICOS REALIZADOS EM DECORRÊNCIA DO EVENTO – DEVER DE RESSARCIMENTO PELA EMPRESA RÉ – DESPESA COM ALUGUEL DE VEÍCULO PARA COMPLETAR A VIAGEM – NÃO COMPROVAÇÃO – RECIBOS DE DESPESA COM ATENDIMENTO PSICOTERÁPICO – JUNTADA EM MOMENTO INOPORTUNO – PRECLUSÃO – ART. 396 E 397 DO CPC.

DANO MORAL – OCORRÊNCIA – TRATAMENTO DAS REQUERENTES COMO SUSPEITAS DA PRÁTICA DE CRIME – REVISTA NAS BAGAGENS E DEMORA NA CONCLUSÃO DA VIAGEM – REQUERENTE SENHORA COM PROBLEMAS CARDÍACOS E A OUTRA CRIANÇA COM SETE ANOS DE IDADE – ABALO EMOCIONAL PASSÍVEL DE REPARAÇÃO PECUNIÁRIA.

ARBITRAMENTO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO DOS DANOS MORAIS – PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – OFENSA A UMA SENHORA COM PROBLEMAS DE SAÚDE E A UMA CRIANÇA EM TENRA IDADE – COMPENSAÇÃO/PUNIÇÃO – MAJORAÇÃO DA VERBA.

SUCUMBÊNCIA – PARTE REQUERENTE QUE DECAIU DE PARTE MÍNIMA DO PEDIDO – INEXISTÊNCIA DE SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – § ÚNICO, ART. 21, CPC – INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL FIXADA EM VALOR MENOR DO QUE O PRETENDIDO NA INICIAL – IRRELEVÂNCIA – SÚMULA N. 326 STJ.

A responsabilidade da empresa ré, prestadora de serviço público e na qualidade de fornecedora na relação de consumo (art. 37, § 6º, CF e 14 CDC), é objetiva, tendo o dever de indenizar os danos causados por seus funcionários, nesta qualidade, consoante dispõem os art. 932, III e 933 do Código Civil.

Comprovada que a realização de exames laboratoriais foi necessária em decorrência do incidente ocorrido na viagem pela requerente, esta deve ser ressarcida de tal despesa. Não comprovando as requerentes as despesas com transporte para conclusão da viagem, não há falar em ressarcimento pela empresa ré. Os recibos juntados com o recurso de apelação, relativos ao tratamento psicoterápico da requerente, não podem ser admitidos, eis que preclusa a oportunidade da produção de tal prova documental (art. 396 e 397 do CPC).

A abordagem policial durante a viagem, com a revista de todos os passageiros e suas bagagens, além de considerá-los suspeitos do crime praticado pelo funcionário da empresa ré, e ainda a demora na conclusão da viagem, por ficarem retidas em posto policial em horário de almoço, sob sol forte, sem água e comida, caracteriza dano moral, em decorrência da dor e humilhação impostas às vítimas.

A indenização por dano moral deve ser fixada pelo julgador segundo os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, buscando sempre atender a sua dupla função, compensatória e punitiva. Verificado que a indenização foi arbitrada em valor módico pelo Juízo *a quo*, cabe sua majoração.

Aos termos do parágrafo único do art. 21 do CPC, decaindo a requerente de parte mínima do pedido, compete à ré o pagamento integral das custas e honorários advocatícios. Conforme enunciado da Súmula n. 326 do STJ *"na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca"*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso de Adriana dos Santos e outro e negar provimento ao de Expresso Queiroz Ltda.

Campo Grande, 20 de julho de 2010.

Des. Joenildo de Sousa Chaves – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves

Adriana dos Santos, Giovana dos Santos (autoras) e Expresso Queiroz Ltda. (ré**)**, inconformadas com a sentença proferida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Capital, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na presente ação de indenização por danos morais e materiais que as primeiras promovem contra a última, interpõem recursos de apelação.

Adoto como relatório um trecho do brilhante parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, lançado às f. 253-261, que abaixo passo a transcrever:

> Em razões de apelação, as recorrentes Adriana dos Santos e Giovana dos Santos pugnam pela majoração do *quantum* fixado a título de danos morais, ao argumento de que o valor arbitrado revela-se incapaz de punir adequadamente o autor do ato ilícito e de indenizar completamente os prejuízos extrapatrimoniais sofridos pelas vítimas, bem como requerem o ressarcimento do valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais) relativo ao acompanhamento psicoterápico da apelante Giovana dos Santos, cujos comprovantes de pagamentos juntou com a apelação, a restituição de R$ 288,00 (duzentos e oitenta e oito reais), referente ao valor despendido para buscar as vítimas em Anhandui-MS, e, por fim, o pagamento de R$ 47,00 (quarenta e sete reais) em razão dos exames laboratoriais efetuados pela apelante Adriana dos Santos (f.177-202).
>
> Em razões recursais, a empresa Expresso Queiróz Ltda. pugnou pela reforma da sentença, ao argumento de que a hipótese em referência encerra ocorrência de caso fortuito, e, como tal, exclui a responsabilidade pela indenização pretendida pelas vítimas. Alega, ainda, que não há nos autos qualquer comprovação acerca dos danos morais supostamente vivenciados pelas vítimas, ou mesmo, dos danos materiais, além de revelar-se preclusa a juntada de documentos com o recurso de apelação. Por fim, requereu sejam divididos os ônus da sucumbência, por terem as apeladas decaído de grande parte do pedido formulado na inicial (f.211-225) (f.253-254).

Pugnam pelo recebimento, conhecimento e provimento dos recursos.

Ambas as partes apresentaram contrarrazões (f. 228-235, 239-245).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça:

> Pelo provimento parcial do apelo interposto pelas recorrentes Adriana dos Santos e Giovana dos Santos, para, tão somente, determinar a restituição da despesa referente aos exames laboratoriais realizados pela consumidora Adriana dos Santos (f. 36), e, pelo improvimento do recurso interposto por Expresso Queiróz Ltda.

VOTO

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

Trata-se de recursos de apelação interpostos por Adriana dos Santos, Giovana dos Santos e Expresso Queiroz Ltda., em face da sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na presente ação indenizatória.

Para a melhor compreensão do caso sob julgamento faço um breve relatório dos fatos.

Extrai-se dos autos que as requerentes Adriana e Giovana ingressaram com ação de indenização por danos morais e materiais em face de Expresso Queiróz, argumentando que, em 15.1.2006, viajavam em ônibus da empresa ré, de Ponta Porã a Campo Grande, quando, em determinado momento da viagem o motorista parou o veículo, abriu o bagageiro, descarregou algumas caixas e escondeu-as no mato à margem da rodovia, marcando o local com madeiras em formato de cruz.

Ocorre que no ônibus havia como passageiro um policial militar a paisana, que, ao ver a atitude do condutor, esperou chegarem ao Distrito de Anhanduí, quando se identificou e pediu que parasse o veículo no posto policial, comunicando o ocorrido. Nesse momento o motorista ficou detido e o policial que estava no ônibus juntamente com outros policiais foi até o local onde estavam as caixas, que continham produto de contrabando.

A partir daí, como relatam as requerentes, *"começou o martírio"*, uma vez que houve abordagem policial dentro do ônibus, com policiais armados revistando tudo e todos, mandando que os passageiros descessem já que também eram suspeitos. Todos desceram, foram revistados, tiveram de esperar os outros policiais voltarem do local onde foram buscar as caixas, para lavratura da ocorrência, isso já no horário de almoço, sob sol forte, sem água e comida.

Posteriormente, resolvida a situação, restou comprovado que as mercadorias eram do Sr. Sebastião Pessoa Brito, motorista da empresa ré, que foi preso em flagrante.

Em decorrência dos fatos, alegam as requerentes que sofreram graves constrangimentos, sendo a Adriana uma senhora com problemas cardíacos e a Giovana uma criança, com apenas sete anos de idade à época dos fatos, de modo que ambas ficaram muito abaladas com o ocorrido, sendo caracterizados, portanto, os danos morais. Além disso, tiveram que locar um veículo para buscá-las em Anhanduí, a fim de completarem a viagem até esta Capital, além de gastos com tratamento de saúde, o que caracterizam os danos materiais.

A juíza *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido inicial, condenando a empresa ré ao ressarcimento dos danos materiais, no importe de R$ 770,00 e ao pagamento dos danos morais, no valor de R$ 1.500,00 para Adriana, e R$ 3.000,00 para Giovana.

Diante disso, manejaram as requerentes recurso de apelação, objetivando a majoração do *quantum* relativo aos danos morais e a comprovação de todos os gastos, para também aumentar o valor dos danos materiais; de outro lado, a ré igualmente apelou da sentença, pugnando pela improcedência do pedido.

Pois bem, diante do entrelaçamento das questões deduzidas, aprecio conjuntamente ambos os recursos.

No que se refere à responsabilidade da empresa ré, não há grandes considerações nem maiores divagações a serem feitas, uma vez que, tanto à luz do Texto Constitucional, como do Código de Defesa do Consumidor, trata-se de responsabilidade objetiva.

Assim, vejamos o que dispõem referidos diplomas legislativos:

> Art. 37, § 6º, CF: 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, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.
>
> Art. 14, 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, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Sendo assim a demonstração do liame causal entre a conduta e o dano é suficiente para configurar a obrigação de indenizar. Somente a situação de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima teria o condão de exonerar a ré de sua responsabilidade.

Pretende a ré eximir-se do dever de indenizar as requerentes ao argumento de ocorrência de caso fortuito, afirma que não agiu nem se omitiu de maneira a ocasionar o evento danoso, não tendo sido imprudente, imperita ou negligente, não havendo, portanto, como subsistir a sentença que a condenou ao pagamento de indenização.

A meu juízo, contudo, sem razão a empresa ré.

Como não reconhecer o dever de indenizar da empresa ré se seu empregado – o condutor do ônibus – agiu ilegalmente no momento em que prestava serviços em seu nome (da empresa), violando os direitos da personalidade das requerentes, com atitude que extrapolou a naturalidade dos fatos do cotidiano, causando aflição e angústia emocional as mesmas?!

Ora, me parece óbvio que as requerentes tiveram sua honra, seu sossego, sua tranquilidade, seu bem estar, violados pela situação de angústia e insegurança que passaram quando viajavam em veículo da empresa ré, sobretudo o episódio policial e a demora na conclusão da viagem.

Nesse sentido, mesmo tendo sido o episódio descrito na exordial causado pelo funcionário da ré (o motorista do ônibus), tal fato não exime a empresa de responsabilidade relativamente aos danos experimentados pelas requerentes, haja vista a responsabilização decorrente da culpa *in eligendo* e *in vigilando*. Assim dispõem os art. 932, inciso III e 933 do Código Civil e o art. 34 do Código de Defesa do Consumidor.

Sobre o tema cito jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

> APELAÇÃO. QUEDA DE PASSAGEIRA EM TRANSPORTE COLETIVO. CULPA DO MOTORISTA. FUNCIONÁRIO DA EMPRESA DEMANDADA. FREADA BRUSCA. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA EMPREGADORA. DANOS MORAIS. AFASTADA A CONDENAÇÃO EM LUCROS CESSANTES.

> Culpa. O conjunto fático-probatório demonstrou que a freada brusca realizada pelo condutor do ônibus fez com que a autora tombasse violentamente e lesionasse a coluna. Responsabilidade da empresa demandada, de acordo com os art. 932 e art. 933 do CPC. Culpa *in eligendo*. [...] (AC n. 70024894586, Décima Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Dálvio Leite Dias Teixeira, julgado em 22.10.2009).

Denota-se, portanto, que a responsabilidade da ré-apelante é objetiva em relação à conduta culposa do motorista, seu empregado.

Destarte, com fundamento no art. 5º, incisos V e X, da Constituição Federal, dentre outros dispositivos das normas infraconstitucionais acima destacados, deve ser mantida a condenação da empresa ré, sendo devida a indenização às requerentes.

Definida a responsabilidade da empresa ré e a ocorrência dos danos às requerentes, resta averiguar a questão relativa ao *quantum* arbitrado.

Relativamente aos danos materiais, acolho integralmente o excelente parecer do Ministério Público.

Quanto à despesa de f. 36, relativa a exames laboratoriais realizados pela requerente Adriana, é posterior à consulta médica indicada no recibo de f. 35 e guarda correlação com os fatos narrados na inicial, de modo que deve ser restituída à requerente.

De outro lado, não merece acolhimento a pretensão das requerentes em receber o valor de R$288,00, relativos à despesa extra com transporte para o destino final da viagem. Como bem apontou o *parquet*, a empresa ré disponibilizou outro ônibus que conduziu os passageiros até o destino, além disso, não comprovaram as requerentes tal despesa.

Os recibos juntados com o recurso de apelação, relativos ao tratamento psicoterápico da requerente Giovana, não podem ser admitidos, uma vez que preclusa a oportunidade de produzir referida prova documental.

É defeso às partes produzir novas provas, sem a devida justificativa, após a prolação da sentença, uma vez que impossibilita ao adversário o exercício do contraditório. No caso incidem as regras dos art. 396 e 397 do CPC. Assim dispõe o art. 396 do CPC:

> Compete à parte instruir a petição inicial (art. 283), ou a resposta (art. 297), com os documentos destinados a provar-lhe as alegações.

O ordenamento jurídico somente autoriza a juntada de documentos novos a qualquer tempo *"quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos"* (art. 397 do CPC).

Nesse sentido, lecionam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> A parte tem o dever de demonstrar que a finalidade da juntada visa a contrapor o documento a outro, ou a fato ou alegação surgida no curso do processo e depois de sua última oportunidade de falar nos autos. Não pode a juntada ser feita com o intuito de surpreender a parte contrária ou o juízo, ardilosa e maliciosamente, para criar no espírito do julgador, à última hora, a impressão de encerramento da questão, sem que a outra parte tenha tido igual oportunidade na dialética do processo. Deve estar presente na avaliação do julgador, sempre, o princípio da lealdade processual, de sorte seja permitida a juntada de documento nos autos, apenas quando nenhum gravame houver para a parte contrária. (Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante, 7. ed., Revista dos Tribunais, p.751)

Assim, como se verifica dos documentos de f. 203-204, são datados de março a junho de 2006, tendo a sentença sido proferida em 8.11.2007 e o recurso de apelação interposto em 19.12.2007, de maneira que a hipótese não se encaixa nas exceções do art. 397 do CPC, não podendo ser determinada a restituição de tais valores.

Em relação aos danos morais, conforme já declinado alhures, não resta dúvida que efetivamente ocorreram, pois as requerentes sofreram humilhação e constrangimento em virtude do evento descrito na inicial.

Nesse passo, a indenização por dano moral representa uma compensação pela tristeza, pelo abalo, pela perturbação infligidos injustamente às requerentes. Assim, entendo que a pretensão recursal é procedente, devendo ser majorado o valor da indenização.

A respeito de dano moral, com grande proficiência leciona o ilustre jurista Savatier, *in verbis*:

> [...] Dano moral é qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranquilidade, ao seu amor-próprio estético. À integridade de sua inteligência, as suas afeições, etc [...] (***Traité de la responsabilité civile***, v. II, n. 525).

A determinação da quantia arbitrada pelos danos morais - sabe-se que não há no ordenamento jurídico parâmetros legais rígidos para tanto - é uma questão subjetiva, mas que deve obedecer alguns critérios estabelecidos pela doutrina e jurisprudência, sobretudo, traduzindo-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante. Importa deixar claro que a indenização por dano moral, para o ofendido, não leva a um ressarcimento, mas uma compensação. Já para o causador do dano, representa uma forma de punição suficiente para inibir sua reincidência.

Acerca do tema leciona Carlos Roberto Gonçalves:

> O problema da quantificação do dano moral tem preocupado o mundo jurídico, em virtude da proliferação de demandas, sem que existam parâmetros seguros para a sua estimação. Enquanto o ressarcimento do dano material procura colocar a vítima no estado anterior, recompondo o patrimônio afetado mediante a aplicação da fórmula 'danos emergentes - lucros cessantes', a reparação do dano moral objetiva apenas uma compensação, um consolo, sem mensurar a dor. Em todas as demandas que envolvem danos morais, o juiz defronta-se com o mesmo problema: a perplexidade ante a inexistência de critérios uniformes e definidos para arbitrar um valor adequado. (**Responsabilidade Civil**, 8. Ed., Editora Saraiva, 2003, p. 569)

E ainda:

> Tem prevalecido, no entanto, o entendimento de que a reparação pecuniária do dano moral tem duplo caráter: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor. Ao mesmo tempo que serve de lenitivo, de consolo, de uma espécie de compensação para a atenuação do sofrimento havido, atua como sanção ao lesante, como fator de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem. (Obra citada, p.566-567)

Caio Mário também discorre sobre assunto:

> Quando se cuida de reparar o dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: o caráter punitivo para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que

> praticou; e o caráter compensatório para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido. (**Responsabilidade Civil**, 8. ed., Forense, 1997, p. 97)

Para tanto, há de ser observada a atividade, a condição social e econômica das partes, sem dar ensejo ao enriquecimento indevido do ofendido, nem levar o ofensor à ruína, obedecendo, portanto, aos pressupostos essenciais da razoabilidade-proporcionalidade para a fixação do *quantum*.

> Nesses termos já decidiu este Colegiado, em julgado de minha relatoria:
>
> Não existindo parâmetros para a fixação do valor do dano, a indenização por danos morais deve ser fixada pelo julgador segundo os princípios de razoabilidade e proporcionalidade, de modo a evitar a configuração de enriquecimento ilícito, devendo atender sempre à função compensatória ao ofendido e punitiva ao ofensor. (AC n. 2009.024276-0, Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, julgado em 29.9.2009)

Posto isso, entendo que o *quantum* indenizatório fixado na sentença – R$ 1.500,00 para Adriana e R$ 3.000,00 para Giovana, considerando sua maior fragilidade por trata-se de criança em tenra idade - deve ser majorado, ante a gravidade dos fatos descritos na inicial, além do grande abalo e perturbação emocional experimentado pelas requerentes.

In casu, considerando o grau de culpa da empresa ré, a grave conduta praticada por seu empregado, assim como as características das vítimas (requerentes), tenho que o valor de R$ 3.000,00 para Adriana e R$ 6.000,00 para Giovana, é capaz de compensar dignamente os efeitos do prejuízo moral sofrido, bem como de inibir atitudes semelhantes da ré.

Sobre a reparação dos danos leciona Silvio Rodrigues que:

> Tais soluções não são ideais, pois ideal seria que o ato ilícito não tivesse ocorrido ou que o efeito danoso não houvesse sobrevindo. Mas, depois que ocorreram um e outro, a indenização é a única solução adequada. (**Direito Civil – Responsabilidade Civil** – Vol. 4, 19. ed., Saraiva, 2002, p.186)

Sobre a insurgência da ré quanto à condenação sucumbencial, novamente sem razão, nos termos do brilhante parecer do Ministério Público (f. 261). Recomenda-se à ré uma detida análise do parágrafo único, do art. 21 do CPC, bem como da Súmula n. 326 do Superior Tribunal de Justiça.

Enfim, à luz de tais considerações e, em parte, de acordo com o Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, entendo que o recurso das requerentes comporta parcial provimento e o da ré deve ser improvido.

Diante do exposto, conheço e dou parcial provimento ao recurso de apelação interposto pelas requerentes, Adriana dos Santos e Giovana dos Santos, para ***I)*** majorar o *quantum* relativo aos danos materiais, determinando a restituição da despesa de R$ 47,00 (quarenta e sete reais), referente aos exames laboratoriais realizados (f. 36), devidamente atualizados com correção monetária pelo IGPM/FGV a partir do desembolso e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação e ***II)*** majorar o valor da indenização por danos morais, no importe de R$ 3.000,00 (três mil reais) para Adriana e R$ 6.000,00 (seis mil reais) para Giovana, com correção monetária pelo IGPM/FGV a partir da publicação do acórdão (Súm. 362/STJ) e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação; ***III)*** quanto ao recurso de apelação interposto pela ré, Expresso Queiróz Ltda., nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DE ADRIANA DOS SANTOS E OUTRO, E NEGARAM PROVIMENTO AO DE EXPRESSO QUEIROZ LTDA.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves.

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

Campo Grande, 20 de julho de 2010.

***

Apelação Cível n. 2009.033331-5 - Campo Grande
Primeira Turma Cível
Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – REPRESENTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – VIOLAÇÃO AO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA – PROMOTOR DE EVENTO – FESTA EM BOATE – ENTRADA E PERMANÊNCIA DE MENORES DE 16 ANOS DESACOMPANHADOS DOS PAIS – CONSUMO DE BEBIDAS ALCOÓLICAS – ART. 81, II, DO ECA – APLICAÇÃO DE MULTA – ART. 258 ECA – VALOR RAZOÁVEL, ADEQUADO À INFRAÇÃO – NÃO REDUÇÃO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

A presença de menores de idade em casa noturna e o consequente consumo de bebidas alcoólicas, configuram infração administrativa prevista no art. 258 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ensejando a responsabilidade do promotor do evento.

Correta a aplicação da multa no valor fixado, não merecendo reparos a decisão, uma vez que em conformidade com o princípio da razoabilidade, mostrando-se adequado a gravidade da infração.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 13 de julho de 2010.

Des. Joenildo de Sousa Chaves – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves

Lucas Brandão Veigas de Freitas, inconformado com a sentença proferida pelo Juízo de Direito da Vara da Infância, Juventude e Idoso desta Capital, que julgou procedente a representação que lhe move o Ministério Público Estadual, interpõe recurso de apelação.

Ingressou o Ministério Público Estadual (MPE), ora apelado, com a presente representação em face do apelante, sob argumento de que este foi responsável pela organização da festa "*Winter Fest* 03", realizada em 19.9.2008, na Boate Tozen, localizada no interior do Parque de Exposições Laucídio Coelho, na qual houve consumo de bebidas alcoólicas por adolescentes.

O magistrado *a quo* julgou procedente a representação, condenando o representado-apelante ao pagamento de multa no valor de dez salários-mínimos, vigentes à época do efetivo pagamento, em favor do Fundo Municipal dos Direitos da Criança, nos termos do art. 214, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Diante disso, manejou o representado recurso de apelação, através do qual pugna pela reforma da sentença, sustentando a inépcia da representação, por não descrever o fato delituoso, já que lastreada em interpretação errônea do relatório das Conselheiras Tutelares e, assim, que seja julgada improcedente, ou, não sendo este o entendimento da Corte, que seja reduzido o valor da multa, a patamar mínimo, já que é estudante e não empresário como entendeu o magistrado.

Pugna, ao final, pelo recebimento, conhecimento e provimento do recurso.

Contrarrazões às f.128-131.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f.137-143, pelo conhecimento e improvimento do recurso.

VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação interposto por Lucas Brandão Veigas de Freitas, em face da sentença que julgou procedente a representação que lhe move o Ministério Público Estadual.

A questão devolvida à apreciação desta Turma julgadora diz respeito à conduta do apelante na organização de uma festa, denominada "*Winter Fest* 03", realizada na Boate Tozen, na qual supostamente teria havido consumo de bebidas alcoólicas por adolescentes, o que importa em infringência ao disposto no art. 258 do ECA.

Ingressou o MPE com a presente representação objetivando a cominação de sanção em desfavor do apelante, por violação ao art. 258 do ECA, consubstanciada em multa pecuniária no valor equivalente a vinte salários mínimos, a ser revertido a alguma entidade de assistência a criança e adolescente.

O pedido foi julgado procedente, condenando o apelante ao pagamento de multa no valor de dez salários mínimos, vigentes à época do efetivo pagamento, em favor do Fundo Municipal dos Direitos da Criança.

Diante disso, foi interposto o presente apelado, pelo qual requer o representado, ora apelante, a reforma da sentença, com o julgamento de improcedência da representação, uma vez que não restou devidamente comprovado que na festa que promoveu houve consumo de bebidas alcoólicas por adolescentes; não sendo este o entendimento da Corte, pugna pela redução da multa ao patamar mínimo.

Pois bem, extrai-se dos autos que no dia 19.9.2008, na Boate Tozen, localizada no Parque de Exposições Laucídio Coelho, nesta Capital, foi realizada a festa denominada "*Winter Fest* 03", sob organização do apelante, na qual foi constatado pelas Conselheiras Tutelares que lá compareceram, o consumo de bebidas alcoólicas por menores de 18 anos, o que é vedado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê, inclusive, penalidade ao responsável pela infração.

Vejamos o que dispõe referida legislação:

> Art. 258. Deixar o responsável pelo estabelecimento ou o empresário de observar o que dispõe esta Lei sobre o acesso de criança ou adolescente aos locais de diversão, ou sobre sua participação no espetáculo:
>
> Pena – multa de três a vinte salários de referência; em caso de reincidência, a autoridade judiciária poderá determinar o fechamento do estabelecimento por até quinze dias.

Ademais, nos termos do art. 81, II, do ECA, é expressamente proibida a venda de bebidas alcoólicas a crianças e adolescentes.

Portanto, a Lei n. 8.069/90 é clara quanto à proibição dos menores adentrarem ou permanecerem em determinados eventos ou recintos, tais como o promovido pelo apelante, de acordo com as faixas etárias, até 12 anos, de 12 até 16 e de 16 até 18 anos incompletos, bem como sobre a proibição do consumo de bebidas alcoólicas por todos os menores de 18 anos.

Conforme se verifica do alvará judicial concedido ao apelante para a realização da festa, (f. 12) era permitida a entrada de adolescentes, a partir de 16 anos, desacompanhados, no entanto, terminantemente proibida a venda ou entrega a consumo de bebidas alcoólicas a menores e a entrada de menores de 16 anos, sob pena de responsabilidade do organizador do evento.

Nesse sentido, cabia ao apelante, tendo em vista que organizador do evento com distribuição de bebida alcoólica, o dever de fiscalizar a venda e consumo de bebida no limite do estabelecimento.

Destarte, se negligente o apelante e autuado em flagrante por agentes do Conselho Tutelar em diligência no local, não importa se o menor diretamente adquiriu a bebida, ou se alguém em seu favor, o fato é que violou as normas do ECA e deve ser responsabilizado por sua conduta.

No decorrer da marcha processual restou assaz demonstrada a infringência à Lei n. 8.069/90, é o que se infere da instrução probatória dos autos, conforme se verifica do Relatório de Fiscalização do Conselho Tutelar, constante às f. 13, e dos depoimentos das testemunhas às f. 59-68.

Diante disso, restou comprovada a entrada de adolescentes menores de 16 anos no evento, desacompanhados, bem como o consumo de bebidas alcoólicas por menores de 18, de modo que, caracterizada a infração administrativa imputada ao apelante, correta a sentença impugnada.

Sobre o tema cito jurisprudência deste Colegiado:

> APELAÇÃO CÍVEL – INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA – PROIBIÇÃO DE ENTRADA E PERMANÊNCIA DE MENORES DESACOMPANHADOS DE SEUS PAIS – APLICAÇÃO DE MULTA DO ART. 258 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA) LEI N. 8.069/90 – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. A presença de menor de idade em casa noturna configura infração administrativa prevista no art. 258 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Correta a aplicação da multa no valor fixado, não merecendo reparos a decisão. Recurso conhecido e não provido. (AC n. 2007.028350-2, Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins, julgado em 1.12.2009)

No que tange à multa aplicada, penso que o importe arbitrado não deve ser diminuído. Referido valor deve ser condizente com a principal finalidade da multa, qual seja, inibir a repetição da conduta faltosa.

A finalidade inibitória da multa no caso em tela deve ser perseguida com todo o afinco, pois no evento os menores estavam tendo acesso irrestrito a bebidas alcoólicas, além de menores de 16 anos comparecerem à festa, o que não era permitido.

Ademais, o arbitramento da multa pelo magistrado *a quo* em dez salários mínimos se mostra adequado, de acordo com os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, considerando que o patamar mínimo é de três salários mínimos e o máximo é de vinte, ficando a condenação em patamar intermediário.

Nesse sentido:

> APELAÇÃO CÍVEL – REPRESENTAÇÃO – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA – ARTIGO 285 DO ECA – PROIBIÇÃO DE ENTRADA E PERMANÊNCIA DE MENORES EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL DESTINADO À VENDA DE BEBIDAS

> ALCOÓLICAS (BAR) – APLICAÇÃO DE MULTA – RECURSO NÃO PROVIDO. O descumprimento de proibição de entrada e permanência de menor desacompanhado dos pais ou responsáveis, em estabelecimento comercial destinado à venda de bebidas alcoólicas (bar), acarreta a aplicação de multa prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente. Mantém-se o valor da multa aplicada que se mostra em conformidade com o princípio da razoabilidade, atentando, ainda, para a gravidade da infração. (TJMS, AC n. 2009.003649-7, Quinta Turma, Des. Vladimir Abreu da Silva, julgado em 4.6.2009) (grifei)

Sendo assim, considerando a gravidade da infração administrativa, não há falar em redução da multa nem que é exagerada, independentemente de ser o apelante empresário ou estudante, devendo a sentença permanecer incólume também neste ponto.

Com essas considerações e de acordo com o Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, entendo que o recurso não comporta provimento, devendo ser prestigiada a decisão *a quo*.

Diante do exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Lucas Brandão Veigas de Freitas, mas nego-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. DECISÃO COM O PARECER.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves.

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

Campo Grande, 13 de julho de 2010.

***

Agravo n. 2010.016732-5 - Aquidauana
Primeira Turma Cível
Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves

EMENTA – AÇÃO MONITÓRIA – DOCUMENTO DENOMINADO ORDEM DE SERVIÇO – POSSIBILIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DO CREDOR, DO DEVEDOR E DO VALOR COBRADO PELO SERVIÇO PRESTADO – DOCUMENTO QUE ATENDE OS REQUISITOS DO ART. 1102- A DO CPC – AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO.

A lei não define o que é prova escrita sem eficácia de título executivo para ajuizamento da ação monitória.

É pacífico o entendimento de que a prova escrita deve conter elementos que permitam a identificação clara de quem seja o devedor e o credor de uma relação jurídica reveladora de uma obrigação de pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.

Havendo identificação das partes, do serviço prestado e dos valores cobrados, sendo possível, neste caso concreto e específico, tomar os documentos aos autos como prova escrita apta a embasar a propositura de uma ação monitória.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 3 de agosto de 2010.

Des. Joenildo de Sousa Chaves – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves

Irmãos Duarte Ltda. ME, inconformada com a decisão proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Aquidauana, consistente em determinar que o agravante emendasse a inicial, recorre a este Tribunal com o escopo de ver reformado o referido *decisum*.

A decisão agravada determinou que a empresa agravante esclarecesse quem eram as pessoas signatárias de cada uma das notas que instruíram a inicial, bem como a comprovação de que os signatários possuíam poderes para "representar" a parte requerida.

O recurso foi recebido no efeito devolutivo.

Não houve apresentação de contraminuta.

VOTO

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

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Irmãos Duarte Ltda. ME, contra a decisão que determinou a emenda da inicial, identificando as pessoas signatárias de cada uma das notas que instruíram a inicial, bem como a comprovação de que os signatários possuíam poderes para "representar" a parte requerida.

Como sabido, não houve por parte da lei a definição do que seja prova escrita sem eficácia de título executivo para ajuizamento da ação monitória (art.1102-A do Código de Processo Civil).

Entretanto, é assente na doutrina e jurisprudência o entendimento de que a prova escrita deve conter elementos que permitam a identificação clara de quem seja o devedor e o credor de uma relação jurídica reveladora de uma obrigação de pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel. Exige-se, pois, um mínimo de higidez da prova escrita específica.

As notas que instruíram a inicial (f. 14-31), denominadas de "ORDEM DE SERVIÇO", demonstram de forma firme a prestação de serviços de conserto de alguns veículos (ônibus), ao Sr. Heitor, bem como os valores cobrados pelo serviço.

De fato, há identificação das partes, do serviço prestado e dos valores cobrados, sendo possível, neste caso concreto e específico, tomar os documentos aos autos como prova escrita apta a embasar a propositura de uma ação monitória.

Neste sentido, colhe-se da jurisprudência:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO MONITÓRIA.Ausência **de documentos hábeis para ensejar a demanda. Não ocorrência. Ordem de serviço. Prova escrita. Caracterização**. Sentença mantida. A ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel. C**onsidera-se prova escrita, hábil para instruir a ação injuncional, ordem se serviço de conserto em caminhão, principalmente quando comprovada a origem do valor pleiteado e sua correspondência com a prova produzida,** tendo inclusive a assinatura do filho do proprietário do bem, responsável pela sua manutenção. Litigância de má-fé. Ofensa ao artigo 17, incisos I e VII, do CPC. Aplicação, de ofício, da multa em 1% e indenização em 20% sobre o valor da causa. "a defesa da requerida, além de não possuir qualquer base jurídica, caracteriza-se, em meu entendimento, como litigância de má-fé,art 17, I, II, III e V do CPC. Não é possível que no Brasil ainda continue a prática comum entre as seguradoras de tudo prometerem quando da realização do seguro, para, posteriormente, criarem teses esdrúxula ou já pacificadas na jurisprudência como inócuas, a fim de não pagarem a quantia estipulada na apólice. O poder judiciário, até como medida terapêutica, deve agir com severidade nestes casos, para evitar inúmeras demandas judiciais. "a tese de defesa esbarra em jurisprudência pacífica. Portanto, é o uso da defesa contra fato incontroverso, pacificado em todos os tribunais. O exercício da ampla defesa é direito constitucional e importante na consolidação democrática. Mas a defesa tão só para fins protelatórios, é prática inaceitável, mormente na atualidade, quando tanto se fala na morosidade do poder judiciário". (juiz de direito lédio rosa de andrade).(TJSC, AC n. 2004.028668-8, Concórdia, Primeira Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Carlos Prudêncio, DJSC de 25.9.2009, Pág. 69).

> AÇÃO MONITÓRIA. NOTA FISCAL/FATURA DE SERVIÇO. PROVA ESCRITA. DOCUMENTO QUE NÃO PRECISA SER OBRIGATORIAMENTE EMANADO DO DEVEDOR. NEGÓCIO JURÍDICO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. AÇÃO DECLARATÓRIA. ANULAÇÃO DA OBRIGAÇÃO. POSSIBILIDADE DE

DISCUSSÃO DA OBRIGAÇÃO POR MEIO DOS EMBARGOS. DESNECESSIDADE DE REUNIÃO DOS PROCESSOS. **Prova escrita que não possui eficácia de título executivo, mas permite a identificação de um crédito, possuindo valor probante ao procedimento monitório. Crédito confirmado pelas provas produzidas.**(TJMG, AC n. 2.0000.00.334954-4/000, Belo Horizonte, Quinta Câmara Civil, Rel. Des. José Altivo Brandão Teixeira, julgado em 7.6.2001, DJMG de 27.6.2001)

Pelo exposto, nos moldes do art. 557, do CPC, dou provimento ao recurso para reconhecer como documento hábil ao processamento da ação monitória as notas que instruíram a inicial.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves.

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

Campo Grande, 3 de agosto de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.024112-6 - Três Lagoas
Quinta Turma Cível
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO – CARACTERIZADA – FRAUDE NO MEDIDOR DE ENERGIA ELÉTRICA – AUTORIA NÃO COMPROVADA – SUBSTITUIÇÃO DO APARELHO E CONSERTO DO APARELHO IRREGULAR ANTES DE EFETUAR PERÍCIA – PROVA PRODUZIDA UNILATERALMENTE – INVERSÃO DO ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA – POSSIBILIDADE – SENTENÇA MODIFICADA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Não há falar em cobrança financeira ao consumidor de valores pretéritos no caso de irregularidade no medidor, sem que haja prova inequívoca de sua materialidade.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 12 de agosto de 2010.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Trata-se de recurso de apelação interposto por Jerson Luiz da Silva contra sentença proferida pelo juízo da 3ª Vara Cível de Três Lagoas-MS, que, em ação declaratória de inexistência de débito, julgou improcedente o pedido inicial, para declarar válida a cobrança de fatura complementar de energia não faturada em razão de fraude no medidor, julgando extinto o processo com resolução de mérito, nos moldes do art. 269, I do Código de Processo Civil, condenando ainda o ora apelante ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 20% sobre o valor da condenação, ficando suspenso em razão da gratuidade concedida.

Pretende com o apelo a reforma da decisão por não ter concedido a produção de prova pericial ao recorrente, ofendendo os princípios da ampla defesa e do contraditório e ao final, prequestiona todos os dispositivos elencados no recurso.

A recorrida ofertou contrarrazões (f. 197-203, verso), pugnando pela manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Jerson Luiz da Silva contra sentença proferida pelo juízo da 3ª Vara Cível de Três Lagoas-MS que, em ação declaratória de inexistência de débito, julgou improcedente o pedido inicial, para declarar válida a cobrança de fatura complementar de energia não faturada em razão de fraude no medidor, julgando extinto o processo com resolução de mérito, nos moldes do art. 269, I, do Código de Processo Civil, condenando ainda o ora apelante ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 20% sobre o valor da condenação, ficando suspenso em razão da gratuidade concedida.

Pretende com o apelo a reforma da decisão por não ter concedido a produção de prova pericial ao recorrente, ofendendo os princípios da ampla defesa e do contraditório e ao final, prequestiona todos os dispositivos elencados no recurso.

Ressalto parte da fundamentação da sentença recorrida, *in verbis:*

> Embora se trate claramente de relação consumerista, não há que se falar que a prova da autoria caberia à empresa requerida. Por certo, no que concerne ao crime de furto de energia a autoria deverá ser comprovada, contudo, para pagamento do valor devido sobre o título da energia consumida e não faturada, o autor, residente no imóvel beneficiado, deve arcar com tal ônus.
>
> Ainda mais, pela análise do histórico de consumo da residência do requerente, após a substituição do medidor de energia, o consumo na residência de Jerson praticamente triplicou. No documento de f. 117 se comprova que, após a constatação da irregularidade e posterior troca do medidor, houve aumento significativo no consumo de energia.
>
> Dessa forma, tem-se como comprovado que houve adulteração do medidor de energia existente no imóvel de propriedade do requerente.

Entendo que não há qualquer dúvida quanto à violação cometida aos direitos ostentados pelo consumidor, pois, resta satisfatoriamente demonstrado que a substituição do medidor e seu conserto foram concretizados de forma autoritária, em indubitável inobservância aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal.

Neste momento, se mostra necessário esclarecer que o caso vertente não versa simplesmente sobre a existência ou não de fraude no medidor e sim sobre a possibilidade, ou não, de que seja imposta ao consumidor a responsabilidade pelo pagamento de valores pretéritos delineados com amparo na descoberta de irregularidades na rede elétrica, cuja autoria resta incomprovada.

Ou seja, é inadmissível que a concessionária, ante a descoberta de irregularidades na rede, cobre do consumidor valores pretéritos sem que tenha atestado a sua culpa pela fraude verificada. Sendo este exatamente o caso dos autos.

A concessionária efetuou a substituição do relógio medidor, providenciou seu conserto e reinstalou em outra residência, apresentando o cálculo do valor devido pela alteração no consumo sem qualquer chance de defesa do consumidor.

Ora, não há como simplesmente ser alegado que a conta triplicou após a substituição do aparelho, até porque não é esta a discussão. É incontestável que se havia algum defeito no mesmo, com certeza ocorreria uma diferença de valores.

O que acontece e deve ser analisado com muita cautela, é quem provocou a fraude, quem alterou o medidor e isso não ficou demonstrado no caso em tela, pois a concessionária providenciou o conserto sem antes realizar uma perícia técnica, desta forma, não se pode presumir que a culpa é do atual morador.

Tal entendimento é adotado neste E. Tribunal de Justiça-MS:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA – IRREGULARIDADE NO APARELHO MEDIDOR DE ENERGIA ELÉTRICA – PROVA PRODUZIDA UNILATERALMENTE – INEXISTÊNCIA DE PROVA DA EXISTÊNCIA DE FRAUDE OU IRREGULARIDADE IMPUTÁVEL AO CONSUMIDOR – INAPLICABILIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 42, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. A prova produzida de forma unilateral não pode ser utilizada a fim de embasar o livre convencimento do julgador, uma vez que sua formação não ficou adstrita às garantias constitucionais da ampla defesa, do contraditório e, sobretudo, do devido processo legal. O simples termo de ocorrência que demonstra a existência de irregularidades na unidade medidora de energia, sem outras provas que comprovem que o defeito foi ocasionado por fraude cometida pelo consumidor e não por negligência da empresa prestadora do serviço na manutenção do aparelho, não obriga o usuário ao pagamento de quantias supostamente consideradas consumidas e não pagas. Não havendo a quitação do débito cobrado indevidamente, é indevida a aplicação do disposto no artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, sob pena de gerar enriquecimento ilícito. (TJMS, AC n. 2010.006557-1, Campo Grande, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, julgado em 29.4.2010).

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA – IRREGULARIDADE NO APARELHO MEDIDOR DE ENERGIA ELÉTRICA – PROVA PRODUZIDA UNILATERALMENTE – INEXISTÊNCIA DE PROVA DA EXISTÊNCIA DE FRAUDE OU IRREGULARIDADE IMPUTÁVEL AO CONSUMIDOR – DANO MORAL CONFIGURADO – QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. A prova produzida de forma unilateral não pode ser utilizada a fim de embasar o livre convencimento do julgador, uma vez que sua formação não ficou adstrita às garantias constitucionais da ampla defesa, do contraditório e, sobretudo, do devido processo legal. O simples termo de ocorrência que demonstra a existência de irregularidades na unidade medidora de energia, sem outras provas que comprovem que o defeito foi ocasionado por fraude cometida pelo consumidor e não por negligência da empresa prestadora do serviço na manutenção do aparelho, não obriga o usuário ao pagamento de quantias supostamente consideradas consumidas e não pagas. A interrupção do fornecimento de energia elétrica indevido acarreta transtornos passíveis de indenização mediante danos morais. (TJMS, AC n. 2010.014375-8, Aquidauana, Primeira Turma Cível, Rel. Des. João Maria Lós, julgado em 7.7.2010).

Dessa forma, restou demonstrado que apenas poderia ser imputado ao recorrente o ônus de adimplir débito oriundo de fraude no medidor de energia elétrica, se houvesse prova inequívoca acerca de sua materialidade, ou ante a sua inércia em caso de oportunidade de defesa, o que não se vislumbra no presente caso.

No tocante ao prequestionamento, tendo sida a questão suficientemente debatida, é desnecessária a manifestação expressa do acórdão sobre dispositivos legais.

Ante o exposto, conheço do recurso interposto e dou-lhe provimento**.**

Tendo em vista o resultado obtido com este julgamento, inverto o ônus da sucumbência e determino que a apelada responda integralmente pelo pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, nos termos estipulados na sentença.

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. Desembargadores Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Vladimir Abreu da Silva e Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 12 de agosto de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.026870-6 - Campo Grande
Quinta Turma Cível
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – PRELIMINAR – FALTA DE DIALETICIDADE – AFASTADA – MÉRITO – PROTEÇÃO A MENOR – MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA – ART. 33, § 3º DA LEI N. 8.069/90 (ECA) – INCLUSÃO DA MENOR SOB GUARDA NO PLANO DE SAÚDE – EQUIPARAÇÃO A FILHA – CONDIÇÃO DE DEPENDENTE NATURAL – INVERSÃO DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA – PREQUESTIONAMENTO EXPRESSO – DESNECESSIDADE – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 9 de setembro de 2010.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Miguel Alves Rodrigues contra a sentença emanada do Juízo da 15ª Vara Cível de Campo Grande-MS, nos autos da ação de obrigação de fazer c/c pedido de antecipação parcial de tutela ajuizada em face da Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul – Cassems, que julgou improcedente os pedidos.

O autor ajuizou a ação com a pretensão de que a requerida incluísse como dependente a menor que está sob sua guarda judicial, e não como agregada, sem cobrar custo adicional, nos termos do art. 33, § 3º, da Lei n. 8.069/90 (ECA), bem como que fossem devolvidos os valores debitados de sua folha de pagamento a título de agregação de menor.

O magistrado singular entendeu que *"a ré agiu de acordo com os preceitos legais, pois não há no ordenamento jurídico pátrio norma que obrigue a aceitação da neta do autor no plano de saúde como dependente natural, se assim não prescreve seu Regulamento."*

O apelante, f. 326-329, alega em apertada síntese que a cobrança estabelecida pela apelada é ilegal, não podendo ser mantida a atitude da apelada que somente aceita inserir a menor, que está sob sua guarda, na assistência à saúde como agregada e não como dependente, pois contraria a Lei n. 8.069/90, em especial seu art. 33, § 3º. Prequestiona a matéria aventada no apelo.

Por fim, requer o provimento do recurso para que a apelada inclua como dependente do apelante a menor, Vitória Cris Ferreira Rodrigues, e não como agregada, sem cobrar custo adicional para tanto.

Contrarrazões aforadas às f. 334-365, alega preliminares da falta de dialeticidade; preclusão consumativa quanto a falta de pedido de restituição das quantias pagas não efetuadas em seu apelo, e falta de interesse da menor, no mérito requer o improvimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator)

Miguel Alves Rodrigues interpõe recurso de apelação cível contra a r. sentença que, nos autos da ação de obrigação de fazer c/c pedido de antecipação parcial de tutela ajuizada em face da Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul – Cassems, que julgou improcedente os pedidos.

Inicialmente a apelada alega preliminares de falta de dialeticidade; preclusão consumativa quanto à falta de pedido de restituição das quantias pagas não efetuadas em seu apelo, e falta de interesse do menor, no mérito requer o improvimento do apelo.

Preliminar

Da falta de dialeticidade

A apelada, em suma, afirma que o apelante em momento algum ataca os fundamentos da sentença a quo, somente se limitando a traduzir e repetir os mesmos argumentos da inicial.

Prefacialmente, é de se ressaltar que o recurso de apelação deve observar ao princípio da dialeticidade que, nas palavras de Araken de Assis, Manual dos Recursos, 2. ed., **RT**, 2008, p.97-98, assim aduz:

Sem cotejar as alegações do recurso e a motivação do ato impugnado, mostrar-se-á impossível ao órgão ad quem avaliar o desacerto do ato, a existência de vício de juízo *(error in judicando),* o vício de procedimento *(error in procedendo)* ou o defeito típico que enseja a declaração do provimento. A motivação do recurso delimita a matéria impugnada (art. 515, *caput*). É essencial, portanto, à predeterminação da extensão e profundidade do efeito devolutivo. Por outro lado, a falta da motivação prejudica o contraditório.

Pois bem.

Analisando o apelo, tem-se que o apelante demonstrou seu inconformismo com a sentença, apontando o que entende por desacerto da decisão recorrida; logo, o recorrente impugnou sim especificamente a sentença. Aliás, este Tribunal de Justiça já manifestou esse entendimento, vejamos:

> EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES – **AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – NÃO OCORRÊNCIA** – PRELIMINAR REPELIDA [...]
>
> **É de ser rejeitada a preliminar de não conhecimento do recurso, se não houve afronta ao princípio da dialeticidade, na medida em que o recorrente expôs as razões de fato e de direito pelas quais não se conforma com o resultado do julgamento.** (G.N) (TJMS, EmbInfr em AC n. 2008.022879-8/0001, Quarta Seção Cível, Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel, julgado em 27.4.2009).

Destarte, rejeito a preliminar.

Quanto às demais preliminares, seja pela arguição de preclusão e a falta de interesse do menor, tenho que tais indagações devem ser resolvidas no mérito da questão, pois nesta etapa será analisado se há ou não possibilidade legal de inserir a menor, na assistência à saúde como dependente.

Mérito

O apelante alega em apertada síntese que a cobrança estabelecida pela apelada é ilegal, não podendo ser mantida a atitude da apelada que somente aceita inserir a menor, que está sob sua guarda, na assistência à saúde como agregada e não como dependente, pois contraria a Lei n. 8.069/90, em especial seu art. 33, § 3º.

Em que pese o entendimento do magistrado e da apelada tenho que a pretensão do apelante deve ser provida.

Explico:

É fato incontroverso de que a menor, Vitória Cris Ferreira Rodrigues, neta do autor, ora apelante, está sob sua guarda conforme "termo de guarda" acostado às f. 15, bem como o apelante é associado do Plano de Saúde da Cassems, de acordo com o termo de adesão às f. 194.

Assim, inicialmente deve-se observar que com o "termo de guarda", a menor, *in casu*, passa a ser equiparada a filha, e como tal, passa a condição de dependente obrigatória e natural do apelante para todos os efeitos legais, inclusive previdenciário.

Para melhor elucidação da questão colaciono os ensinamentos de Válter Kenji Ishida, em sua obra **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 58-59, vejamos:

> O § 3º confere ao menor, com relação a seu guardião, direito de ser dependente:
>
> Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, visando atender a situações peculiares, entre elas, para fins previdenciários. O procedimento não tem forma ou figura de Juízo, devendo o magistrado proceder com brevidade, atento aos princípios do art. 153 do Estatuto. (TJMG, AC, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Wilson Guarany, julgado em 7.4.1992, RT 685/134.)
>
> Dessa forma, o simples "termo de guarda", conferido permite incluir o menor como dependente de plano ou seguro de saúde. (destaquei).
>
> Nesse sentido o STJ:
>
> PREVIDENCIÁRIO. MENOR SOB GUARDA. PARÁGRAFO 2º, ART. 16 DA LEI N. 8.231/91. EQUIPARAÇÃO À FILHO. FINS PREVIDENCIÁRIOS. LEI 9.528/97. ROL DE DEPENDÊNCIA. EXCLUSÃO. **PROTEÇÃO AO MENOR. ART. 33, PARÁGRAFO 3º DA LEI N. 8.069/90. ECA. GUARDA E DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVAÇÃO. BENEFÍCIO. CONCESSÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ**. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.
>
> I - A redação anterior do § 2º do artigo 16 da Lei n. 8.213/91 equiparava o menor sob guarda judicial ao filho para efeito de dependência perante o Regime Geral de Previdência Social. No entanto, a Lei n. 9.528/97 modificou o referido dispositivo legal, excluindo do rol do artigo 16 e parágrafos esse tipo de dependente.
>
> II - Todavia, a questão merece ser analisada à luz da legislação de proteção ao menor.

> III - **Neste contexto, a Lei n. 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente - prevê, em seu artigo 33, § 3º, que: "a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciário.**
>
> IV - **Desta forma, restando comprovada a guarda deve ser garantido o benefício para quem dependa economicamente do instituidor, como ocorre na hipótese dos autos. Precedentes do STJ.**
>
> V- Agravo interno desprovido. (AgRg no REsp n. 684.077, RJ (2004/0141342-7), Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em14.12.2004).

Logo, conforme dito, resta inegável que a guarda equipara o menor a filho, passando este a ser dependente obrigatório de seu guardião, como bem se extrai do art. 33, *caput*, § 3º, da Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), nos seguintes termos: *"A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários."*

Consigno que na espécie tem-se a aplicação de uma lei federal, de ordem pública e sendo assim, não comporta livre disposição das partes envolvidas. Logo, a apelada utilizando-se de norma estatutária não pode ferir o direito de inclusão e permanência da menor como dependente do apelante no plano de saúde.

Nesse sentido robusta jurisprudência deste Sodalício e desta 5ª Turma Cível:

> EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGA SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – CASSEMS – **INCLUSÃO DE MENOR SOB GUARDA NO PLANO DE SAÚDE – EQUIPARAÇÃO AO FILHO – CONDIÇÃO DE DEPENDENTE NATURAL – TUTELA ANTECIPADA – REQUISITOS PRESENTES** – RECURSO IMPROVIDO.
>
> O pedido de tutela antecipada deve ser concedida quando presente a verossimilhança das alegações constantes da inicial e quando demonstrado o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.
>
> **O menor sob guarda da avó segurada equipara-se a filho para todos os fins de direito, inclusive, previdenciário.** (TJMS, AgRg em Ag n. 2008.004616-5/0001-00, Campo Grande, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, julgado em 7.4.2008).
>
> EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO – **ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA – MANUTENÇÃO DE DEPENDÊNCIA NATURAL EM PLANO DE SAÚDE – SOBRINHOS MENORES MANTIDOS SOB A GUARDA DA TITULAR DE PLANO SAÚDE** – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (TJMS, AgRg em Ag n. 2009.010692-1/0001-00, Dourados, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, julgado em 21.1.2010).
>
> EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CASSEMS – **MENOR SOB GUARDA – INSCRIÇÃO COMO DEPENDENTE – LEGALIDADE DO ATO – ART. 33, § 3º, DO ECA – DISPOSIÇÃO DE ORDEM PÚBLICA – OBRIGATORIEDADE DA INSCRIÇÃO** – SEGURANÇA DENEGADA.
>
> **É legal a determinação judicial para inscrição em plano de saúde de menor sob guarda na melhor interpretação do art. 33, § 3º, do ECA, mormente quando**

> **a impetrante mantém convênio com o Estado onde se obriga a prestar serviços de assistência à saúde de servidores do Estado e seus dependentes**. (TJMS, MS n. 2004.013230-9, Dourados, Terceira Seção Cível, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, julgado em 21.3.2005).

Corroborando com o entendimento ora externado, é o seguinte arresto do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *verbis:*

> INSCRIÇÃO DE MENOR SOB GUARDA COMO DEPENDENTE JUNTO AO IPSEMG - GUARDA DEFINITIVA DEFERIDA EM AÇÃO ANTERIOR - SENTENÇA TRÂNSITA EM JULGADO - DISPOSIÇÕES DA LEI FEDERAL N. 8069/90 (ECA) - PREVALÊNCIA.
>
> A guarda definitiva, deferida por ato judicial, é instituto que confere ao menor todos os direitos de filho natural, inclusive os previdenciários, e visa a sua proteção a fim de garantir-lhe amparo material e moral de pessoal responsável. A inclusão da menor como dependente de sua guardiã decorre da aplicação das determinações contidas na Lei Federal n. 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente - que confere ao menor a condição de dependente do guardião, para todos os fins, inclusive previdenciários. (AC n 1.0024.05.571760-7/001, Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Wander Motta, julgado em 26.5.2007, DJ de 27.7.2007).

Dessa forma a alegação da apelada de que não haveria interesse da menor, sendo esta alegada como uma preliminar que a meu ver se confunde com o mérito, não encontra respaldo diante do entendimento ora firmado, pois em suas assertivas exaradas nas contrarrazões a apelada insurge-se, em apertada síntese, na tese de que a guarda requerida teria como objetivo a obtenção de concessão de benefício previdenciário, o que não é a questão em discussão. Logo, não sendo esta a seara própria, rejeito tal argumento.

Quanto à matéria alusiva à devolução das quantias pagas, deixo de analisá-las, porquanto não é matéria de insurgência recursal.

Prequestionamento

Por derradeiro, quanto ao prequestionamento requerido pelo apelante, esta Corte tem entendido ser desnecessária a manifestação expressa dos dispositivos legais utilizados para a conclusão do julgamento, bastando que as matérias postas em discussão tenham merecido apreciação judicial.

Honorários e custas processuais

Em sendo reformada a sentença *a quo,* inverto o ônus de sucumbência, para condenar a Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul – Cassems ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R$ 1.000,00 (um mil reais), na forma do art. 20, § 4º do CPC, bem como nas custas processuais.

Conclusão

Por todo o exposto, conheço do presente recurso, e dou-lhe provimento para que a Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul – Cassems inclua como dependente de Miguel Alves Rodrigues a menor, Vitória Cris Ferreira Rodrigues, sem cobrar custo adicional para tanto.

Condeno ainda a Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul – Cassems ao pagamento de honorários advocatícios no valor de R$ 1.000,00 (um mil reais), na forma do art. 20, § 4º do CPC, bem como no recolhimento das custas processuais.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Sideni Soncini Pimentel e Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 9 de setembro de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.028029-0 - Deodápolis
Quinta Turma Cível
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIROS – PENHORA IMÓVEL – PRELIMINAR ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* – AFASTADA – MÉRITO – AUSÊNCIA DE TRANSFERÊNCIA DO TÍTULO NA MATRÍCULA – TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE NÃO CONSUMADA – COMPROVAÇÃO DA PROPRIEDADE DOS APELADOS – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – REJEITADA – INVERSÃO DO ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 23 de setembro de 2010.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Solei de Assis e Noemi Pereira de Assis opuseram embargos de terceiro com pedido de antecipação de tutela – *in limine, inaudita altera pars* contra Benedito Dias da Cunha, na tentativa de defender um imóvel rural com área de 23ha e 6.340m², alegando ser de sua propriedade, penhorado pelo embargado em Ação de Cobrança movida contra Cerâmica Decisão Ltda. ME.

Superados os trâmites processuais, adveio sentença, onde decidiu a magistrada *a quo, in verbis:*

> Diante do exposto, e por tudo mais constante dos autos, julgo procedente o pedido inicial para desconstituir a penhora sobre o imóvel de propriedade dos embargantes, e determino seja oficiado ao CRI para levantamento de tal gravame. De conseguinte, extingo o processo com resolução do mérito, art. 269, I do CPC.
>
> O embargado arcará com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios os quais fixo em 10% (dez por cento) do valor atribuído a causa (Súmula 14 do STJ), por mostrar suficiência para atender os requisitos do art. 20, § 3º, do Estatuto Processual Civil.

Inconformado, Benedito Dias da Cunha interpôs recurso de apelação pretendendo reforma da sentença, para julgar totalmente procedente o pedido inicial.

Contrarrazões aforadas em f. 188-196.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator)

Benedito Dias da Cunha, inconformado com a sentença prolatada pelo juízo da Vara única de Deodápolis-MS, interpôs recurso de apelação pretendendo sua reforma, para julgar totalmente procedente o pedido inicial.

Preliminarmente, alega o apelante a ilegitimidade ativa *ad causam* dos apelados, com base no artigo 267, VI do Código de Processo Civil e no mérito, afirma que o imóvel faz parte do patrimônio da Cerâmica Decisão Ltda. ME e que, o fato de os apelados terem transferido temporariamente, ao menos a posse do imóvel, transferiram também os acessórios, que são parte integrante do imóvel.

Dessa forma, asseveram que o retorno do imóvel aos apelados segue com todas as obrigações para com os credores, pois o acessório segue o principal.

O apelante pede ainda, a condenação dos apelados à litigância de má-fé, pois são partes ilegítimas para pleitear os embargos de terceiro e, no tocante aos honorários e custas processuais, pleiteiam a inversão do ônus.

Da preliminar de ilegitimidade ativa

Preliminarmente, alega o apelante a ilegitimidade ativa *ad causam* dos apelados, com base no artigo 267, VI do Código de Processo Civil.

Assevera que:

> [...] ao contrário do alegado pelos apelados, a transferência da referida propriedade se efetivou desde a sua venda, restando tão somente ainda registrada junto ao CRI em nome dos apelados e assim continuou apenas para a finalidade de lesar terceiros como no caso do apelante. [...]

Razão não assiste ao recorrente, senão vejamos.

Compulsando os autos, vejo que o imóvel constante na matrícula n. 70 do 1º Ofício de Registro Público e de Protesto de Títulos Cambiais da Comarca de Deodápolis-MS, foi objeto de um contrato particular de compromisso de compra e venda firmado entre os apelados e Luiz Thomaz de Aquino Júnior e Osvaldo Rodrigues de Lima, em 12.12.2002 (f. 76-79).

Posteriormente, em 15.8.2003, Luiz Thomaz de Aquino Júnior e Osvaldo Rodrigues de Lima assinaram contrato particular de cessão de compromisso de compra e venda, referente à mesma área com Milton Munemitsu Nakai e Elsimara de Oliveira Disperati Nakai (f. 61-64).

Ocorre que, o juízo singular, conforme sentença prolatada nos autos n. 010.04.001462-2, decidiu por rescindir o contrato assinado por Luiz Thomaz de Aquino Júnior e Osvaldo Rodrigues de Lima e Milton Munemitsu Nakai e Elsimara de Oliveira Disperati Nakai, em 15.8.2003 e, nos autos n. 010. 07.002820-6, considerou válido o acordo amigável das partes, quando da assinatura do Termo de distrato de contrato de compra e venda de imóvel rural, assinado por Solei de Assis e Noemi Pereira de Assis e Luiz Thomaz de Aquino Júnior e Osvaldo Rodrigues de Lima, em 16.8.2010.

Com isso, os apelados têm o direito ao manejo de embargos de declaração reconhecido, pois não são parte da ação de cobrança n. 032.04.000186-7/002, proposta pelo apelante e foram diretamente atingidos pela decisão prolatada naqueles autos, por certo são terceiros e não há como falar que não sofreram dano com a penhora do imóvel objeto dos autos.

Dessa forma, rejeito a preliminar aventada.

Mérito

No mérito, afirma o recorrente que o imóvel faz parte do patrimônio da Cerâmica Decisão Ltda. ME e que, o fato dos apelados terem transferido temporariamente, ao menos a posse do imóvel, transferiram também os acessórios, que são parte integrante do imóvel.

Desta forma, asseveram que o retorno do imóvel aos apelados segue com todas as obrigações para com os credores, pois o acessório segue o principal.

Peço *vênia* para transcrever parte da sentença recorrida, a qual coaduno, *in verbis:*

> No caso em tela, consoante se infere da documentação reunida nesse encadernado, constata-se que o imóvel objeto de penhora, é de propriedade registrária de Solei de Assis e Noemia Pereira de Assis (f. 23-25), que são terceiros no processo em que emanada a ordem constritiva.
>
> [...] E, para os fins da tutela jurídica do terceiro, estranho ao processo em que encerrada a constrição combatida, basta a prova da propriedade somada a estranheza à relação jurídico-processual genética do ato profligado.
>
> E, do quanto até aqui se observa, na forma da prova civil da propriedade imobiliária (art. 1245 e seu § 1º, do CCB) e sua condição '*ad solemnitatem*', as razões lançadas na contestação (art. 1053, do CPC), não têm o condão de desarrimar a propriedade vilipendiada no seio da demanda apensada.

Com efeito, verifica-se nos documentos acostados ao processo que na matrícula n. 70 referente ao imóvel objeto da ação de cobrança, consta como proprietários os ora apelados.

Não satisfeito, sustenta o apelante que a comprovação da propriedade está consubstanciada em um contrato particular de compromisso de compra e venda, no qual foi transferida a propriedade do imóvel em questão. Verifica-se, no entanto, que não houve alteração na matrícula do imóvel nem sequer registro do instrumento particular de compromisso de compra e venda em Cartório de Registros Imobiliários.

Assim, forçoso reconhecer que os recorridos sejam proprietários do imóvel em questão, não havendo falar que o imóvel foi vendido para terceiro.

No Direito brasileiro, a propriedade do imóvel decorre do registro imobiliário, conforme o disposto no art. 530, inciso I, do Código Civil de 1916 e no artigo 1.245 do Código Civil atual, *in verbis:*

> Art. 530. Adquire-se a propriedade imóvel:
>
> I – pela transcrição do título de transferência no Registro do Imóvel;
>
> Art.1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.
>
> § 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.

Sendo assim, considerando que a propriedade é adquirida mediante o registro do ato de transmissão no Cartório de Registro de Imóveis, ainda que se admita a ocupação do imóvel por terceiro, com ânimo de dono, a propriedade continua sendo daquele que constar no registro do Cartório de Registro Imobiliário.

Outro não é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, vejamos:

> CIVIL - PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - ALIENAÇÃO JUDICIAL DE BEM ADQUIRIDO POR MEIO DE CESSÃO DE DIREITOS - ARTS. 1112 E 117, DO CPC - **AUSÊNCIA DE REGISTRO DO TÍTULO - TRANSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE NÃO CONSUMADA** - IMPOSSIBILIDADE.
>
> 1 - **O novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002), no que tange à forma de aquisição da propriedade imóvel, manteve a sistemática adotada pelo diploma anterior, exigindo, para tanto, a transcrição do título translativo em registro público apropriado (art. 1.245). Ademais, conforme reza o art. 108, do mesmo diploma legal, "não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos quem visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.**
>
> 2 - No caso, observo que, além de não obedecer à forma prescrita em lei, a cessão de direitos em questão não foi levada a registro, deixando de produzir, portanto, o necessário efeito translativo da propriedade, fato este que permitiria a recorrente que se utilizasse do procedimento da alienação judicial, inserto na lei processual civil, com vistas à vender o imóvel em apreço. Destarte, não transmitida a propriedade, mas apenas cedidos os direitos em relação ao bem em contenda, impossível a sua alienação judicial, nos termos dos arts. 1.112, IV, e art. 1.117, II, ambos do Código de Processo Civil.
>
> 3 - Recurso não conhecido. (REsp n. 254.875/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, julgado em 5.8.2004, DJ 30.8.2004, p. 289) (destaquei).

Posto isso, entendo que não cabe qualquer alteração na sentença recorrida neste ponto.

<u>Da litigância de má-fé</u>

O apelante pede ainda, a condenação dos apelados à litigância de má-fé, pois são partes ilegítimas para pleitear os embargos de terceiro.

Mais uma vez recorro à fundamentação da magistrada singular, *in verbis:*

> [...] Contudo, não assoma juridicidade a alegação de litigância de má-fé, pois litigante de má-fé é a parte ou interveniente que, no processo, age de forma maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária. É o '*improbus litigator*', que se utiliza de procedimentos escusos com o objetivo de vencer, prolonga deliberadamente o andamento do processo, procrastinando o feito, o que não ocorre no caso em deslinde; eis que o que se verifica na hipótese é apenas a busca daquilo que entende seu, mero '*expernicare*', sem qualquer lastro de autosidade anti-ética ou desviada dos padrões norteadores do agir processual.

Extrai-se da doutrina o seguinte conceito de litigante de má-fé:

> Litigante de má-fé é a parte ou interveniente que, no processo, age de forma maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária. É o *improbus litigator*, que se utiliza de procedimentos escusos com o objetivo de vencer ou que, sabendo ser difícil ou impossível vencer, prolonga deliberadamente o andamento do processo, procrastinando o feito (*in* Código de Processo Civil Comentado; 2. ed., São Paulo: Ed. **Revista dos Tribunais**, 1996, p. 367, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery).

Não obstante o Código de Processo Civil determine a aplicação da multa ao litigante de má-fé, de ofício ou a requerimento, conforme artigo 18, do Código de Processo Civil, todavia esta somente há de ser admitida depois da constatação de conduta dolosa, de modo a protelar o feito, alterar a verdade dos fatos ou restar demonstrada a utilização do processo à obtenção de fins ilícitos, situações que não restaram configuradas no presente feito.

Rejeito, pois, a pretensão da parte em condenação dos apelados por litigância de má-fé.

Dos honorários e custas

A decisão singular que condenou o recorrente ao pagamento integral das verbas de sucumbência deve prosperar, ante a improcedência da totalidade dos pedidos formulados por ele.

Dispositivo

Diante do exposto, sem mais delongas, conheço do recurso interposto, mas nego-lhe provimento, mantendo incólume a sentença singular.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Sideni Soncini Pimentel e Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 23 de setembro de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.015424-9 - Rio Negro
Segunda Turma Cível
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA – REMOÇÃO DE SERVIDÃO DE PASSAGEM PELO PROPRIETÁRIO DO IMÓVEL – INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZOS PARA O USUÁRIO – POSSIBILIDADE – RECURSO NÃO PROVIDO.

O proprietário do prédio serviente pode remover a servidão de passagem de um local para outro, desde que às suas expensas e não resulte em diminuição de vantagens para aqueles que a utilizam.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 27 de julho de 2010.

Des. Julizar Barbosa Trindade – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

Heleno Lira Torres interpõe apelação cível (f. 349-362) contra sentença (f. 338-345) que, na ação de nunciação de obra nova movida em face de Aires Amorim da Costa, julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial que objetivavam o embargo da obra que impedia o exercício da servidão de trânsito ou a demolição caso já estivesse construída, condenando-o ao pagamento de R$ 3.500,00 pelos honorários advocatícios.

Relata que: I) é proprietário do imóvel rural dominante e utiliza a servidão de trânsito do prédio serviente por mais de 15 anos; II) o recorrido impediu a utilização da estrada velha e traçou uma nova, na qual os veículos não poderão ser manobrados, é inviável por ser mais distante, o terreno é constituído de areia e causará prejuízos a todos que trafegam por lá.

Sustenta que a sentença não pode prevalecer porque: I) o modo pelo qual a estrada antiga lhe servia, aliado ao tempo, conferiam-lhe direito real de servidão de passagem; II) a remoção da servidão dependia da anuência de todos; III) a estrada nova aumenta a distância, o que já impede a remoção; IV) a estrada anterior atendia às necessidades dos transeuntes; V) o recorrido dependia de autorização judicial; VI) impede a aquisição da servidão pela usucapião.

Ao final, pleiteia o provimento do recurso ou, em caso contrário, a redução dos honorários para R$ 300,00.

Contrarrazões às f. 370-2.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator)

Conforme relatado, Heleno Lira Torres interpõe apelação cível (f. 349-362) contra sentença (f. 338-345) que, na ação de nunciação de obra nova movida em face de Aires Amorim da Costa, julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial que objetivavam o embargo da obra que impedia o exercício da servidão de trânsito ou a demolição caso já estivesse construída, condenando-o, ainda, ao pagamento de R$ 3.500,00 a título de honorários advocatícios.

Relata que: I) é proprietário do imóvel rural dominante e utiliza a servidão de trânsito do prédio serviente por mais de 15 anos; II) o recorrido impediu a utilização da estrada velha e traçou uma nova, na qual os veículos não poderão ser manobrados, é inviável por ser mais distante, o terreno é constituído de areia e causará prejuízos a todos que trafegam por lá.

Sustenta que a sentença não pode prevalecer por que: I) o modo pelo qual a estrada antiga lhe servia, aliado ao tempo, conferiram-lhe direito real de servidão de passagem; II) a remoção da servidão dependia da anuência de todos; III) a estrada nova aumenta a distância, fator que impede a remoção; IV) a estrada anterior atendia às necessidades dos transeuntes; V) o recorrido dependia de autorização judicial; VI) impede a aquisição da servidão pela usucapião. Ao final, pleiteia o provimento do recurso ou, em caso contrário, a redução dos honorários para R$ 300,00.

Apesar da irresignação, a sentença deve ser mantida.

Consta dos autos que o apelante ajuizou a ação objetivando embargo de obra situada em servidão de passagem que é utilizada tanto por ele quanto por vários outros proprietários/arrendatários de terras da região, alegando que o apelado está impedindo o trânsito na estrada velha e, ao mesmo tempo, construindo uma nova.

É certo que o apelado em nenhum momento impugnou o fato de a estrada, na maior parte, existente dentro de suas terras, ser uma servidão de passagem, tornando-se, portanto, incontroverso.

Todavia, não obstante a existência de servidão de trânsito é possível sua alteração, consoante se verifica no Código Civil de 2002. Veja-se:

> Art. 1.384. A servidão pode ser removida, de um local para outro, pelo dono do prédio serviente e à sua custa, se em nada diminuir as vantagens do prédio dominante, ou pelo dono deste e à sua custa, se houver considerável incremento da utilidade e não prejudicar o prédio serviente.

Depreende-se do dispositivo legal que a servidão pode ser removida pelo dono do prédio serviente, desde que atendidas às seguintes condições: I) custas a seu cargo; e, II) não diminuir vantagens do prédio dominante.

Nos autos não consta qualquer insurgência referente ao primeiro requisito. Logo, resta verificar se houve algum prejuízo ao dono do prédio dominante (apelante), como ele afirma.

Exsurge-se das provas produzidas, tais como laudo pericial e depoimentos de testemunhas, que a resposta é negativa.

No que tange à perícia, observa-se que o perito concluiu que a estrada nova é melhor que a antiga (f. 147). Veja o teor da conclusão:

> [...] A estrada nova, com aproximadamente 2.104metros, encontra-se com suas obras conclusas, bem como a cerca dos dois lados da estrada que forma um corredor. A mesma apresenta boas condições de tráfego por toda sua extensão sem problemas para qualquer veículo de pequeno ou grande porte;
>
> A estrada antiga, com aproximadamente 2.063metros, encontra-se parcialmente em desuso, sendo que, segundo informações obtidas durante a perícia, apenas o autor a utiliza.
>
> 02- Constata-se então que as estradas apresentam uma diferença de extensão mínima, localizando-se em sua maioria na propriedade do réu, sendo que a antiga apresenta mais curvas e um mata-burro, e a mais nova apresenta apenas uma curva e sem mata-burro. (sic)

Além disso, as testemunhas, inclusive as arroladas pelo próprio apelante, como o Srs. Haguemo Tomonaga (f. 282) e João Nogueira Lima (f. 283), afirmaram que a estrada nova tem menos sinuosidade, não implementa aumento significativo na distância e não apresenta dificuldade para o trânsito de veículos que transportam animais.

Já a falta de cascalhamento da nova estrada, que havia sido previsto pelos construtores, não foi realizado em razão da liminar concedida, conforme explicado pelo Sr. Militão Antonio de Andrade (Diretor do Departamento de Obras da Prefeitura de Corguinho, f. 239).

De outro lado, convém salientar que o apelado apresentou a concordância de vários proprietários e arrendatários de terras da região com a mudança da estrada que passa dentro de sua propriedade, como se vê das declarações de f. 61, 62 e 85. Aliás, nesse ponto, constata-se que eles anuíram com a ideia, justamente para diminuir a sinuosidade da via, o que dificultava a construção de cercas paralelas.

É certo que, pelos depoimentos testemunhais, a estrada velha atendia aos transeuntes, contudo, a nova, que é paralela (f. 137), continua a atendê-los plenamente, uma vez que permite o acesso às suas propriedades/arrendamentos e escoamento da produção agropecuária.

Não se pode olvidar, também, que a estrada nova, além de continuar a satisfazer as necessidades da região, facilitou o manejo da propriedade serviente, daí a razão da alteração, pois, analisando o abaixo-assinado de f. 61, os subscritores fizeram questão de realçar tanto a dificuldade para fazer a cerca paralela à antiga estrada quanto a facilidade para conservação da nova.

Em que pese a reclamação do apelante, a modificação da servidão, por si só, não necessita de autorização judicial, pois o art. 1.384 do Código Civil de 2002 não impõe essa condição.

Em relação à usucapião da servidão, tem-se que a questão já foi dirimida em outra ação judicial apensa a estes autos.

Também a insurgência no que tange à condenação ao pagamento de honorários (R$ 3.500,00) não procede, uma vez que foram fixados acertadamente e com base no art. 20, § 4º do CPC, mormente considerando o trabalho do advogado, que possui banca em Comarca diversa da que tramitou o feito (f. 38), o tempo do processo – 4 anos –, e a produção de prova pericial e testemunhal, de forma que deve ser mantida a verba arbitrada.

Como se vê, inexiste qualquer circunstância que permita modificar a conclusão do magistrado sentenciante, razão pela qual a sentença combatida deve ser mantida.

Conclusão

Por todo o exposto, voto por negar provimento à apelação, ficando mantida a sentença invectivada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Julizar Barbosa Trindade, Luiz Carlos Santini e Hildebrando Coelho Neto.

Campo Grande, 27 de julho de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.018743-7 - Corumbá
Segunda Turma Cível
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EXECUÇÃO DE QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE – AUSÊNCIA DE TÍTULO RECONHECIDA EM EXCEÇÃO DE PRÉ–EXECUTIVIDADE OPOSTA APÓS 12 ANOS DE TRAMITAÇÃO DO FEITO – ALEGAÇÃO TARDIA – CUSTAS PELO RETARDAMENTO – PERDA DO DIREITO AOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS– RECURSO NÃO PROVIDO

A parte que dilatar o julgamento da lide por não arguir na sua resposta fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, responderá pelas custas do retardamento e perderá, ainda que vencedor na causa, o direito a haver do vencido, os honorários advocatícios.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 3 de agosto de 2010.

Des. Julizar Barbosa Trindade – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

Benito Jesus Mansila Jimenez, Clélio Chiesa e Claine Chiesa interpõem apelação (f. 321-9) contra sentença (f. 306-314) que, na execução por quantia certa movida pelo Banco do Brasil S.A. em face do primeiro recorrente, acolheu a exceção de pré-executividade e extinguiu o feito sem resolução do mérito por ausência do pressuposto processual ou condição da ação, nos termos dos artigos 267, VI ou IV, 580, 598 e 618, I, do Código de Processo Civil. Custas até o ajuizamento dos embargos pelo exequente e, após, pelo executado, e sem honorários pela demora de mais de dez anos para a alegação do fato impeditivo da execução (ausência de título).

Alegam o cabimento da condenação na verba honorária, pois os causídicos (Clélio Chiesa e Claine Chiesa) que manejaram a exceção de pré-executividade são pessoas diversas daquele que apresentou os embargos à execução (Roberto Ajala Lins), de modo que não há falar em dilação do julgamento a ensejar a aplicação do artigo 22 do CPC. Defendem a necessidade de remunerar condignamente a atividade dos profissionais da advocacia, tendo em vista sua relevância social, seu caráter de *munus* público e por ser indispensável à administração da justiça (art. 133 da CF). Prequestionam dispositivos legais e, ao final, requerem o provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator)

Conforme relatado, Benito Jesus Mansila Jimenez, Clélio Chiesa e Claine Chiesa interpõem apelação (f. 321-9) contra sentença (f. 306-314) que, na execução por quantia certa movida pelo Banco do Brasil S.A. em face do primeiro recorrente, acolheu a exceção de pré-executividade e extinguiu o feito sem resolução do mérito por ausência do pressuposto processual ou condição da ação, nos termos dos artigos 267, VI ou IV, 580, 598 e 618, I, do Código de Processo Civil. Custas até o ajuizamento dos embargos pelo exequente e, após, pelo executado, e sem honorários pela demora de mais de dez anos para a alegação do fato impeditivo da execução (ausência de título).

Alegam o cabimento da condenação na verba honorária, pois os causídicos (Clélio Chiesa e Claine Chiesa) que manejaram a exceção de pré-executividade são pessoas diversas daquele que apresentou os embargos à execução (Roberto Ajala Lins), de modo que não há falar em dilação do julgamento a ensejar a aplicação do artigo 22 do CPC. Defendem a necessidade de remunerar condignamente a atividade dos profissionais da advocacia, tendo em vista sua relevância social, seu caráter de *munus* público e por ser indispensável à administração da justiça (art. 133 da CF). Prequestionam dispositivos legais e, ao final, requerem o provimento do recurso.

Ao que se colhe, a magistrada de primeiro grau acolheu a exceção de pré-executividade formulada pelo primeiro apelante e extinguiu a execução por ausência de título. Deixou de condenar o banco apelado no pagamento dos honorários advocatícios à *ex adversa* com fundamento no artigo 22 do CPC, eis que os embargos foram opostos em 1997, enquanto a alegação que culminou na extinção do feito executivo apenas foi apresentada em juízo em 2009 (f. 265-277).

De fato, o réu que, por não arguir na sua resposta fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, dilatar o julgamento da lide, será condenado nas custas a partir do saneamento do processo e perderá, ainda que vencedor na causa, o direito a haver do vencido honorários advocatícios (art. 22, do diploma processual civil).

A toda evidência, a questão de ausência de título deixou de ser arguida no momento processual correto (embargos do devedor) por negligência do executado, que não conferiu atentamente os títulos *sub judice*, o que certamente teria evitado que o processamento do feito se prolongasse por doze anos, vindo a ser extinto apenas com a exceção de pré-executividade.

Desse modo, a desídia do executado é penalizada pela lei com as custas de retardamento a partir do saneamento do processo e a perda, ainda que vencedor na causa, do direito de haver do vencido honorários advocatícios (§ 3º do art. 267, e art. 22, ambos do CPC).

Nesse sentido:

> APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – AÇÃO DECLARATÓRIA AJUIZADA ANTERIORMENTE AOS EMBARGOS VISANDO À DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE DIVERSOS AUTOS DE INFRAÇÃO, DENTRE OS QUAIS O CONTEMPLADO PELO FEITO EXECUTIVO – LITISPENDÊNCIA PARCIAL – NOVA AÇÃO COM OBJETO MENOR QUE A PRIMEIRA – POSSIBILIDADE – EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO – ART. 265, V, DO CPC – ALEGAÇÃO TARDIA DA LITISPENDÊNCIA – ART. 22 DO CPC – PERDA DO DIREITO A HONORÁRIOS E PAGAMENTO DE CUSTAS A PARTIR DO SANEAMENTO DO PROCESSO.

> Configurada a litispendência, ainda que parcial, impõe-se a extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, V, do CPC, a fim de se coibir a duplicidade de feitos sobre a mesma lide.
>
> O réu que, por não argüir na sua resposta fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, dilatar o julgamento da lide, responderá pelas custas de retardamento e perderá, ainda que vencedor na causa, o direito a haver do vencido honorários advocatícios (art. 22, CPC). (AC n. 2004.002513-0, Campo Grande, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, julgado em 15.4.2008).

No caso, a questão acerca da ausência de executividade dos contratos de abertura de crédito em conta-corrente é amplamente conhecida e há tempos adotada nesta Corte, de modo que não se justifica a sua tardia alegação.

De mais a mais, o fato de os causídicos recorrentes terem ingressado no feito apenas na oposição da exceção de pré-executividade não lhes garante o direito do recebimento da verba honorária da *ex adversa*, pois o processo, embora formado por sucessivos atos concatenados, deve ser visto como um todo, e não interpretado individualmente.

Assim, inexistente qualquer circunstância que permita modificar a conclusão da magistrada sentenciante, a sentença combatida deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Conclusão

Diante do exposto, voto por se negar provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Julizar Barbosa Trindade, Luiz Carlos Santini e Hildebrando Coelho Neto.

Campo Grande, 3 de agosto de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.019135-7 - Coxim
Segunda Turma Cível
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – RESPONSABILIDADE CIVIL – ADULTÉRIO – CONVIVENTES – INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO – RECURSO NÃO PROVIDO.

O adultério, ainda que viole os deveres dos conviventes na união estável, por si só, não constitui ato ilícito capaz de ensejar danos morais.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 13 de julho de 2010.

Des. Julizar Barbosa Trindade – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

Lena de Jesus Maia interpõe apelação cível (f. 151-169) contra sentença (f. 143-7) que, na ação de reparação de danos movida em face de Levy Marçal, julgou improcedente o pedido formulado na inicial.

Sustenta que conviveu em união estável com o apelado por aproximadamente nove anos e que em razão da conduta dele (relacionamento amoroso com terceira pessoa), sofreu danos morais.

Aduz que o adultério causa grandes transtornos para a parte traída, situação em que as sanções previstas no direito de família não são suficientes para sua reparabilidade, sendo admissível a responsabilidade civil por danos morais.

Alega, também, que ficou traumatizada com o ocorrido, pois não vem se alimentando nem dormindo, foi vitima de depressão e pensou em tirar a vida por conta do amor e da fidelidade frustrados.

Contrarrazões às f. 174-8.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator)

Conforme relatado, Lena de Jesus Maia interpõe apelação cível (f. 151-169) contra sentença (f. 143-7) que, na ação de reparação de danos movida em face de Levy Marçal, julgou improcedente o pedido formulado na inicial.

Sustenta que conviveu em união estável com o apelado por aproximadamente nove anos e que em razão da conduta dele (relacionamento amoroso com terceira pessoa), sofreu danos morais.

Aduz que o adultério causa grandes transtornos para a parte traída, situação em que as sanções previstas no Direito de Família não são suficientes para sua reparabilidade, sendo assim admissível a responsabilidade civil por danos morais.

Alega, também, que ficou traumatizada com o ocorrido, pois não vem se alimentando nem dormindo, foi vítima de depressão e pensou em tirar a vida por conta do amor e da fidelidade frustrados.

Cuida-se de pretensão de responsabilidade civil por alegados danos morais experimentados em decorrência de adultério.

A apelante alega que seu convivente foi infiel e manteve relacionamento com terceira pessoa.

As relações mantidas por um dos companheiros com terceira pessoa, ainda que resultem dissabores experimentados pela parte traída, não ocasionam, por si só, danos morais, pois, embora possam ocasionar consequências no direito de família, não se configuram ato ilícito capaz de ensejar danos morais.

É absolutamente natural que, em razão da recíproca confiança que, de regra, existe entre os companheiros, espera-se uma fidelidade recíproca, cuja violação resulta, presumidamente, dor, sofrimento, desvalor próprio e decepção.

Todavia, como ressaltou a magistrada de primeiro grau (f. 145):

> [...] É evidente que a ruptura de uma união afetiva, qualquer que seja o fato desencadeante, gera mágoa, raiva, sensação de abandono, frustração. Tais sentimentos, de tão profundos e intensos, não raro despontam a revanche como solução para os males da alma.
>
> [...] Como comumente ocorre nas separações, é fácil imputar ao outro o fracasso da relação, mas nem sempre é verdadeiro. As uniões, assim como as separações, resultam de um conjunto de circunstâncias que não podem, de forma simplista, ser atribuídas a um só dos companheiros.

Na inicial, a apelante afirma ter imaginado que o caso amoroso de seu companheiro fosse coisa passageira e que tudo poderia voltar ao normal. Além disso, relata que ele lhe disse que "não era homem de uma mulher só" e que se ela quisesse com ele conviver, deveria se contentar em "ser uma das muitas mulheres que teria".

Suas afirmações demonstram que tinha conhecimento de que o apelado mantinha outros relacionamentos e, mais, leva a crer que na união já não mais existia a confiança e a fidelidade recíprocas, tanto que culminou no fato por ela narrado de ter surpreendido seu companheiro mantendo relações sexuais com outra mulher.

Desse modo, não há como reconhecer dano moral como sanção para quem não atendeu às expectativas do outro. Calha bem ao caso o que exarou o Min. Luis Felipe Salomão: "*É certo que não se obriga a amar pela via legislativa ou judicial e não se paga o desamor com indenizações*" (REsp n. 1.111.547-MG).

Cabe salientar que a prova testemunhal produzida em nada altera o resultado porque, ainda que suficiente para comprovar o relacionamento do apelado com outra mulher, não modifica o entendimento de que, no caso, não há ato ilícito.

Em relação à situação de desgosto e de depressão relatada, trata-se de sentimentos próprios das separações, visto que, por mais consensuais que sejam, causam frustrações. Além disso, a depressão é uma patologia e deve ser comprovada mediante laudos médicos, fato não demonstrado nos autos.

Destarte, inexistente qualquer circunstância que permita modificar a conclusão da magistrada sentenciante, a decisão combatida deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Conclusão

Por todo o exposto, voto por negar provimento ao recurso, ficando mantida a sentença invectivada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Julizar Barbosa Trindade, Luiz Carlos Santini e Hildebrando Coelho Neto.

Campo Grande, 13 de julho de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.014503-7 - Rio Brilhante
Segunda Turma Cível
Relator Des. Luiz Carlos Santini

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE – MORTE DE UM DOS EXECUTADOS – SUBSTITUIÇÃO PELO ESPÓLIO – ART. 43 DO CPC – HABILITAÇÃO DOS SUCESSORES – NECESSIDADE DE AJUIZAMENTO EM AUTOS PRÓPRIOS – RECURSO PROVIDO.

Ocorrendo a morte de qualquer uma das partes, dar-se-á a substituição pelo seu espólio, salvo se motivo devidamente justificado determine a habilitação dos herdeiros.

Somente quando da recusa dos sucessores em adentrar a lide, ou da oposição da parte na habilitação dos sucessores, será necessário o ajuizamento de ação de habilitação, em autos próprios, pendente de sentença judicial.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 3 de agosto de 2010.

Des. Luiz Carlos Santini – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini

Thomaz de Aquino Morguete irresignado com a sentença de f. 276-82, que, com base no art. 267, IV, do CPC, extinguiu sem resolução do mérito, a ação de execução por quantia certa contra devedor solvente que move em desfavor de Benedito Dirceu Avanze e outros, interpôs recurso de apelação (f. 289-94).

Alega que quando comunicou ao juízo o falecimento dos executados Benedito Dirceu Avanze e Olívio Avanze, protestou pela ciência dos atos processuais aos representantes dos espólios.

Assevera que o magistrado *a quo* deveria ter cientificado os espólios dos executados falecidos e que, somente em ocorrendo a inércia destes, determinar ao exequente que procedesse a habilitação dos sucessores, nos termos do art. 1056, inciso I, do CPC.

Afirma, ainda, a impossibilidade de extinção total do feito, eis que os executados Romeu Avanze e sua esposa Iolanda Martins Avanze continuam vivos.

Pede o conhecimento e provimento do recurso interposto, para reformar a sentença combatida, determinando o retorno dos autos à instância de origem para o prosseguimento da ação.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini (Relator)

Thomaz de Aquino Morguete irresignado com a sentença de f. 276-82, que, com base no art. 267, IV, do CPC, extinguiu sem resolução do mérito, a Ação de Execução por Quantia Certa contra Devedor Solvente que move em desfavor de Benedito Dirceu Avanze e outros, interpôs recurso de apelação (f. 289-94).

O recurso merece provimento.

Para melhor compreensão da lide, faço um breve relato dos fatos.

Comércio de Cereais Rio Brilhante Exportação e Importação Ltda.ajuizou ação de execução em desfavor de Benedito Dirceu Avanze, Olivio Avanze e sua esposa Amélia Scalada, e Romeu Avanzi e sua esposa Iolanda Martins Avanzi, buscando a entrega de 599.821,20 kg de soja em grãos.

Posteriormente, em 13.3.2000, dada a impossibilidade de cumprimento do mandado de busca e apreensão, o feito foi convertido em execução por quantia certa (f. 76).

Em 2.5.2000, houve penhora de 61 hectares de terra, como atesta o documento de f. 87.

O mandado de registro de penhora foi cumprido em 11.4.2003, como certificado às f. 124 (verso).

Em 13.7.2006, a empresa exequente cedeu a totalidade dos créditos da presente ação de execução a Thomaz de Aquino Morguete (f. 208-22).

A substituição processual foi deferida pelo magistrado às f. 227, em 13.5.2009. Intimados às f. 229, os executados não se manifestaram (f. 230).

Na data de 18.9.2009, por meio da petição de f. 234-56, o recorrente/exequente informou ao juízo o falecimento de alguns dos executados e solicitou *"a regularização do pólo passivo, para evitar futuras nulidades"* (f. 235).

O magistrado, em despacho de f. 265, suspendeu o andamento do processo e concedeu para de 10 dias para que o apelante/exequente promovesse a habilitação dos sucessores dos executados falecidos.

Tempestivamente, o apelante peticionou às f. 270-1, informando novamente quais eram os sucessores dos executados falecidos, pleitando que os espólios de Benedito Dirceu Avanzi e Olivio Avanzi fossem intimados.

Não obstante, o magistrado extinguiu o feito sem resolução do mérito, por entender que *"em virtude da não habilitação voluntária pelos sucessores dos falecidos, deveria o exequente promover a habilitação forçada, através de propositura da ação de habilitação (CPC, art. 1.056, I), já que necessária a prolação de sentença"* (f. 282).

Nos termos do art. 43 do CPC:

> 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."

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que, ocorrendo a morte de uma das partes, ocorrerá a substituição pelo seu espólio, salvo se houver justificativa para a determinação de habilitação dos herdeiros:

> PROCESSUAL CIVIL. MORTE DE UMA DAS PARTES.
>
> Ocorrendo a morte de qualquer uma das partes, dar-se-á a substituição pelo seu espólio, salvo se motivo devidamente justificado determine a habilitação dos herdeiros. CPC, art. 43. Agravo improvido. (AgRg no Ag n. 8545/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Antônio Torreão Braz, DJ de 29.11.1993, p. 25881).

A habilitação, nos termos do art. 1.055 do CPC, tem lugar quando, por falecimento de uma das partes, os interessados houverem de suceder-lhe no processo.

Poderá ser requerida tanto pela parte, em relação aos sucessores do falecido, quanto por estes, em relação à parte.

Pois bem. Em regra, a habilitação deve ser pleiteada em autos próprios.

Todavia, o art. 1.060 do CPC elenca as hipóteses em que a habilitação poderá proceder-se nos autos da causa principal, independentemente de sentença.

Subentende-se que os sucessores da parte deverão ser informados da existência da ação e, tendo interesse, poderão pleitear sua habilitação na lide.

Somente quando da recusa dos sucessores em adentrar a lide, ou da oposição da parte na habilitação dos sucessores, será necessário o ajuizamento de ação de habilitação, em autos próprios, pendente de sentença judicial.

Ocorre que, como afirmou o recorrente, os sucessores dos executados falecidos não foram cientificados da ação para, querendo, pudessem adentrar a lide.

Assim, razão assiste ao apelante.

Ademais, como bem apontou o recorrente, a execução é movida contra diversas partes, sendo certo que os executados Romeu Avanzi e sua esposa Iolanda Martins Avanzi continuam vivos.

De tal monta que o feito, mesmo sem a habilitação dos sucessores dos executados falecidos não poderia ser totalmente extinto.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso interposto por Thomaz de Aquino Morguete, para anular a sentença atacada e determinar o retorno dos autos a comarca de origem, 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. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Santini.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Luiz Carlos Santini, Hildebrando Coelho Neto e Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 3 de agosto de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.017372-0 - Campo Grande
Segunda Turma Cível
Relator Des. Luiz Carlos Santini

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DA AGEPEN AFASTADA – MÉRITO – TRABALHO DESENVOLVIDO POR PRESO NO INTERIOR DO PRESÍDIO – CONVÊNIO COM EMPRESA PARTICULAR – PEDIDO DE REMUNERAÇÃO – RESSARCIMENTO DO ESTADO COM OS GASTOS ORIUNDOS DA MANUTENÇÃO DO APENADO – LEI N. 7.210/84, ART. 29 – JUSTIÇA GRATUITA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – CONDENAÇÃO DO BENEFICIÁRIO – CABIMENTO – OBRIGAÇÃO SOBRESTADA – ART. 12 DA LEI N. 1.060/50 – SENTENÇA RETIFICADA – RECURSO PROVIDO.

Legítima a figuração da AGEPEN - Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário - no polo passivo da ação, pois é pessoa jurídica de direito público, pertencente à administração indireta, devendo obediência, portanto, ao princípio da especialidade, ou seja, devendo ater-se aos objetivos que lhe foram conferidos por lei, em homenagem ao princípio da legalidade, ao qual se sujeita a Administração Pública como um todo.

O preso faz jus à remuneração pelo trabalho realizado enquanto custodiado pelo Estado, porém esse valor deverá atender, dentre outros, ao ressarcimento das despesas realizadas com a sua manutenção no período da pena (art. 29, § 1º, da LEP).

A concessão do benefício da assistência judiciária gratuita não obsta a condenação em honorários advocatícios da parte beneficiária vencida na demanda. Precedentes do STJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar provimento aos recursos e retificar o recurso obrigatório.

Campo Grande, 14 de setembro de 2010.

Des. Luiz Carlos Santini – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini

AGEPEN - Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário e o Estado de Mato Grosso do Sul inconformados com a sentença de f. 246-54 que na ação de cobrança que lhes é movida por Rone Emerson Ribeiro Gimenes, por ilegitimidade passiva extinguiu o processo em relação ao Estado e julgou parcialmente procedente o pedido para condenar a AGEPEN ao pagamento do trabalho desempenhado pelo autor, que deverá ser apurado em liquidação por artigos ou, subsidiariamente, por arbitramento judicial, interpuseram recursos de apelação.

AGEPEN - Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário argui preliminar de ilegitimidade passiva e, no mérito, em síntese, argumenta que:

O apelado não possui direito ao recebimento do pecúlio, porquanto vedado pela Lei de Execuções Penais e por existir um desconto ou compensação por custódia prisional em favor da Administração.

A sentença negou vigência ao art. 28 e § 2º c.c. art. 39, V, da LEP.

Não obstante o art. 29 da referida norma prever a remuneração do trabalho prisional, o art. 28 fixou a sua finalidade educativa e produtiva e ainda que se entendesse o cunho remuneratório, há que se aplicar o § 1º do art. 29 e suas alíneas.

Pede o acolhimento da preliminar arguida, com a declaração da extinção do processo sem julgamento do mérito e não sendo este o entendimento, requer o provimento do recurso para julgar totalmente improcedente a ação (f. 269-78).

O Estado de Mato Grosso do Sul insurge-se contra a parte da sentença que deixou de condenar o apelado ao pagamento dos honorários advocatícios, por entender o magistrado que incabíveis, em razão se tratar de parte beneficiária da justiça gratuita.

Para tanto, argumenta que mesmo que o autor seja beneficiário da justiça gratuita deverá arcar com os ônus da sucumbência, cuja exigência fica sobrestada nos termos do art. 12 da Lei n. 1.060/50.

Pede o provimento do recurso e a reforma da sentença para condenar o apelado ao pagamento dos honorários advocatícios em favor do Estado (f. 296-306).

Contrarrazões às f. 319-22.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini (Relator)

Conforme relatado, trata-se de recursos de apelação interpostos pela AGEPEN - Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário e pelo Estado de Mato Grosso do Sul contra a sentença de f. 246-54 que na ação de cobrança que lhes é movida por Rone Emerson Ribeiro Gimenes, por ilegitimidade passiva extinguiu o processo em relação ao Estado e julgou parcialmente procedente o pedido para condenar a AGEPEN ao pagamento do trabalho desempenhado pelo autor, que deverá ser apurado em liquidação por artigos ou, subsidiariamente, por arbitramento judicial.

Do recurso da AGEPEN - Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário.

Da preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam.*

Para fundamentar sua tese de ilegitimidade passiva para a causa a apelante afirma que não obstante seja uma autarquia com poderes de auto administração financeira e pública, a sua atribuição está adstrita à lei, qual seja, dar cumprimento na custódia de presos, além do que, conforme Termo de Cooperação firmado com a empresa Distribuidora Bom Pastor, competia àquela remunerar os internos envolvidos de acordo com a produção.

Assevera, ainda, que o Estado é que é a autoridade competente para figurar no polo passivo da ação vez que por despacho normativo do Governador do Estado foi determinado que o Sistema Penitenciário não procedesse à remuneração das atividades prisionais por possuir natureza educativa e ser obrigação legal do reeducando.

Todavia, não merece prosperar a alegação da apelante de que sua inclusão no polo passivo da ação afronta ato normativo expedido diretamente pelo Governador do Estado, isso porque trata-se de pessoa jurídica de direito público, pertencente à administração indireta, devendo obediência, portanto, ao princípio da especialidade, ou seja, devendo ater-se aos objetivos que lhe foram conferidos por lei, em homenagem ao princípio da legalidade, ao qual sujeita-se a Administração Pública como um todo.

Ressalta-se que nos termos do disposto no artigo 7º, do Decreto Lei n. 11/79, incumbe à referida autarquia administrar o sistema prisional, razão pela qual a mesma é parte legitima para figurar no polo passivo da presente demanda, conforme a seguir:

> Art. 7º - Fica autorizada a criação do Departamento do sistema Penitenciário de Mato Grosso do Sul (DSP), de que trata o art. 2º, inciso IV, deste Decreto-lei, sob a forma autárquica, com personalidade jurídica de direito público, autonomia administrativa e financeira, com os objetivos de:
>
> I – custodiar os presos;
>
> II – propiciar assistência às pessoas submetidas a medidas de segurança;
>
> III – permitir aos egressos oportunidades de reintegração social;
>
> IV – realizar a observação cautelar dos beneficiários da suspensão e livramento condicionais;
>
> V – desenvolver o trabalho prisional.
>
> Desta forma, afasta-se a preliminar.

Do mérito.

Trata-se de ação de cobrança onde o autor, condenado em ação penal à pena de três anos de reclusão, quando recolhido no Estabelecimento Penal de Campo Grande, prestou serviços internos no setor de "descasque de mandioca" no período de 1.7.2005 a 4.7.2006.

Busca o recorrido a condenação dos requeridos ao pagamento da remuneração referente ao período acima, no valor de R$ 2.980.93.

Entendeu o magistrado que ao caso caberia a remuneração em virtude de ter sido o trabalho prestado para uma empresa privada, por meio de convênio firmado com a autarquia (f. 93-6), uma vez que não se referia àqueles serviços realizados em proveito próprio ou de seus companheiros, de obrigação do preso, tais como, faxina, copa, cozinha, coleta de lixo, almoxarifado, horta, padaria, etc, considerado apenas para efeito de remição de pena.

A respeito do assunto a lei de execução penal dispõe:

> Art. 28 - O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.
>
> § 1º Aplicam-se à organização e aos métodos de trabalho as precauções relativas à segurança e à higiene.
>
> § 2º O trabalho do preso não será sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho.

Art. 29 - O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a três quartos do salário mínimo.

§ 1º - O produto da remuneração pelo trabalho deverá atender:

a) à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios;

b) à assistência à família;

c) a pequenas despesas pessoais;

d) ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores.

§ 2º - Ressalvadas outras aplicações legais, será depositada a parte restante para constituição do pecúlio, em cadernetas de poupança, que será entregue ao condenado quando posto em liberdade.

Art. 31. O condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade.

E ainda o Código Código assim estatui:

Art. 34 – [...]

§ 1º - O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno.

§ 2º - O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena.

Art. 39. O trabalho do preso será sempre remunerado, sendo-lhe garantidos os benefícios da Previdência Social

Também há que se destacar o Decreto Estadual n. 12.140, de 17.8.2006, que dispôs sobre o regimento interno básico das Unidades Prisionais do Estado de Mato Grosso do Sul, que no Capítulo IX – Do Trabalho, da Remição e do Pecúlio, que assim dispôs:

Art. 44. Todo preso, salvo as exceções legais, deverá submeter-se ao trabalho, respeitadas suas condições individuais, habilidades e restrições.

Art. 45. As modalidades de trabalho classificam-se em interna e externa.

§ 1º O trabalho interno tem caráter obrigatório.

§ 2º A jornada de trabalho não poderá ser inferior a seis nem superior a oito horas, com descanso aos domingos e feriados, salvo exceções legais.

§ 3º O trabalho executado nos termos deste artigo confere ao preso a remição de pena, à razão de um dia de pena por três de trabalho.

Art. 46. Para a remuneração do trabalho do preso será celebrado convênio entre a empresa tomadora de mão-de-obra e a AGEPEN-MS.

Art. 47. A unidade de trabalho, de acordo com a sua estrutura, gerenciará o produto do trabalho prisional e viabilizará a remuneração dos presos.

> Parágrafo único. O Setor de Trabalho da unidade manterá atualizado o quadro de presos trabalhadores e de tomadores de mão-de-obra.

Portanto, embora o apelado tenha se utilizado desse tempo de serviço para remir sua pena (f. 31 e 59 e 43 e 62) e ainda em razão dessa remição, se beneficiado com a antecipação da progressão de regimes (f. 34 e 37), correto o entendimento do magistrado de que o trabalho prestado pelo recorrido no setor de "Descasque de Mandioca" deve ser remunerado, porquanto não obrigatório, até porque, a teor dos documentos de f. 98-105, o pagamento pelos trabalhos prestados pelos internos foi repassado à Autarquia.

Por outro lado, entendo que o apelante somente faz jus ao pecúlio especificado no § 2º, do artigo 29, da LEP, depois de descontadas as despesas previstas no § 1º e, ainda assim, se houver valor remanescente.

Nesse sentido o entendimento deste tribunal:

> EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – TRABALHO DESENVOLVIDO POR PRESO – PEDIDO DE REMUNERAÇÃO – RESSARCIMENTO DO ESTADO PELO VALOR GASTO COM A MANUTENÇÃO DO DETENTO – ART. 29, § 1º, "D", DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS.
>
> A Lei de Execuções Penais, além de garantir o direito à remuneração do trabalho desenvolvido pelo preso, previu, também, a aplicação do referido valor ao ressarcimento do Estado pelas despesas com a manutenção do condenado.[1]
>
> EMENTA - AÇÃO DE COBRANÇA – PRESO – REMUNERAÇÃO – RESSARCIMENTO DO ESTADO COM OS GASTOS ORIUNDOS DA MANUTENÇÃO DO APENADO (ART. 29, § 1º, ALÍNEA 'D', DA LEP) – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA.
>
> O preso faz jus à remuneração pelo trabalho realizado enquanto custodiado pelo Estado, porém esse valor deverá atender, dentre outros, ao ressarcimento das despesas realizadas com a sua manutenção no período da pena (art. 29, § 1º, da LEP).[2]

Ressalta-se que segundo os autos, o apelado esteve sob custódia da AGEPEN - Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário no período de 24.6.2004 a 5.7.2006, portanto, por aproximadamente, dois anos e um mês (f. 14 e 53).

O Estado de Mato Grosso do Sul em sua contestação alega que a manutenção de um encarcerado custaria bem mais que um salário mínimo mensal aos cofres públicos, circunstância que ultrapassaria em muito a quantia perseguida na inicial (f. 153).

Pois bem. Independentemente de se saber o valor exato do custo mensal de manutenção de um encarcerado, destaca-se que se dividir-se o valor de R$ 2.980.93 que o autor-apelante faria jus em decorrência de seu trabalho por 25 meses (tempo de permanência no presídio), resultaria na quantia mensal de R$ 119.23 e diária de R$ 3,97, valor que sabidamente, não cobre nem a alimentação do preso.

Desta forma, denota-se que o valor que autor-apelante faria jus (R$ 2.980.93) em decorrência de seu trabalho (art. 29, *caput*, da LEP), não é suficiente sequer para ressarcir a totalidade do valor gasto pelo Estado com a sua manutenção no período em que esteve encarcerado (art. 29, § 1º da LEP).

De tal sorte que, não havendo monta remanescente a constituir o pecúlio previsto no § 2º, do artigo 29, da Lei de Execução Penal, a retificação da sentença é medida que se impõe.

1 TJMS, AC n. 2008.029869-2, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz, julgado em 11.11.2008.

2 TJMS, AC n. 2007.025116-5, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, julgado em 24.6.2008.

Do recurso do Estado de Mato Grosso do Sul

O apelo merece provimento.

O magistrado entendeu estar impedido de fixar honorários em favor do Estado em razão de ser a parte sucumbente beneficiária da justiça gratuita, vez que o art. 12 da Lei n. 1.060/50 só faz menção às custas processuais (f. 264).

Fundamentou o juiz que "se a intenção do legislador fosse condenar a parte hipossuficiente vencida ao pagamento de honorários de advogado, mencionaria expressamente o diferimento desta verba" (f. 265).

Contudo, esse não é o espírito da lei, parecendo a este relator a ocorrência de erro na redação do art. 12, pois o art. 11 e § 2º dizem o seguinte:

> Art. 11. Os honorários de advogados e peritos, as custas do processo, as taxas e selos judiciários serão pagos pelo vencido, quando o beneficiário de assistência for vencedor na causa.
>
> […]
>
> § 2º A parte vencida poderá acionar a vencedora para reaver as despesas do processo, inclusive honorários do advogado, desde que prove ter a última perdido a condição legal de necessitada (sublinhou-se).

Ora, se constatada a mudança de condição econômica do beneficiário da justiça a parte contrária pode acioná-la para reaver as despesas do processo e os honorários advocatícios, porque não se poderia condenar o assistido também ao pagamento dos honorários e sobrestar tal condenação?

Ademais, há que se observar que a isenção abarcada pelo art. 3º, diz respeito a todos os atos praticados em um processo, inclusive referente a honorários de advogados e peritos, ou seja, despesas e custas processuais e honorários, que constituem os ônus sucumbenciais, assim como previsto no art. 20 do CPC.

Outro não é o entendimento sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça:

> RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. INDAGAÇÃO ACERCA DA CULPA. INCIDÊNCIA DO VERBETE N. 7 DA SÚMULA DO STJ. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.
>
> CONDENAÇÃO CABÍVEL. PRECEDENTES DO STJ.
>
> Não enseja recurso especial a pretensão de reexame da prova para se ter por não comprovado o que foi considerado provado pelas instâncias ordinárias. Nesse sentido, o verbete n. 7 da Súmula do STJ.
>
> A concessão do benefício da assistência judiciária gratuita não obsta a condenação em honorários advocatícios da parte beneficiária vencida na demanda. Precedentes do STJ.
>
> Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido. (REsp n. 728133/BA, REsp n. 2005/0025144-9, Quarta Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 21.9.2006, DJ de 30.10.2006, p. 313).
>
> PROCESSUAL CIVIL. JUSTIÇA GRATUITA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONDENAÇÃO DO BENEFICIÁRIO. CABIMENTO. OBRIGAÇÃO SOBRESTADA. ART. 12 DA LEI N. 1.060/50.

> 1. A parte beneficiada pela Assistência Judiciária, quando sucumbente, pode ser condenada em honorários advocatícios, situação em que resta suspensa a prestação enquanto perdurar o estado de carência que justificou a concessão da justiça gratuita, prescrevendo a dívida cinco anos após a sentença final, nos termos do art. 12 da Lei n. 1.060/50.
>
> 2. É que "O beneficiário da justiça gratuita não faz jus à isenção da condenação nas verbas de sucumbência. A lei assegura-lhe apenas a suspensão do pagamento pelo prazo de cinco anos se persistir a situação de pobreza. (REsp n. 743.149/MS, DJU 24.10.2005). Precedentes: REsp n. 874.681/BA, DJU 12.6.2008; EDcl nos EDcl no REsp n. 984.653/RS, DJU 2.6.2008; REsp n. 728.133/BA, DJU 30.10.2006; AgRg no Ag n. 725.605/RJ, DJU 27.3.2006; REsp n. 602.511/PR, DJU 18.4.2005; EDcl no Resp n. 518.026/DF, DJU 1.2.2005 e REsp n. 594.131/SP, DJU 9.8.2004.
>
> 3. Recurso especial a que se dá provimento (REsp n. 1082376/RN REsp n. 2008/0184420-1, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 17.2.2009, DJ 26.3.2009).

Pelo exposto, dá-se provimento aos recursos de apelação interpostos pela AGEPEN - Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário e pelo Estado de Mato Grosso do Sul para julgar improcedente a ação e condenar o apelado ao pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 1.000.00 para cada parte, nos termos do art. 20, § 4º do CPC, ficando, porém, sobrestada a condenação consoante art. 12 da Lei n. 1.060/50.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AOS RECURSOS E RETIFICARAM O RECURSO OBRIGATÓRIO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Santini.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Luiz Carlos Santini, Hildebrando Coelho Neto e Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 14 de setembro de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.021082-2 - Aparecida do Taboado
Segunda Turma Cível
Relator Des. Luiz Carlos Santini

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E RECONVENÇÃO – ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE SOCIEDADE DE FATO ENTRE AS PARTES – ART. 987 DO CC – LITÍGIO ENTRE SÓCIOS – NECESSIDADE DE PROVA ESCRITA – AUSÊNCIA – IMPROVIMENTO.

Tratando-se de litígio entre sócios a prova da sociedade somente pode ser feita por escrito, pelo contrato social não registrado ou mesmo de outros documentos escritos, nos quais se constate a manifestação de vontade dos sócios na constituição do vínculo societário.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 17 de agosto de 2010.

Des. Luiz Carlos Santini – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini

Trata-se de recurso de apelação interposto por Nilson Gomes da Silva nos autos da ação de obrigação de fazer que lhe moveu Oldemar Catarino Queiroz e Outro.

Alega-se que a sociedade de fato havida entre as partes com a acoplação à empresa individual do apelado, constitui de per si prova documental por excelência, além dos demais documentos fiscais encartados aos autos.

Sustenta-se que os testemunhos produzidos nos autos pelo apelante também com segurança confirmaram a existência da aludida sociedade de fato.

Afirma-se a ocorrência de cerceamento de defesa pela recusa de análise e avaliação de prova plenamente hábil a instrução processual.

Aduz-se que a sentença foi *extra* e *citra petita*, uma vez que apreciou de forma equivocada aspecto de relevância para o desate da lide, com a desconsideração da prova material e testemunhal produzida.

Pugna-se pelo provimento do recurso para que a sentença seja cassada ou reformada, declarando a procedência da pretensão reconvencional e a improcedência da ação de obrigação de fazer.

O apelado apresentou contrarrazões às f. 449-453.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini (Relator)

Conforme relatado trata-se de recurso de apelação interposto por Nilson Gomes da Silva nos autos da ação de obrigação de fazer que lhe moveu Oldemar Catarino Queiroz e Outro.

O apelante insurge-se contra a sentença que julgou procedente o pedido inicial, condenando-o a obrigação de fazer consistente em transferir documentalmente a propriedade do veículo Scania/T113 aos apelados e julgou improcedente o pedido formulado na reconvenção.

O recurso não merece prosperar.

Primeiramente, não há que se falar em cerceamento de defesa, pois ao que consta dos autos foi oportunizado ao apelante a devida produção de provas.

Vale consignar que não configura cerceamento de defesa o fato de o magistrado não ter avaliado as provas da forma mais favorável ao apelante.

A alegação de que a sentença foi *extra* ou *citra petita* também não merece prosperar, pois o juiz decidiu a lide nos exatos termos do que foi pedido tanto na inicial como na reconvenção.

Pois bem. Antes de adentrar ao mérito, convém esclarecer os fatos tratados nestes autos.

Os autores ora apelados narram na inicial que são proprietários de um caminhão Scania que foi adquirido pelo financiamento, entretanto, este não foi feito em seus nomes, mas sim em nome do requerido ora apelante que se nega a transferir o veículo, por isso ingressaram com a ação de obrigação de fazer.

O requerido ora apelante contestou o pedido inicial, argumentando que sua recusa em efetivar a referida transferência é porque o autor/apelado deixou de cumprir as obrigações tributárias decorrentes da constituição de uma empresa em que ambos eram sócios.

Em reconvenção o réu ora apelante pediu que fosse declarado o reconhecimento da existência de uma sociedade de fato entre ele o ora apelado, com atribuição da responsabilidade pelas obrigações tributárias na razão de 1/3 para o reconvinte/apelante e 2/3 para o reconvindo/apelado, bem como que fosse decretada a dissolução desta sociedade, com a expedição da ordem judicial para alienação da carreta objeto da ação principal.

Em suas razões recursos o apelante insiste na alegação da existência da sociedade de fato entre ele e o apelado, sendo este o ponto principal para o deslinde da questão tanto na ação principal como na reconvenção.

O artigo 987 do CC estabelece que "*Os sócios, nas relações entre si ou com terceiros, somente por escrito podem provar a existência da sociedade, mas os terceiros podem prová-la de qualquer modo*."

Tal dispositivo regula o modo pela qual se prova em juízo a existência de uma sociedade, sendo que se tratando de litígio entre sócios, como no caso dos autos, a prova somente poderá ser feita por escrito, através do contrato social não registrado ou mesmo de outros documentos escritos, nos quais se constate a manifestação de vontade dos sócios na constituição do vínculo societário.

No caso, a empresa foi constituída apenas no nome do apelante e todos os documentos trazidos em contestação, referem-se a esta, não havendo nada que evidencie que o apelado fosse seu sócio no transporte de milho e soja à empresa Xodó Produtos Frigoríficos.

Vale ressaltar que algumas testemunhas afirmaram que realmente havia um acordo entre as partes quanto à prestação de serviços à referida empresa, mas não se dessume que este acordo tratava-se de uma sociedade.

Como colocado na sentença, a própria testemunha que afirmou que as partes eram sócias declarou também que "*Entre 2003 e 2004 prestou serviços para as carretas de Oldemar e Nilson, mas cada serviço era prestado separadamente para eles. Prestava serviços individualmente e não para uma empresa. [...]*". (f. 378 – grifo nosso).

Além disso, mesmo que tais testemunhas fossem unânimes quanto a sociedade, nos termos do dispositivo 987 do CC, não poderiam ser considerados no presente caso, pois não há sequer um início de prova documental que demonstre a existência do denominado "*afecttio societatis*" entre as partes.

Por estas razões, a sentença singular deve ser mantida.

Ante o 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. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Santini.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Luiz Carlos Santini, Hildebrando Coelho Neto e Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 17 de agosto de 2010.

***

Apelação Cível n. 2009.028342-9 - Corumbá
Quinta Turma Cível
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE UNIDADE HABITACIONAL CUMULADA COM RESTITUIÇÃO DE VALORES – CONTRATO ORIGINÁRIO RESOLVIDO PELO DISTRATO – NOVO AJUSTE – FIXAÇÃO DE PRAZO PARA ENTREGA – INADIMPLÊNCIA AFASTADA – PENA CONVENCIONAL INDEVIDA – HONORÁRIOS - EXCESSIVOS – MODIFICAÇÃO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A celebração de contrato resolvido por distrato nenhum efeito jurídico acarreta, quando o contrato originário foi resolvido justamente pelo distrato e com um novo ajuste, prevalecendo a discussão apenas em relação ao novo pacto.

Fixado, no novo contrato, o prazo de entrega do imóvel e sendo este entregue antes da data aprazada, não há inadimplência capaz de levar à rescisão contratual e, consequentemente, de sancionar a apelante com a devolução das parcelas pagas.

Comunicando a vendedor que a unidade habitacional adquirida pela compradora encontra-se à sua disposição e devidamente quitada, afastada está a possibilidade de sanção convencional.

Nas ações em que não há condenação, os honorários devem ser fixados à luz do § 4º, do art. 20, CPC, minorando o da sentença quando este se apresentar elevado.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 29 de julho de 2010.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Inconformada com a sentença que julgou procedentes os pedidos de rescisão contratual de aquisição de unidade habitacional e ressarcimento dos valores pagos formulado por Marizete da Silva Cardoso e lhe condenou a devolver R$ 34.560,00 (trinta e quatro mil, quinhentos e sessenta reais), corrigido pelo IGPM desde a data de cada desembolso com juros de mora de 1% ao mês desde a citação, Cobravi Construtora Ltda. interpõe recurso de apelação visando reformá-la.

Atribui a inadimplência contratual à apelada e não a si porque esta efetuava o pagamento das parcelas com atraso, por vezes, em até três meses, dando ensejo a não inclusão da mesma na lista de compradores aptos a serem contemplados com unidades habitacionais disponibilizadas a cada período convencionado, nos termos do § 1º da cláusula 5.

Diz que a inadimplência da apelada perdurou mesmo depois de firmarem distrato dos contratos originários e o novo ser estabelecido, agora de uma unidade padrão de menor valor, com aproveitamento dos créditos dos anteriores e remanescência de apenas 16 parcelas de valores inferiores, além da isenção das sanções, cuja entrega dar-se-ia em 19.12.2008.

Menciona que a cláusula 24 assegura a devolução do *quantum* pago pela apelada com redução de 25% (vinte e cinco por cento) de pena convencional e 5% (cinco por cento) das custas de corretagem.

Requer a redução dos honorários dada a singeleza da demanda e, caso não aceita a inadimplência da apelada, a devolução do numerário com incidência apenas da correção monetária e atribuição da sucumbência em sentido oposto.

As contrarrazões estão integradas aos autos às f. 227-230.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator)

Na inicial a autora historia que no dia 8.11.95 firmou contratos particulares de compromisso de compra e venda identificados pelos n. CE031/0696 e CE031/0695 com a Cobravi Construtora Ltda., visando aquisição de dois apartamentos... *sem individualização e determinação até data de conclusão e entrega da mesma* (f. 8 e 17) no Residencial Parque Pantanal, pelo preço certo de R$ 21.637,35 (vinte e um mil, seiscentos e trinta e sete reais e trinta e cinco centavos), pagando a título de sinal R$ 300,00 (trezentos reais), mais 166 parcelas mensais e consecutivas de R$ 120,55 (cento e vinte reais e cinquenta e cinco centavos), sendo que no mês de dezembro seriam efetuadas duas, uma no dia 10 e outra no dia 20, justificando, assim, o pagamento anual de 13 parcelas, reajustáveis pelo INCC. Ressalte-se que tais valores seriam devidos pela autora em dobro, dada a aquisição de duas unidades.

Comenta que em meados de 2002, quando os pagamentos atingiram o montante de R$ 32.800,00 (trinta e dois mil e oitocentos reais) e sem que as unidades lhes tivessem sido entregues, *vencido o prazo de entrega do imóvel* (f. 3), deixou de honrar as parcelas ajustadas, fato que culminou, no dia 19.12.2002, com a assinatura do distrato n. CE 031/1125 e uma nova convenção, agora de um apartamento padrão mediante o pagamento de mais 16 parcelas mensais de R$ 321,15 (trezentos e vinte e um reais e quinze centavos) (f. 3).

Consignou que de *acordo com o contrato, os imóveis deveriam ser entregues parcialmente e por etapas a partir de outubro de 1995 de modo que em outubro de 2001 todas as unidades deveriam ser entregues aos compradores, conforme cláusula 10 do contrato, porém o imóvel nunca chegou a ser entregue à autora dentro do prazo pactuado,* situação que levou a autora a não honrar as sete últimas parcelas do contrato, sendo surpreendida no dia 31.3.2006 com uma correspondência da construtora *informando que o imóvel finalmente estava pronto para lhe ser entregue* e no dia 2.5.2006 uma *Notificação Extra-Judicial, juntamente com uma autorização para escritura pública de compra e venda quitada, informando o número do apartamento que lhe fora atribuído, onde consta o valor de suas parcelas pagas no total de R$ 34.560,00 sem os juros e correção monetária cabíveis* (f. 3).

Requereu ao final a restituição do valor pago à construtora, R$ 34.560,00 (trinta e quatro mil, quinhentos e sessenta reais) acrescido de juros e correção monetária, com a consequente rescisão do contrato.

A ré na defesa envereda pela inexistência de mora em relação ao novel contrato, firmado em 19.12.2002, uma vez que os anteriores foram resolvidos por distrato, gerando, assim, uma nova obrigação, cujo prazo fatal é o dia 19.12.2008, afastando, assim, hipótese de inadimplência.

O magistrado acolheu, no entanto, a tese da autora porque, à luz da lei consumerista, aplicável à espécie, *não houve previsão de termo ou prazo certo, controlável pela consumidora, para a entrega da unidade imobiliária pela construtora demandada, o que viola o artigo 39, inciso XII, da Lei n. 8.078/90, uma vez que, ao dispor que a fração de 1/24 a ser entregue seria sobre o total das unidades comercializadas, com desconto daquelas cujos promitentes compradores estivessem inadimplentes, os instrumentos deixam ao exclusivo critério da fornecedora a estipulação do prazo para o cumprimento de sua obrigação*.

Mais adiante obtemperou que:

> Ora, o consumidor não tem como efetivamente controlar a veracidade da informação prestada pela construtora a respeito de quantas unidades imobiliárias teriam sido comercializadas antes de cada sorteio e quantos promitentes compradores estariam então em mora.
>
> Tal cláusula contratual, para não incidir em abusividade, deve ser interpretada no sentido de que, a cada três meses, a contar de outubro de 2005 (leia-se outubro de 1996), deveria a construtora entregar a fração de 1/24 do total das unidades componentes do residencial.
>
> Assim, na pior das hipóteses para a consumidora, teria ela de ter recebido os dois apartamentos simples ou um apartamento duplo em outubro de 2001, ou no máximo, em janeiro de 2002, isto é, na última fração de 1/24 do total dos 640 apartamentos componentes do residencial, entrega que não ocorreu.
>
> E note-se que, nesta data, a parte autora estava em dia com sua obrigação de adimplir as prestações mensais do compromisso.
>
> Portanto, antes que a parte autora deixasse de pagar as prestações, já se havia exaurido o prazo para a entrega das unidades, sem que a COBRAVI cumprisse tal obrigação. Foi a demandada, portanto, quem não adimpliu os negócios firmados, e não a parte demandante. (f. 200-201).

1. Distrato e inadimplemento contratual

Tenho, no entanto, que a inadimplência a ser avaliada no caso vertente não está afeta aos contratos firmados em 8.11.1995 porque aqueles foram fulminados com o ajuste do distrato.

Como leciona Araken de Assis:

> O distrato elimina a eficácia do negócio quanto ao futuro, de modo que o contrato, que foi, continua sendo, embora acabado, encerrado e desprovido de efeitos. O distrato não "descontrata", exceto em sentido assaz figurado. Tampouco consagra um mútuo dissenso; 4. os distratantes concordam plenamente, entre eles não há desacordo (*mutuus dissensus*); 5. ou desentendimento, vez que ambos, obviamente, querem distratar.
>
> Disso resulta, em suma, que o distrato é o trato em sentido contrário. O art. 472 consagra o *contrarius consensus*. De acordo com Pontes de Miranda, a figura prevista neste dispositivo representa o contrato pelo qual se desfaz a relação jurídica de dívida existente, ou, se a dívida ainda não existe, contrato pelo qual se desfaz o vínculo de que se irradiariam as dívidas futuras. 6. É o contrato pelo qual os figurantes eliminam o vínculo, para o futuro, que anteriormente estabeleceram entre si.[1]

1 Artigo divugado no site: http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/599/779.

E na espécie com muito mais razão já que o seu procedimento ocorreu da mesma forma que o contrato, por escrito, deixando patente a pretensão dos litigantes *contrarius consensus*, nos termos do art. 472 do Código Civil vigente.

Partindo deste ponto, passa-se a avaliar a hipótese de inadimplência.

No contrato firmado em 19.12.2002 os ora litigantes convencionaram na cláusula nona que:

> O prazo previsto para a entrega da unidade prometida vender é de 72 (setenta e dois) meses a partir da assinatura deste contrato (f. 41).
>
> Embora conste no parágrafo primeiro da dita cláusula que:
>
> O COMPRADOR declara que lhe foi esclarecido de que serão entregues a cada três meses a fração de 1/24 (vinte e quatro) do total das unidades comercializadas, descontadas as unidades cujos COMPRADORES estiverem com suas parcelas mensais em atraso, considerando a média aritmética dos três meses anteriores à seleção, obedecendo os seguintes critérios:
>
> 1º - Serão entregues as unidades executadas aos COMPRADORES, com o maior número de parcelas antecipadas voluntariamente. Este número será apurado sempre 90 (noventa) dias antes da entrega das obras ou do habite-se respectivo. Para tanto a VENDEDORA afixará em seu escritório, após apuração, lista nominal com a colocação dos COMPRADORES. A primeira fração de unidades será entregue em outubro de 1995, a segunda em janeiro de 1996, e terceira em abril de 1996 e, assim, sucessivamente. Na data de apuração dos COMPRADORES selecionados, serão eliminados aqueles com parcelas em atraso, independentemente de terem ou não parcelas antecipadas (f. 41);

O que se há de levar em conta para avaliar a inadimplência da apelante é o prazo fixado na cabeça da cláusula em comento, uma vez que as restrições elencadas nos parágrafos e nos incisos não trazem qualquer relação com aquela, cabendo aqui a interpretação mais favorável ao consumidor, nos termos do art. 47 da Lei n. 8.078/90.

Sendo assim, o prazo de entrega do imóvel tem como termo a data de 19.12.2008 e não janeiro de 2001, como entendeu o juiz *a quo*, mesmo porque a unidade habitacional adquirida não era mais duas unidades padrão, mas uma única duplex.

Como a apelada fez constar na peça prefacial, no dia 31 de março de 2006 a Autora recebeu uma correspondência da ré, informando que o imóvel finalmente estava pronto para lhe ser entregue e no último dia 2 de maio de 2006 a autora recebeu uma notificação extrajudicial, juntamente com uma autorização para escritura pública de compra e venda quitada, informando o número do apartamento que lhe fora atribuído, onde consta o valor de suas parcelas pagas no total de R$ 34.560,00 (f. 3).

Diante da comunicação, notificação e autorização para escritura de compra e venda quitada, datadas, respectivamente, de 31.1.2006 e 2.5.2006 (f. 52, 53 e 54) não há falar em inadimplemento da obrigação assumida pela apelante.

Se inadimplência há evidentemente que não se trata da obrigação assumida no contrato – compra e venda de imóvel duplex – porquanto, ainda que a apelada não tenha quitado as 7 parcelas restantes, a apelante deu-se por satisfeita e disponibilizou o imóvel à apelada, inclusive sem qualquer restrição, mas quitado, chamando-a para a transferência do domínio, mas inadimplemento da apelada em não atender ao chamamento da apelante para o recebimento do imóvel.

Aliás, quando a apelada ingressou com a ação, em 9.5.2006, a apelante antecipou-se ao prazo assinalado no novel contrato, cumprindo com sua obrigação na avença (entrega do imóvel), a ponto de notificá-la da entrega em definitivo com transferência de domínio, satisfazendo plenamente o novo pacto, tanto quanto a apelada, já que na notificação extrajudicial de outorga de escritura, deu-o por quitado, o que significa que a nenhuma das partes seja lícito reclamar.

2. Inadimplência da compradora

A apelante alega que a inadimplência é da apelada, ao deixar de pagar as parcelas restantes do contrato ajustado.

Dita cláusula traz o seguinte teor:

> A parte que der causa à rescisão, por inadimplemento, responderá por perdas e danos.
>
> Parágrafo Primeiro: Ocorrendo a rescisão contratual por inadimplemento do COMPRADOR perderá ele, em favor da VENDEDORA, como pena convencional 25% (vinte e cinco por cento) do valor das quantias pagas.
>
> Parágrafo Segundo: Do valor que o COMPRADOR fizer jus, por conta de restituição, serão ainda reduzidas despesas em favor da VENDEDORA na importância correspondente a 5% (cinco por cento) da quantia já paga atualizada correspondente a custas de corretagem.

Não é de se aplicar tal cláusula à apelada.

O documento que a apelante firmou e encaminhou à apelada – AUTORIZAÇÃO PARA ESCRITURA DE COMPRA E VENDA QUITADA – faz alusão à quitação plena, geral e irrevogável da unidade habitacional que a apelada adquiriu, tanto que autoriza os mesmos a lavrarem respectiva Escritura definitiva nos Cartórios competentes, em seus nomes ou de quem os mesmos indicarem (f. 53).

Como se vê da cláusula acima as sanções são devidas desde que haja inadimplemento da compradora, o que não é o caso.

O contrato em discussão encontra-se, assim, solvido pelos contratantes, cabendo à apelada apenas ir ao escritório da apelante, conforme documento de f. 52, buscar as chaves e ir em cartório promover a transmissão de domínio (f. 53), nada havendo a ser exigido de nenhuma das partes em decorrência de inadimplemento.

3. Honorários

A apelante diz que o valor fixado é elevado dada a simplicidade da matéria que envolve a demanda.

Em decorrência do provimento do recurso para julgar improcedente a pretensão formulada pela autora-apelada, em tese haveria a inversão da sucumbência, como pretende a apelante. Nesse aspecto a decisão merece reforma. É que, em se tratando de ação de conhecimento de natureza constitutiva, os honorários devem ser fixados na forma o § 4º do art. 20 do CPC.

Nesse aspecto, tenho que o valor de R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) apresenta-se compatível com a equidade que o caso requer.

4. Conclusão

Pelas razões que foram expostas, dá-se parcial provimento ao recurso para, em se reformando a sentença, julgar improcedentes os pedidos de rescisão e restituição de valores referente ao Contrato n. CE 031.1125, uma

vez que os contratos anteriores, de n. CE 031/0695 e CE031/0696 encontram-se resolvidos pelo distrato, condenando-se a autora apelada nas custas e em honorários advocatícios, estes fixados em R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), cuja exigibilidade ficará suspensa nos termos do art. 12, da Lei n. 1.060/50.

Declara-se o processo extinto com resolução de mérito, nos termos do inc. I, do art.269, do CPC.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Luiz Tadeu Barbosa Silva, Sideni Soncini Pimentel e Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 29 de julho de 2010.

***

Apelação Cível n. 2009.030190-9 - Campo Grande
Quinta Turma Cível
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO – ANULAÇÃO DE PENHORA E ARREMATAÇÃO – IMÓVEL TRANSFERIDO A TERCEIRO POR INSTRUMENTO PARTICULAR DE COMPRA E VENDA ANTES DO INGRESSO DA AÇÃO DE EXECUÇÃO – REGISTRO IMOBILIÁRIO – PRESUNÇÃO *JURIS TANTUM* – RECURSO IMPROVIDO.

O registro imobiliário, a teor do art. 860 do CC/16, tem presunção relativa. Comprovado sobejamente venda de área por instrumento particular, antecedente à execução em cujo feito houve, indevidamente, a penhora e arrematação do bem imóvel, com acerto a sentença que declara tais atos nulos.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 5 de agosto de 2010.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

HSBC Bank Brasil S.A. Banco Múltiplo inconformado com a sentença de procedência dos pedidos contidos na ação de anulação de ato jurídico que declarou "*nula a penhora e arrematação realizada no processo n. 001.99.000166-4, relativamente ao imóvel determinado "sob o n. 15 da quadra 65, do Loteamento, Jardim Jaci, Campo Grande (MS)*" nesta Capital, formulados por Hélio Cruz Neves, interpõe recurso de apelo.

A argumentação do recorrente gira em torno da legitimidade dos atos praticados nos autos da execução n. 001.99.000166-4 que promoveu contra a Fazenda Paraíso Ltda., visando o recebimento do valor de R$ 117.728,39 (cento e dezessete mil, setecentos e vinte e oito reais e trinta e nove centavos), em janeiro de 1999, e o imóvel em questão, cujo domínio, pela certidão da Matrícula n. 9.846, do livro 2, expedida pelo 2º Serviço de Registro Imobiliário, apontava que o imóvel [...] à época da penhora ainda pertencia a Fazenda Paraíso (f. 445).

Assinalou, também, que a propriedade imóvel só é adquirida pela transcrição no registro imobiliário (*rectius*: matrícula imobiliária), conforme inciso I, do art. 530, do CC, corroborado pelo fato do apelado, em momento algum, ter se insurgido pela via dos embargos de terceiros contra os atos praticados no processo, embora públicos, operando a preclusão temporal.

As contrarrazões (f. 475-478) declinam pela irretocabilidade da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator)

Historia a peça vestibular que em 18 de dezembro de 2000 o apelado Hélio da Cruz Neves adquiriu do Espólio de Izaltino Rodrigues Lopes, representado pela inventariante Maria Lindaura da Conceição, firmando contrato particular de compra e venda, o imóvel urbano n. 15, da quadra 65 do loteamento Jardim Jaci, nesta Capital, o qual, por sua vez, adquiriu por meio do mesmo instrumento idêntico, no dia 20 de abril de 1993, da Fazenda Paraíso, passando, inclusive, assim como seu antecessor, desde as aquisições, a serem os responsáveis pelos impostos perante a prefeitura, não tendo levado a registro a transação porque no aguardo da conclusão do inventário.

Pontuou ter sido surpreendido *no final do ano de 2001* com *algumas pessoas* que *estiveram no local, e, lá tiraram algumas fotos, do lado de fora do imóvel, e ao ser questionado o porquê das fotos, este simplesmente evadiu-se do local sem dar quaisquer informações sobre as mesmas; Somente agora se soube o porque daquelas fotos, seria para afixar em página da Internet e anunciar a Venda do Imóvel através de Leilão conforme se pode verificar do Edital do Correio do Estado anexo e também da afixação na Internet como se pode constatar abaixo* (f. 5), e que no *início deste ano mais precisamente entre os dias 04 e 06 de fevereiro de 2002, duas pessoas tentaram afixar uma placa de LEILÃO do imóvel, e ao ser interrogado pelo autor, este disseram tratar da venda do imóvel pelo proprietário BANCO BAMERINDUS, através de Leilão, o autor não permitiu sua afixação e disse ser ele o legítimo proprietário do imóvel, e que tomaria suas providências*, muito embora *sua maior surpresa* tenha sido a constatação *que o imóvel onde havia depositado suas economias havia sido levado a leilão e arrematado pelo Banco Bamerindus, e este por sua vez estava a vende-lo em leilão conforme se prova edital publicado no jornal Correio do Estado no dia 11 de fevereiro de 2002 doc. Anexo, e ainda no site da Leiloeira Zukermam conforme grafado anteriormente* (f. 5-6).

Com o acolhimento dos pedidos de nulidade dos atos de penhora e arrematação do imóvel acima referido, a instituição financeira insurge-se, cuja motivação, conforme pautado no relatório, é a legitimidade dos atos, porque não havia sido feita à margem da matrícula nenhum registro de transferência do domínio.

Razão não assiste ao apelante.

O Código Civil de 1916, aplicável ao caso em espeque, estabelece no inc. I do art. 530 que:

> Adquire-se a propriedade imóvel:
>
> I – pela transcrição do título de transferência no Registro do Imóvel.

> O dispositivo visa, de fato, garantir a propriedade do imóvel. Todavia, o registro da aquisição do domínio confere apenas presunção *juris tantum*; o adquirente é, presumidamente, o titular do direito registrado, caindo por terra caso haja demonstração em sentido oposto.
>
> A presunção a qual faço alusão está contida no art. 860 do mesmo *Códe*x:
>
> Se o teor do registro de imóveis não exprimir a verdade, poderá o prejudicado reclamar que se retifique.

Servindo-se de lições recentes de Carlos Roberto Gonçalves, com total pertinência, no entanto, ao Código revogado de 1916, dada a correspondência do dispositivo citado com o art. 1.247 do novel, sobre o tema nos ensina que

> Por influência de Teixeira de Freitas e Lafayette, o Código Civil de 1916, com a finalidade de melhor garantir a propriedade imóvel, passou a exigir, para a transferência do domínio, que o acordo de vontades se complete pelo registro...

> [...]
>
> Não dispomos de um sistema rígido de cadastramento como a Alemanha, mesmo porque as condições da propriedade no país são diversas. O nosso legislador limitou -se a adotar a técnica germânica da aquisição do domínio pelo registro, mas sem estabelecer uma presunção *juris tantum* de domínio**; [**...].
>
> [...] não é o registro do direito germânico, uma vez que seu valor não é absoluto, admitindo prova em contrário.[1]
>
> Mais adiante obtempera:
>
> Trata-se de presunção *juris tantum*, sendo o adquirente tido como titular do direito registrado, até que o contrário se demonstre[...]
>
> [...]
>
> Adotou o Código Civil brasileiro, nesse particular, como foi dito no item n. 7, retro, solução intermediária, não considerando absoluta tal presunção (*juris et de jure***)**, como o fez o direito alemão (na Alemanha, a propriedade imóvel está toda cadastrada), nem afastando a relevância do registro, como o fez o direito francês, para o qual o domínio se adquire pelo contrato, servindo apenas como meio de publicidade**.**
>
> Podemos dizer que a Alemanha adotou simultaneamente os princípios da presunção e da fé pública e que o Brasil encampou somente o princípio da presunção, que prevalece até prova em contrário.
>
> [...]
>
> [...] A presunção registral restringe-se, todavia, ao campo processual, não atingindo de nenhum modo o direito material. A sua importância prática se cinge em dispensar aquele que propõe uma ação de provar a existência do direito real que afirma, porque tem a seu favor a presunção.
>
> A presunção, diz Afrânio de Carvalho, "significa que a sinalização feita pelo registro, seja da aquisição, seja do cancelamento, prevalece pró e contra quem for por ela atingido, enquanto não for produzida prova contrária. [...]
>
> Aduz o mencionado autor que, "todavia a presunção pode ser destruída por prova em contrário, que demonstre que o direito inscrito não foi efetivamente constituído ou que o direito cancelado não se acha extinto, mas ao contrário, sobrevive o cancelamento. Essa possibilidade empresta à presunção um valor relativo, visto ser destrutível por prova adversa."[2]

No presente caso o domínio do imóvel pelo devedor do apelante, dada a presunção do domínio registral, acabou por ser posto em cheque com a comprovação de que, antes mesmo do apelante ter ingressado com a ação de execução em 7.1.1999 (f. 34) em desfavor da Fazenda Paraíso Ltda., detentora do domínio registral, a posse havia sido transferida a Izaltino Rodrigues Lopes em 20.04.1993 (f. 16). Isto é, mais de seis anos depois.

Extraí-se dos autos e da consulta realizada no Serviço de Automação do Judiciário – SAJ, que o adquirente originário do imóvel da Fazenda Paraíso sequer teve tempo de levar a registro imobiliário a transação realizada, porque o processo de inventário, autos n. 001.94.001377-9, instaurou-se 2.2.1994, ou seja, 10 meses após a transação.

1 **Direito Civil Brasileiro, vol. V, Direito das Coisas**, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 276-277.

2 Idem, p. 279-280.

O argumento do apelado, na inicial, de que *quitou o mesmo e aguardava o deslinde do Inventário para regularizar a Escritura definitiva, bem como regularizar as benfeitorias por ele feitas no imóvel, desde o aterro a construção do que se encontra edificado no momento* (f. 4-5), embora pudesse ser objeto de proposição no processo de inventário o documento hábil para efetuar a regularização do domínio, não é de todo despropositado porque, segundo consta do SAJ, o processo de inventário, efetivamente, não foi concluído e o pleito formulado pela inventariante de adjudicação de outro bem foi indeferido, sob o fundamento de que:

> Considerando que a prestação jurisdicional invocada na exordial é arrecadação dos bens integrantes do acervo hereditário; pagamento de tributos e dívidas do espólio, com a final partilha do saldo remanescente entre os sucessores do autor da herança, indefiro o pedido de f. 153-154. (extraído da intranet).

Ademais, o próprio apelante reconhece que o imóvel supra citado foi vendido pela Fazenda Paraíso ao Sr. Izaltino Rodrigues Lopes, através do Contrato de promessa de venda e compra de imóvel urbano, em 20.3.1993**,** anterior, portanto, ao ingresso da ação de execução. O fato de ter sido novamente transacionado em 18.12.2000 nenhuma relevância há para o deslinde da causa, sequer pode ser admitida a hipótese de fraude a credor, ou mesmo que o tenha sido feita em 'conluio', ou procedida de má-fé, com pretensão de lesioná-lo.

Guardada as devidas diferenças, veja-se julgado deste sodalício:

> Não resta caracterizada a hipótese de dolo, conluio ou fraude se a compra e venda do imóvel foi feita por instrumento particular não levado a registro e o comprador, casado com separação de bens, mesmo sem a outorga uxória, autoriza os vendedores a outorgar a escritura pública de compra e venda do mesmo imóvel, a terceiro de boa-fé, que procede ao registro imobiliário. (TJMS, AC n. 1000.070042-9, Campo Grande, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 10.11.2003, Votação unânime).
>
> O registro imobiliário confere apenas presunção *juris tantum* de domínio, sendo que, conforme o art. 1.247 (art. 860 do CC/16) do Código Civil, se o teor do registro não exprimir a verdade, poderá o interessado reclamar que se retifique ou anule.
>
> Assim, a presunção de titularidade de domínio de bem imóvel resta desconstituída em razão da nulidade de autorização para lavrar escritura que foi obtida mediante erro, e, portanto, evidenciando não ter sido efetivamente constituído o direito inscrito. (TJMS, AC n. 2010.010904-8, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Dorival Renato Pavan, julgado em 25.5.2010).

Desprovido de razão o argumento do apelante de que o apelado agiu tardiamente e pela via inadequada.

Conforme destacado na exordial, tão-logo o apelado tomou ciência da constrição e designação de praceamento da área em litígio adotou as medidas judiciais cabíveis, afastando hipótese de preclusão consumativa.

Não se há falar de utilização de via inadequada. É que, no caso concreto há para o jurisdicionado tanto a tutela dos embargos de terceiro quanto da ação anulatória de ato jurídico.

A respeito veja-se o entendimento do STJ:

> A circunstância de a compromissária compradora, com título registrado, não ter feito uso dos embargos de terceiro, nem do pedido de adjudicação compulsória não a inibe de pleitear, pelas vias ordinárias, a anulação da arrematação. (STJ, AgRg no Ag n. 638146, Quarta Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 21.6.2005, DJ 3.10.2005, p. 266).

O Min. Antônio de Pádua Ribeiro, ao relatar o REsp n. 146.260, ponderou que:

A solução para a questão é, realmente, o cabimento da ação anulatória, como proposto pelo apelante. Nesse sentido, em situação análoga, de arrematação guerreada por agravo, já se decidiu que a alegação de vício da arrematação dever ser trazida a Juízo por intermédio da ação anulatória (RJTJESP n. 124/273, Rel. Des. Marcelo Motta, com citação de precedente de RJTJESP 107/297, Rel. Des. Mariz de Oliveira).

[...]

[...] mantendo-me fiel ao entendimento que manifestei no julgamento do REsp n. 35.054-SP, da minha relatoria, cujo acórdão restou assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. ARREMATAÇÃO. ANULAÇÃO. I - A ARREMATAÇÃO E ANULÁVEL POR AÇÃO ORDINÁRIA, COMO OS ATOS JURÍDICOS EM GERAL; SE, PORÉM, FOREM APRESENTADOS EMBARGOS A ARREMATAÇÃO, SERA NECESSÁRIA AÇÃO RESCISÓRIA PARA ANULAR A DECISÃO NELES PROFERIDA.

II - NO CASO, NÃO TENDO SIDO OFERECIDOS EMBARGOS A ARREMATAÇÃO, INCABÍVEL ERA A AÇÃO RESCISÓRIA. AO ADMITI-LA, O ACÓRDÃO RECORRIDO VIOLOU OS ARTS. 485 E 486 DO C.P.C. III - RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

Nesse sentido, votei, como Relator, no AC n. 86.105-RJ, no extinto T.F.R., tendo o respectivo acórdão ficado assim ementado:

Processual civil. Código de Processo Civil, art. 486. Ação anulatória e ação rescisória: quando têm cabimento.

I - A ação adequada para anular a arrematação de bem imóvel, sua respectiva carta e sua matrícula e registro no cartório competente é a ação anulatória, prevista no art. 486 do Código de Processo Civil, e não a ação rescisória.

II - Agravos retidos não conhecidos. Apelação provida.

O apelante não se insurge quanto à sucumbência.

Isto posto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento, mantendo incólume a bem lançada sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Luiz Tadeu Barbosa Silva, Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 5 de agosto de 2010.

***

Apelação Cível n. 2009.030940-0 - Campo Grande
Quinta Turma Cível
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DANOS MATERIAIS E MORAIS – AGRAVO RETIDO DA RÉ – INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVA DOCUMENTAL – IMPERTINÊNCIA – AGRAVO IMPROVIDO, COM O PARECER – MÉRITO – RECURSO DA RÉ – RESPONSABILIDADE CIVIL DE CLÍNICA MÉDICA – COMPLICAÇÕES DECORRENTES DE ATENDIMENTO MÉDICO – CULPA DO PROFISSIONAL NÃO DEMONSTRADA – INEXISTÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE – INDENIZAÇÃO INDEVIDA – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO DOS AUTORES – PREJUDICADO – RECURSO DA RÉ PROVIDO, CONTRA O PARECER.

Sendo o magistrado o destinatário da prova e verificada a desnecessidade da juntada de documentos nos autos para a aferição da capacidade econômica do falecido, o improvimento do agravo retido é de rigor.

A responsabilidade das clínicas e hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio ou preposição, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes. Não havendo prova da culpa médica, não há falar em responsabilidade da clínica, mormente diante de perícia judicial que não apontou culpa do médico que atendeu o paciente.

Reputa-se prejudicado o apelo dos autores, no qual se pretende ampliar o alcance da sentença, se esta restou reformada pelo Tribunal, julgando-se improcedentes os pedidos constantes da inicial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao agravo retido e, no mérito, dar provimento ao recurso de Clínica Campo Grande S.A. e julgar prejudicado o apelo de Jessyka Yuri Hirahara de Aguiar e outros, nos termos do voto do Relator. Decisão contra o parecer.

Campo Grande, 2 de setembro de 2010.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Clínica de Campo Grande S.A. apela da sentença proferida pelo juízo da 9ª Vara Residual Cível que, nos autos da ação de indenização movida por Jessyka Yuri Hirahara de Aguiar, Yuji Hirahara de Aguiar e Tanya Yumi Hirahara de Aguiar, julgou parcialmente procedente o pedido constante da inicial, condenando o réu, ora recorrente, em danos morais na importância de R$ 35.000,00 para cada autor, com incidência de correção monetária a partir da data da sentença e juros de mora a partir da citação, bem como de pensão aos autores, a título de danos materiais.

Em sede preliminar, requer a apreciação e o provimento do agravo retido nos autos às f. 127-133, convertendo-se o feito em diligência e fazendo-se expedir ofício à Agenfa Estadual e à Receita Federal, para que seja requisitada informações acerca da Empresa Trevo Comercial de Equipamentos Ltda. Justifica a diligência para que seja obtida informações acerca do faturamento da empresa e *mesmo da viabilidade de ser o rendimento do Sr. Edson o afirmado nas alegações da parte.*

No mérito, diz que não há como atribuir qualquer responsabilidade à recorrente pela morte do Sr. Edson, pai dos apelados, pois inexistem elementos que comprovem a negligência, imperícia ou imprudência no atendimento médico prestado ao paciente. Ao contrário, o Sr. Edson foi adequadamente atendido no hospital, não havendo nexo de causalidade ente o evento morte e a alegada negligência médica.

Aduz que o julgador *a quo,* em que pese o princípio da persuasão racional, não poderia ter desprezado a prova técnica produzida nos autos, julgando segundo suas próprias conclusões, sem embasamento científico para tanto.

Portanto, a sentença deve ser cassada, julgando-se improcedente os pedidos constantes da exordial. Alternativamente, pede a redução do *quantum* fixado a título de danos morais, em atenção ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade. Também pede a redução da pensão fixada a título de danos materiais, pois o falecido não era o único que promovia o sustento do lar, sendo certo que sua esposa, terceira apelada, era sócia do falecido na empresa Trevo Comercial de Equipamentos Ltda.

Ao final, pede o provimento do agravo retido ou a reforma da sentença, reconhecendo a regularidade no atendimento hospitalar oferecido ao paciente Edson Gonçalves Aguiar. Alternativamente, pela redução do valor fixado a título de dano moral, bem como alterado o valor base da pensão fixada a título de dano material.

Contrarrazões dos autores às f. 464-491, onde os recorridos batem-se pelo não conhecimento do agravo regido em razão de ofensa ao princípio da dialeticidade, porquanto não houve pedido de reforma da decisão quando de sua interposição. No Mérito, pela manutenção da sentença.

Os recorridos também apelam da sentença (f. 494-500), onde sustentam que a base de cálculo para o pensionamento deve ser atualizada pelo IGPM/FGV desde a data do fato, até a data dos respectivos vencimentos, e com incidência de juros de 1% devidos a partir dos respectivos vencimentos. A título de danos morais, requer a incidência dos juros e correção monetária a partir do evento danoso. Por último, pedem a elevação dos honorários da sucumbência, no patamar de R$ 30.000,00.

Contrarrazões da ré às f. 506-515, batendo-se pelo improvimento.

Parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça acostado às f. 530-550, no qual opina de se conhecer do agravo retido e julgá-lo improvido. No mérito, pelo conhecimento e improvimento do recurso da ré e pelo conhecimento e provimento parcial do recurso dos autores, para, em sede danos morais, determinar a incidência de juros de mora a partir do evento danoso

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator)

Cuida-se de apelação interposta por Clínica de Campo Grande S.A. contra a sentença proferida pelo juízo da 9ª Vara Residual Cível que, nos autos da ação de indenização movida por Jessyka Yuri Hirahara de Aguiar, Yuji Hirahara de Aguiar e Tanya Yumi Hirahara de Aguiar, julgou parcialmente procedentes os pedidos constantes da inicial, condenando a ré, ora recorrente, em danos morais na importância de R$ 35.000,00 para cada autor, com incidência de correção monetária a partir da data da sentença e juros de mora a partir da citação, bem como de pensão aos autores, a título de danos materiais.

Como relatado, em sede preliminar, requer a apreciação e o provimento do agravo retido nos autos às f. 127-133, convertendo-se o feito em diligência e fazendo-se expedir ofício à Agenfa Estadual e à Receita Federal, para que sejam requisitadas informações acerca da Empresa Trevo Comercial de Equipamentos Ltda. Justifica a diligência para que seja obtida informações acerca do faturamento da empresa e *mesmo da viabilidade de ser o rendimento do Sr. Edson o afirmado nas alegações da parte.*

No mérito, sustenta que não há como atribuir qualquer responsabilidade à recorrente pela morte do Sr. Edson, pai dos apelados, pois inexistem elementos que comprovem a negligência, imperícia ou imprudência no atendimento médico prestado ao paciente. Ao contrário, o Sr. Edson foi adequadamente atendido no hospital, não havendo nexo de causalidade entre o evento morte e a alegada negligência médica.

Aduz que o julgador *a quo,* em que pese o princípio da persuasão racional, não poderia ter desprezado a prova técnica produzida nos autos, julgando segundo suas próprias conclusões, sem embasamento científico para tanto.

Portanto, a sentença deve ser cassada, julgando-se improcedente os pedidos constantes da exordial. Alternativamente, pede a redução do *quantum* fixado a título de danos morais, em atenção ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade. Também pede a redução da pensão fixada a título de danos materiais, pois o falecido não era o único que promovia o sustento do lar, sendo certo que sua esposa, terceira apelada, era sócia do falecido na empresa Trevo Comercial de Equipamentos Ltda.

Remata pedindo o provimento do agravo retido ou, alternativamente, a reforma da sentença, reconhecendo a regularidade no atendimento hospitalar oferecido ao paciente Edson Gonçalves Aguiar. Em sendo vencido no mérito, pela redução do valor fixado a título de dano moral, bem como alterado o valor base da pensão fixada a título de dano material.

Os autores também apelam da sentença (f. 494-500), onde sustentam que a base de cálculo para o pensionamento deve ser atualizada pelo IGPM/FGV desde a data do fato, até a data dos respectivos vencimentos, e com incidência de juros de 1% devidos a partir dos respectivos vencimentos. Pelos danos morais, requer a incidência dos juros e correção monetária a partir do evento danoso. Por último, pedem a elevação dos honorários da sucumbência, no patamar de R$ 30.000,00.

Colhido o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, opinou-se pelo conhecimento e improvimento do agravo retido. No mérito, pelo conhecimento e improvimento do recurso da ré e pelo conhecimento e provimento parcial do recurso dos autores, para, em sede danos morais, determinar a incidência de juros de mora a partir do evento danoso.

Preliminar

1.1 Agravo retido

A ré, ora agravante, afirma que requereu ao juízo *a quo* a emissão de ofício à Agenfa Estadual e à Receita Federal, a fim de que fosse possível dimensionar o fluxo de mercadorias e o lucro da empresa Trevo Comércio de Equipamentos Ltda., de propriedade do falecido Edson Gonçalves de Aguiar e da terceira agravada, Srª Tanya Yumi Hirahara de Aguiar.

Entendo que não merece provimento o agravo retido.

Ao que se colhe, o juízo *a quo* indeferiu a prova requerida porque entendeu suficientemente demonstrado o valor recebido pelo falecido a título de pró-labore.

Como é cediço, é o magistrado o destinatário da prova e, na presente casuística, entendeu o julgador *a quo* desnecessária a juntada de documentos fiscais da empresa da qual o Sr. Edson era sócio, uma vez que nos autos já havia prova suficiente acerca da renda do falecido.

Assim, acompanhando o parecer, nego provimento ao agravo retido de f. 127-133.

2. Mérito

2.1 Do recurso da ré Clínica de Campo Grande S/A.

Pretende-se a reforma da sentença que condenou a recorrente em danos materiais e morais decorrente de atendimento médico-hospitalar. Ao ensejo, colho excerto da sentença ora combatida, *in verbis:*

> [...] Evidentemente, a prova robusta e totalmente segura para se conhecer a causa da morte do paciente, teria sido a realização de uma necropsia.
>
> No entanto, outros elementos probatórios não tão seguros, mas, por outro lado suficientes para demonstrar que o paciente faleceu em razão de infarto agudo do miocárdio foram apresentados no processo.
>
> [...]
>
> O próprio médico que declarou na Certidão de Óbito que o paciente faleceu em decorrência de infarto agudo do miocárdio, explicou as razões que o levaram a apresentar essa conclusão [...]
>
> Em consonância com esse entendimento, encontram-se as explicações fornecidas pela testemunha Antônio Osmar Fracalossi (f. 324), que sabemos não ser ele médico, mas de qualquer forma expôs sua experiência de vida em casos semelhantes, que também servem de prova, para reconhecer que a tese apresentada pelos autores é adequada ao presente caso [...]
>
> Conclui-se que essa é a tese coerente, pois, apesar de não ter sido realizada a necropsia, todos os elementos de probatórios indicam ser esse o entendimento razoável a ser acolhido na presente ação.
>
> Não se pode dizer que a causa morte não seja de suma importância, todavia, a situação que se revela mais importante, para que se conclua pelo dever de indenizar, é se houve negligência do médico no atendimento, pois, pouco tempo depois do paciente ter sido atendido ele faleceu.
>
> O que fica difícil compreender é como pode um paciente que vai até o hospital, reclamando de dores no peito, tipo queimação, é atendido pelo médico e logo depois morre.
>
> Só se pode concluir que houve falha no atendimento [...] grifei.

Induvidosa a proximidade entre a responsabilidade do médico e a responsabilidade dos hospitais. Dada essa relação estreita, imperioso que o julgador estabeleça uma divisão clara entre um e outro, pois, apesar de haver semelhança entre os institutos, eles não se confundem.

Para se responsabilizar as clínicas e hospitais, consoante tem apregoado a doutrina, é necessário que haja a demonstração de **culpa** do médico que atendeu o paciente ou que o tinha sob seus cuidados. Ou seja, mister a comprovação de que o médico foi imprudente, negligente ou agiu com imperícia. É dizer, nas hipóteses de dano decorrente de suposta **falha técnica** restrita ao **profissional médico,** a responsabilidade do hospital é **subjetiva.**

Mas não é só.

Para responsabilizar o hospital ou a clínica médica, é necessária a prova do vínculo de emprego ou de preposição. Não demonstrada tal hipótese, não há falar em responsabilidade de indenizar.

Há casos, no entanto, em que os hospitais e clínicas respondem **objetivamente**, ou seja, independentemente de culpa ou dolo, quando, por exemplo, o serviço relaciona-se apenas com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, radiologia etc). Típico exemplo é o de infecção hospitalar ou falha no serviço de enfermagem. Nesses casos, a responsabilidade é objetiva.

Nesse aspecto confira-se os precedentes do STJ:

> CIVIL. INDENIZAÇÃO. MORTE. CULPA. MÉDICOS. AFASTAMENTO. CONDENAÇÃO. HOSPITAL. RESPONSABILIDADE. OBJETIVA. IMPOSSIBILIDADE.
>
> 1 - **A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes.**
>
> Nesse sentido são as normas dos arts. 159, 1521, III, e 1545 do Código Civil de 1916 e, atualmente, as dos arts. 186 e 951 do novo Código Civil, bem com a súmula 341 - STF (É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.).
>
> 2 - Em razão disso, não se pode dar guarida à tese do acórdão, arrimado nas provas colhidas, excluir, de modo expresso, a culpa dos médicos e, ao mesmo tempo, admitir a responsabilidade objetiva do hospital, para condená-lo a pagar indenização por morte de paciente.
>
> 3 - O art. 14 do CDC, conforme melhor doutrina, não conflita com essa conclusão, dado que a responsabilidade objetiva, nele prevista para o prestador de serviços, no presente caso, o hospital, circunscreve-se apenas aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia), etc **e não aos serviços técnico-profissionais dos médicos que ali atuam, permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa).**
>
> 4 - Recurso especial conhecido e provido para julgar improcedente o pedido. (STJ, REsp n. 258389/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 16.6.2005, DJ de 22.8.2005, p. 275).
>
> RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. NEGLIGÊNCIA. INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL.
>
> 1. A doutrina tem afirmado que a responsabilidade médica empresarial, no caso de hospitais, é objetiva, indicando o parágrafo primeiro do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor como a norma sustentadora de tal entendimento.
>
> Contudo, a responsabilidade do hospital somente tem espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hospital. **Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, mormente quando este não tem nenhum vínculo com o hospital – seja de emprego ou de mera preposição –, não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar.**
>
> 2. Na hipótese de prestação de serviços médicos, o ajuste contratual – vínculo estabelecido entre médico e paciente – refere-se ao emprego da melhor técnica e diligência entre as possibilidades de que dispõe o profissional, no seu meio de atuação, para auxiliar o paciente. Portanto, não pode o médico assumir compromisso com um resultado específico, fato que leva ao entendimento de que, se ocorrer dano ao paciente, deve-se averiguar se houve culpa do profissional – teoria da responsabilidade subjetiva.

> No entanto, se, na ocorrência de dano impõe-se ao hospital que responda objetivamente pelos erros cometidos pelo médico, estar-se-á aceitando que o contrato firmado seja de resultado, pois se o médico não garante o resultado, o hospital garantirá. Isso leva ao seguinte absurdo: na hipótese de intervenção cirúrgica, ou o paciente sai curado ou será indenizado – daí um contrato de resultado firmado às avessas da legislação.
>
> [...]
>
> 4. Recurso especial do Hospital e Maternidade São Lourenço Ltda. provido. (STJ, REsp n. 908359/SC, Segunda Seção, Relª. Minª. Nancy Andrighi, Rel. p/Acórdão Min. João Otávio de Noronha, julgado em 27.8.2008, DJ de 17.12.2008).

Feitas essas considerações, que reputo essenciais, passa-se à análise da controvérsia estabelecida, ou seja, se houve ou não **negligência** do médico Dr. Valdir D. Galvão Torres e, partir daí, averiguar a responsabilidade da apelante.

Ao que consta dos autos, o falecido Edson Gonçalves de Aguiar, na data de 4.8.2005, no período matutino, dirigiu-se à Clínica Campo Grande, por se queixar de dores na região toráxica e queimação na "boca do estômago", ou seja, na região epigástrica. Ao ser indagado pelo médico acerca de doenças coronarianas, disse que nunca teve problema com o coração, exceto uma pequena elevação de colesterol e problema com gastrite.

Ato contínuo, ao receber medicação para gastrite, o Sr. Edson disse que estava se sentindo bem. Nesse contexto, considerando que o falecido tinha apenas 37 (trinta e sete) anos de idade; considerando, também, o fato de que não tinha problemas vasculares, recebeu alta do médico. Logo depois, mais precisamente no final da tarde, o Sr. Edson veio a óbito, embora não se saiba, com exatidão, a *causa mortis*. Pois bem.

Percebe-se até aqui, sem muito esforço, que não houve negligência médica ou do hospital.

O Dr. Silvio Haddad, perito do juízo, disse categoricamente que a dor a que se queixava o paciente Edson **não seria uma característica de infarto**, e acerca de qual seria o procedimento adequado do médico atendente neste caso, assim respondeu, *in verbis*:

> Em paciente considerado hígido até então, negando patologia cardiológica pregressa, ou outras de risco cardiológico, através de resultados negativos de exames realizados em menos de 6 meses, especialmente eletrocardiográfico, informando ser portador apenas de esofagite e gastrite crônica, compatível com os sintomas declarados, **a primeira suspeita seria de tratar-se de simples processo gastro-esogágico** (f. 178).

Em sua conclusão, o perito deixou assim consignado*:*

> Pelo que nos relatou sua esposa, o falecido apresentou queixas bastante típicas de uma simples epigastralgia, com queimação em boca do estômago e irradiação retroesternal, queixa comum em se tratando de esofagite de refluxo associada.
>
> [...]
>
> Salvo não procederem estas informações, diante da informação de um passado de gastrite e da negativa de doenças outras, inclusive cardiológicas, é bastante provável que o médico atendente teve seu raciocínio induzido a pensar apenas na patologia mais óbvia para a qual os sintomas do paciente apontavam, instituindo tratamento específico, sem maiores avaliações [...] (f. 182).

Outro ponto merece consideração.

Não houve o exame necroscópico no Sr. Edson. Nesse particular, colho excerto da conclusão do laudo complementar do Perito Silvio Haddad, confira-se:

> [...] O que nos chamou a atenção é que, do ponto de vista médico-legal, a necropsia indicada não se tratava de caso para 'autorização' da família, mas uma obrigação legal que não poderia ter sido deixada de ser realizada, devendo o médico se abster de emitir o atestado de óbito até que o procedimento fosse concluído e permitido a identificação correta da causa do óbito, por mais óbvia que este pudesse lhe parecer, pois outras possibilidades existem e somente o exame necroscópico é que as poderia identificar.
>
> **Em resumo, pelos documentos e declarações a nós apresentados, mesmo considerando que existe possiblidade de ter se tratado de patologia cardíaca, não nos é possível afirmar, sem quaisquer dúvidas, que o Sr. Edson morreu em decorrência de Infarto Agudo do Miocárdio e que se exames cardiológicos tivessem sido realizados naquele dia, teriam acarretado em resultados que viessem a alterar o atendimento prestado.**
>
> **E não tendo sido possível a comprovação da causa do óbito através de necropsia na ocasião apropriada, seja porque foi indevidamente desautorizada sua realização pela própria família do finado ou por não terem sido observadas as formalidades legais pelo médico que atestou o óbito,** menos ainda é possível agora, ficando, portanto, prejudicada qualquer avaliação da causa do óbito e se este teve de fato ligação com as queixas apresentadas pelo paciente na ocasião do atendimento que lhe foi prestado [...] (f. 256-257)

Como se percebe do elucidativo laudo pericial, não há provas de nexo de causalidade entre a morte do Sr. Edson, pai dos apelados, e a suposta negligência do médico atendente e, por extensão, da clínica apelante.

Ao revés, o que se tem de concreto é que o Sr. Edson foi atendido de forma adequada na Clínica Campo Grande, ante as circunstâncias da casuística. Em síntese, foi dada alta ao paciente porque este se apresentava bem após a ingestão de medicamento específico para gastrite, e também porque o mesmo contava com apenas 37 anos de idade, ou seja, em estado de plena higidez. Além de que, não tinha o Sr. Edson problemas coronarianos, e isto é incontroverso nos autos.

O juízo *a quo*, contrariando o laudo pericial, pautou-se pela experiência comum e por meras ilações ou conjecturas da vida comum. Expôs o magistrado, em resumo, o seu modo de pensar e agir diante da controvérsia estabelecida, o fazendo dentro do princípio da livre convicção e, convenhamos, com boa fundamentação. No entanto, sou compelido a um raciocínio lógico-jurídico diferente do pensamento do ilustre juiz *a quo*.

É que a casuística não permite uma interpretação disforme daquela a que chegou o perito do juízo, já que a matéria, *data venia,* é eminentemente técnica e científica e, por todos os ângulos que se possa analisar, não vislumbrei negligência do médico atendente, muito menos da Clínica Campo Grande, porquanto não há provas de que esta foi negligente quanto à estadia do referido paciente (internação), instalações ou em seus serviços auxiliares.

Por estes motivos, hei por bem contrariar o parecer e dar provimento ao recurso, uma vez que a prova de negligência médica não foi demonstrada nestes autos e, por essa razão, não há que se falar em responsabilidade da clínica apelante.

Nesse sentido o precedente desta 5ª Turma Cível:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA DO MÉDICO – LAUDO MÉDICO PERICIAL AFASTANDO A CULPA DO MÉDICO – FALTA DE PROVA DA EXISTÊNCIA DE CULPA – INDENIZAÇÃO AFASTADA – **RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO HOSPITAL – INEXISTÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE – INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL INDEVIDA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.**

> Sendo o laudo pericial conclusivo ao afastar a culpa do médico na intervenção cirúrgica, não se há falar em indenização por danos morais ou materiais.
>
> **Embora objetiva a responsabilidade civil do Hospital, é indispensável à prova robusta do defeito do serviço prestado para configurá-la**. Assim, provado em perícia que as sequelas suportadas pelo autor decorreram de complicações da própria doença, não há se falar em responsabilidade do hospital. (TJMS, AC n. 2010.006502-1, Campo Grande, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, julgado em 18.3.2010).

Isso posto, dou provimento ao recurso da ré Clínica Campo Grande S.A., para julgar improcedentes os pedidos constantes da inicial.

2.2 Do recurso dos autores

Considerando que foi dado provimento ao recurso da ré, julgando-se improcedente o pedido constante da inicial, resta **prejudicado** o recurso dos autores no qual se pretende ampliar o alcance da sentença.

3. Conclusão

Isso posto, com o parecer, nego provimento ao agravo retido interposto por Clínica Campo Grande S.A. No mérito, contra o parecer, dou provimento ao apelo de Clínica Campo Grande S.A. para julgar improcedentes os pedidos constantes da inicial. Reputo prejudicado o recurso de apelação dos autores.

Invertem-se os ônus da sucumbência, observando-se a hipótese do art. 12 da Lei n. 1.060/50.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E, NO MÉRITO, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DE CLÍNICA CAMPO GRANDE S/A E JULGARAM PREJUDICADO O APELO DE JESSYKA YURI HIRAHARA DE AGUIAR E OUTROS, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. DECISÃO CONTRA O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Luiz Tadeu Barbosa Silva, Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 2 de setembro de 2010.

***

Apelação Cível n. 2009.012746-8 - Três Lagoas
Terceira Turma Cível
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA DE ESCRITURA E REGISTRO PÚBLICA DE COMPRA E VENDA E IMÓVEL – ALEGAÇÃO DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO E ERRO – INTERESSE DE AGIR CONFIGURADO – JULGAMENTO IMEDIATO DA LIDE – ACOLHIMENTO DA PREJUDICIAL DE PRESCRIÇÃO EXTINTIVA – EXEGESE DO ART. 178, § 9º, V, 'B', DO C.C./16.

A análise acerca das condições da ação - entre elas o interesse de agir - deve ser feita sob uma perspectiva a mais abstrata possível, desapegada da apreciação de provas, visto que, conforme a teoria da asserção, tal exame deve-se dar exclusivamente no plano abstrato, reservando-se qualquer discussão concreta para o mérito.

O magistrado, não poderia, ter extinguido o feito, baseado na inexistência de vícios legais, sem antes possibilitar a produção de provas pelos autores, cerca dessa matéria, até porque, demonstrado através de prova documental, que os cheques dados como parte do pagamento da negociação havida entre as partes não foram compensados.

Assim, demonstrada a necessidade do provimento jurisdicional pleiteado na inicial, bem como a adequação da via procedimental escolhida e, por conseqüência, o interesse processual dos apelantes, deve-se dar provimento à apelação para cassar a sentença.

Cassada sentença terminativa, permite-se ao tribunal, nos termos do § 3º ao art. 515 do CPC, julgar desde logo a lide se a causa versar sobre questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento ou, ainda, por interpretação extensiva do referido parágrafo, se simplesmente a lide estiver em condições de imediato julgamento (causa madura).

Prescreve em quatro anos o direito de propor ação de anulação de ato jurídico, praticado por erro, dolo, simulação ou fraude, contado do dia em que foi realizado (art. 178, § 9º, V, 'b', do CC/16).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar provimento ao recurso, para afastar a preliminar de falta de interesse de agir e, no mérito, acolher a prejudicial de prescrição, extinguindo o feito com resolução do mérito, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 2 de agosto de 2010.

Des. Marco André Nogueira Hanson – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson

Espólio de Mário Teodoro dos Santos, Luzia Barbosa dos Santos, Onildo Bezerra Pinho e Gisselda Marques Arsioli Pinho, inconformados com a sentença proferida nos autos de ação de anulação de ato jurídico

n. 021.007283-3 da 4ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas-MS que movem em face de SM Serviços, João Roberto e Luiz Roberto Silvério**,** interpuseram o presente recurso de apelação.

Em suas razões de recurso, alegaram, em síntese, que a reforma da sentença se impõe, uma vez que as provas presentes nos autos, bem como os fundamentos da referida decisão, que julgou os apelantes carecedores de ação, não possuem respaldo factual, muito menos jurídico para subsistirem.

Argumentaram que a análise mais atenta de alguns fatos foi desconsiderada, já que os apelantes venderam ao requerido João Roberto, uma Gleba de terras, pelo preço de CZ$ 2.900.000,00 (dois milhões e novecentos mil cruzados), cujo pagamento se deu através de 2 cheques sem provisão de fundos.

Afirmaram que o próprio emitente dos cheques, na ação declaratória ajuizada anteriormente, confessou que os títulos não possuíam provisão de fundos, o que torna passível de anulação a negociação efetivada, bem como da escritura do imóvel e posteriores vendas.

Asseveraram que houve sim, vício na formalização do ato de compra e venda originário, ou seja, a simulação de que o primeiro apelado possuía capital para fazer frente ao pagamento, formalizado através dos cheques de f. 19-20 dos autos.

Alegaram que possuem interesse na propositura da presente ação, razão pela qual, deve a sentença de primeiro grau ser reformada. Pugnaram pelo acolhimento do recurso.

Os apelados SM Serviços e João Roberto apresentaram contrarrazões ao recurso de apelação (f. 233-250 e 256-262)).

VOTO

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

Trata-se de apelação cível interposta por Espólio de Mário Teodoro dos Santos, Luzia Barbosa dos Santos, Onildo Bezerra Pinho e Gisselda Marques Arsioli Pinho, inconformados com a sentença proferida nos autos de ação de anulação de ato jurídico n. 021.007283-3 da 4ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas-MS que movem em face de SM Serviços, João Roberto e Luiz Roberto Silvério.

Em suas razões de recurso, alegaram, em síntese, que a reforma da sentença se impõe, uma vez que as provas presentes nos autos, bem como os fundamentos da referida decisão, que julgou os apelantes carecedores de ação, não possuem respaldo factual, muito menos jurídico para subsistirem.

Argumentaram que a análise mais atenta de alguns fatos foi desconsiderada, já que os apelantes venderam ao requerido João Roberto, uma Gleba de terras, pelo preço de CZ$ 2.900.000,00 (dois milhões e novecentos mil cruzados), cujo pagamento se deu através de dois cheques sem provisão de fundos.

Afirmaram que o próprio emitente dos cheques, na ação declaratória ajuizada anteriormente, confessou que os títulos não possuíam provisão de fundos, o que torna passível de anulação a negociação efetivada, bem como da escritura do imóvel e posteriores vendas.

Asseveraram que houve sim, vício na formalização do ato de compra e venda originário, ou seja, a simulação de que o primeiro apelado possuía capital para fazer frente ao pagamento, formalizado através dos cheques de f. 19-20 dos autos.

Alegaram que possuem interesse na propositura da presente ação, razão pela qual, deve a sentença de primeiro grau ser reformada. Pugnaram pelo acolhimento do recurso.

O magistrado de primeiro grau extinguiu o feito com base no artigo 267, VI do CPC, fundamentado na ausência de interesse de agir dos autores. Segundo o julgador *'a quo'*, a declaração de nulidade do registro imobiliário está condicionada à anulação do ajuste que o antecedeu, sendo que a anulabilidade do negócio jurídico requer a ocorrência de alguns dos defeitos capazes de infirmar o ajuste, o que não ocorreu no caso em tela.

Primeiramente se faz necessária uma breve narração dos fatos expostos nos autos.

Narram os autores que em 4 de agosto de 1988, venderam para o réu João Roberto, uma gleba de terras correspondente a 193,60,00 ha, ou seja 80 alqueires do imóvel denominado 'Fazenda Bandeirantes', pelo valor de CZ$ 2.900.000,00, cujo pagamento se deu através de dois cheques, nos valores de CZ$ 1.500.000,00 e CZ$ 1.400.000,00.

Após a realização da escritura pública de compra e venda do imóvel, em que foi dada ao comprador plena quitação, tiveram conhecimento de que os cheques não possuíam provisão de fundos.

Em 1988 o requerido João Roberto ingressou com a ação declaratória n. 356/88, pleiteando a declaração de inexistência do negócio jurídico firmado com os autores, processo este que foi julgado extinto em 5.10.1989, por entender o magistrado que inexistia interesse de agir da parte.

Decorridos 14 anos, em 2003, os autores-apelantes, ao tomarem conhecimento de que o INCRA tinha o interesse em comprar a área em questão para fins de reforma agrária, resolveram ingressar com a presente lide, em face do Sr. João Roberto e demais compradores do imóvel em cadeia sucessória, sob o fundamento de que os cheques dados em pagamento do negócio não possuíam provisão de fundos.

Segundo os autores, houve vício de consentimento e erro ao receberem os cheques dados em pagamento do imóvel, sem provisão de fundos. Ressaltam ainda que, uma vez que venderam o imóvel e não receberam o seu preço, afigura-se a necessidade do provimento jurisdicional pleiteado, a fim de que seja anulada a escritura pública de compra e venda, o registro na matrícula do imóvel, e demais vendas.

Inicialmente, cumpre destacar que o interesse de agir ou interesse processual é condição da ação que pode ser compreendida sob dois enfoques: a necessidade/utilidade do provimento jurisdicional pleiteado e a adequação do procedimento escolhido para se atingir tal fim.

Assim, para que haja interesse processual quanto ao provimento pretendido deve existir a necessidade/utilidade da intervenção do Judiciário para afastar prejuízo ou lesão a direito do autor e, além disso, é indispensável que o procedimento utilizado seja o adequado para a tutela perseguida.

Ressalve-se, ainda, que a análise acerca das condições da ação - entre elas o interesse de agir - deve ser feita sob uma perspectiva a mais abstrata possível, desapegada da apreciação de provas, visto que, conforme a teoria da asserção, tal exame deve-se dar exclusivamente no plano abstrato, reservando-se qualquer discussão concreta para o mérito.

No caso sob julgamento, discute-se sobre o interesse processual dos apelantes com relação à tutela anulatória pleiteada, mais especificamente quanto à adequação do procedimento utilizado para a tutela perseguida.

Conquanto o juiz sentenciante tenha entendido que não há possibilidade do provimento jurisdicional postulado na inicial, através da presente ação anulatória, afigura-se que, no plano abstrato, isto é, no plano das asserções - *in statu assertionis* -, há interesse, sob o prisma da necessidade e possibilidade, de os apelantes pleitearem a anulação do negócio jurídico em virtude de defeito – erro e vício de consentimento.

Saliente-se que no caso dos autos, o que se alega é que o apelado João Roberto, procedendo com má-fé, induziu os apelantes (vendedores) a outorgarem escritura de compra e venda do imóvel em seu favor, mediante pagamento com cheque sem provisão de fundos, sendo, portanto, evidente o interesse processual.

O magistrado, não poderia, ter extinguido o feito, baseado na inexistência de vícios legais, sem antes possibilitar a produção de provas pelos autores, a cerca dessa matéria, até porque, demonstrado através de prova documental, que os cheques dados como parte do pagamento da negociação havida entre as partes não foram compensados.

Assim, demonstrada a necessidade do provimento jurisdicional pleiteado na inicial, bem como a adequação da via procedimental escolhida e, por conseqüência, o interesse processual dos apelantes, deve-se dar provimento à apelação para cassar a sentença.

Cassada a sentença terminativa, verifica-se que a Lei n. 10.352/01 acrescentou o § 3º ao art. 515 do CPC, permitindo ao tribunal julgar desde logo a lide se a causa versar sobre questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento ou, ainda, por interpretação extensiva do referido parágrafo, se simplesmente a lide estiver em condições de imediato julgamento (causa madura). Nesse sentido:

> Observe-se, outrossim, que a lei disse menos do que se queria dizer. Isso porque, apesar de o texto falar em questão de direito, o fato é que o referido § 3º do art. 515 do CPC deve ser interpretado em consonância com as regras estampadas no art. 330 do CPC, isto é, aquelas que tratam do julgamento antecipado da lide, especialmente no inciso I. Desta feita, quando a questão de mérito for de direito e de fato, porém não houver mais a necessidade de se produzir prova em audiência, não haverá, apesar de extinto o processo sem apreciação do pedido pelo juiz (art. 267, VI, do CPC), qualquer óbice para que o tribunal julgue a lide (MIRANDA, Gilson Delgado. **Código de processo civil interpretado**/Antônio Carlos Marcato, coordenador. São Paulo: Atlas, 2004. p. 1557-1558. Nota 3 ao art. 515 do CPC*)*.

Assim, passa-se à análise das questões deduzidas nos autos.

Por questão de prejudicialidade, examino a matéria referente à prescrição levantada na contestação de f. 49-52.

Da prejudicial de prescrição (decadência)

Conforme se depreende dos autos, o objeto central da lide é o imóvel, constituído de uma gleba de terras, com área de 193,60,00 hectares, localizada na comarca de Três Lagoas-MS que teria sido vendido pelos apelantes ao apelado – Sr. João Roberto - e paga com dois cheques sem provisão de fundos. Pretendem em face disso, os apelantes, a anulação do registro da venda na matrícula do imóvel.

É incontroverso que a escritura que se pretende anular data de 4 de agosto de 1988(f. 138) e seu registro na matrícula do imóvel ocorreu em 12.12.1988(f. 11-12), sendo que esta ação anulatória foi proposta somente em 9.12.2003.

Sobre o efeito do tempo e da inércia sobre o direito, deve-se observar lição de Alan Martins e Antônio Borges de Figueiredo:

> Fator primordial nos mecanismos da natureza, bem como nas relações humanas, o tempo, em seu decurso, constitui o que chamamos de fato jurídico *stricto sensu*, ou seja, um acontecimento independente da vontade humana que produz efeitos jurídicos, criando, modificando ou extinguindo direitos. Como fato jurídico *strictu sensu, o* decurso do tempo atua como elemento fundamental em diversas relações jurídicas, mas a sua influência não é, em matéria jurídica, tão consistente quanto na prescrição e na decadência. Sem dúvida, nestes institutos, o curso do tempo constitui elemento essencial, seja como fato extintivo de direitos e ações, seja como elemento criador de direitos.

> Outro conceito que protagoniza o universo que envolve a matéria é a inércia. Tendo o tempo como fator operante, a inércia do titular de direitos representa a causa eficiente da prescrição e da decadência. O não-exercício de um direito ou de uma pretensão por parte do titular tem por efeito imediato a sua extinção. A inércia é fenômeno subjetivo e voluntário, e o tempo fenômeno objetivo e fato jurídico *strictu sensu*, ambos funcionando como agentes extintivos de direitos. (**Prescrição e Decadência no Direito Civil**. Síntese. p. 9).

Estabelecida, dessa forma, a relevância da inércia do titular de uma pretensão impende averiguar se, no caso específico, a inércia dos apelantes, que durou quase 15 (quinze) anos, deverá levar à extinção do processo.

Percebe-se que os apelantes alegam que a venda do imóvel em questão foi irregular, pois o comprador quitou o débito com cheques sem provisão de fundos.

A manobra descrita nas razões recursais amolda-se à figura de fraude e erro, já que relata procedimentos para conseguir vantagem econômica com prejuízo dos apelantes.

Neste esteio, resta claro que é aplicável ao caso o art. 178, § 9º, V, letra b, do CC/1916:

> Art. 178. Prescreve:
>
> [...]
>
> § 9º Em 4 (quatro) anos:
>
> [...]
>
> V - a ação de anular ou rescindir os contratos, para a qual se não tenha estabelecido menor prazo; contado este:
>
> [...]
>
> b) no de erro, dolo, simulação ou fraude, do dia em que se realizar o ato ou o contrato;

Em julgados semelhantes, assim decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO JURÍDICO CUMULADA COM Reivindicatória. Alienação sucessiva do bem. Prescrição. Caracterização. I. O prazo para anular escritura pública de compra de venda de imóvel, sob o fundamento de fraude, é de quatro anos a contar da sua celebração. Código Civil, art. 178, § 9º, V, "b". Aplicação. II. Recursos especiais conhecidos e providos. (STJ, REsp n. 184508, GO, Terceira Turma, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJU 15.9.2003, p. 00311).

> Escritura de compra e venda. Anulação. Fraude. Prescrição. Precedentes da Corte. 1. A ação anulatória de escritura de compra e venda de imóvel, por fraude, prescreve em quatro anos (art. 178, § 9°, V, b), do Código Civil). 2. Recurso especial não conhecido. (REsp n. 206.425/GO, Terceira Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 3.2.2000, DJ 27.3.2000, p. 97).

No mesmo sentido, vale colacionar os seguintes julgados:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA ANULATÓRIA DE ESCRITURAS DE COMPRA E VENDA E REGISTRO IMOBILIÁRIO. PRESCRIÇÃO QUADRIENAL. Nos casos regidos pelo Código Civil de 1916, prescreve em 4 (quatro) anos o prazo para

intentar ação com o escopo de anular ou rescindir contratos firmados em erro, dolo, simulação ou fraude. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. (TJRS, AC n. 70013798517, Décima Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Alzir Felippe Schmitz, julgado em 28.9.2006).

APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE ARRENDAMENTO RURAL. ALEGAÇÃO DE SIMULAÇÃO. ANULAÇÃO DO CONTRATO. DECADÊNCIA DO DIREITO. O prazo para anulação de contrato de arrendamento rural, sob a alegação de simulação, é de quatro anos, tendo como termo inicial a data em que realizado o ato ou o contrato. Aplicação do art. 178, § 9º, inciso V, alínea `b, do Código Civil de 1916. Prazo de natureza decadencial que não se sujeita às causas suspensivas e interruptivas aplicáveis à prescrição. Manutenção da sentença. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME. (TJRS, AC n. 70015139181, Nona Câmara Cível, Rel. Des. Odone Sanguiné, julgado em 23.8.2006).

APELAÇÃO CÍVEL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. AÇÃO ANULATÓRIA. VÍCIO DE CONSENTIMENTO. ANULAÇÃO DE ATOS TRANSLATIVOS DE PROPRIEDADE. ALEGAÇÃO DE SIMULAÇÃO NA FORMAÇÃO DO CONTRATO. DECADÊNCIA DO DIREITO. PRAZO. TERMO INICIAL. 178, § 9º, INCISO V, DO CCB/1916. É de decadência o prazo para anular negócio jurídico realizado com vício de consentimento, cujo termo *a quo,* na hipótese, iniciou-se com o registro do contrato que se objetiva nulificar. Os prazos prescricionais apanham apenas os direitos subjetivos sujeitos a uma violação, presumindo-se um direito substantivo já exercido pelo titular, já transformado em ato, e que foi objeto de resistência por outrem. Os prazos decadenciais, por outro lado, porque o direito do titular existe apenas em potência, não em ato, alcançam os direitos subjetivos não sujeitos a uma violação, chamados faculdades, bem como não possuem causas suspensivas ou interruptivas. Prazo decadencial que não se sujeita às causas suspensivas e interruptivas aplicáveis à prescrição. Reconhecida a decadência, extingue-se o processo, com resolução de mérito. RECURSO DESPROVIDO. UNÂNIME. (TJRS, AC n. 70014207757, Décima Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Pedro Celso Dal Pra, julgado em 30.3.2006).

ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO. SIMULAÇÃO. PRESCRIÇÃO. A ação para anular o ato jurídico com fundamento na simulação é de quatro anos, contados da data do contrato (CCivil/1916, art. 178, § 9º, inc. V, letra "b"). Cessão de direitos firmada em março de 1981. Ação ajuizada em maio de 2002. Prescrição ocorrente. Sentença confirmada. Negaram provimento. (TJRS, AC n. 70008325201, Décima Nona Câmara Cível, Rel. Des. Leoberto Narciso Brancher, julgado em 25.5.2004).

Dessa forma, tendo em vista a data de celebração da escritura pública, bem como de seu registro em cartório que os apelantes pretendem anular, verifica-se que já se exauriu o prazo prescricional, razão pela qual deve o processo ser extinto com julgamento de mérito, com base no artigo 269, IV, do CPC.

Ante o exposto, conheço do recurso interposto por Espólio de Mário Teodoro dos Santos, Luzia Barbosa dos Santos, Onildo Bezerra Pinho e Gisselda Marques Arsioli Pinho, e dou-lhe provimento para cassar a sentença de primeiro grau, afastando a preliminar de falta de interesse de agir. No mérito acolho a prejudicial de prescrição levantada em sede de contestação, julgando extinto o processo, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, IV, do Código de Processo Civil.

Condeno os apelantes ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em R$ 5.000,00, nos termos do que dispõe o artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, PARA AFASTAR A PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR E, NO MÉRITO, ACOLHERAM A PREJUDICIAL DE PRESCRIÇÃO, EXTINGUINDO O FEITO COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marco André Nogueira Hanson, Rubens Bergonzi Bossay e Oswaldo Rodrigues de Melo.

Campo Grande, 2 de agosto de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.004369-2 – Paranaíba
Terceira Turma Cível
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DANOS MATERIAIS E MORAIS – INJÚRIA RACIAL –PROVAS SEGURAS – INCONFORMISMO COM O *QUANTUM* ARBITRADO PARA OS DANOS MORAIS – INSUBSISTENTE – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – NÃO OCORRÊNCIA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Mantém-se a condenação em dano moral por injúria racial, quando as provas demonstram que o funcionário do requerido ofendeu a dignidade do requerente utilizando-se, pejorativamente, de elementos referentes à cor da pele deste, sobretudo se a sua versão é confirmada por testemunhas presenciais, e a negativa de autoria está isolada no contexto dos autos.

Deve ser mantido o arbitramento do dano moral se fixado em consonância com a extensão do dano e a capacidade das partes e de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Inexiste sucumbência recíproca quando os dois pedidos – danos materiais e morais – são acolhidos, ainda que em valor inferior ao postulado. Aplicação, em relação ao dano moral da Súmula 326 do Superior Tribunal de Justiça.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 17 de agosto de 2010.

Des. Marco André Nogueira Hanson – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson

O Município de Paranaíba, inconformado com a sentença (f. 86-88), que julgou parcialmente procedente a ação de indenização por danos materiais e morais que lhe foi promovida por Eurico Costa Machado, interpõe recurso de apelação (f. 98-109), requerendo sua reforma nesta instância.

Em suas razões recursais, sustenta a insuficiência probatória para sua condenação em danos morais, uma vez que a prova oral, na qual se louvou o juiz sentenciante, mostra-se totalmente controvertida, não sendo possível afirmar, com segurança, que o seu servidor, secretário de turismo, tenha insultado o recorrido com ofensas de cunho racista.

Reclama, por outro lado, que o valor fixado a título de danos morais – R$ 10.000,00 (dez mil reais) - foi excessivo, não condizendo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Refere, por fim, que a sentença, ao carrear para o apelante a integralidade dos ônus de sucumbência, não atentou que apelado decaiu de grande parte de seus pedidos, justificando-se, dessa forma a reciprocidade na condenação.

O recorrido apresentou contrarrazões (f. 117-125), pugnando pela manutenção da sentença profligada.

VOTO

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

Infere-se dos autos que a Prefeitura de Paranaíba promoveu na cidade um festejo denominado de Carnaíba, e que locou espaço para a instalação de diversas barracas para venda dos mais variados produtos, com ênfase para bebidas. O apelado foi um dos que se instalou no local, vendendo, dentre outras bebidas, cerveja, com uma promoção de três delas por R$ 5,00 (cinco reais), quando, segundo alega o apelante, houve um acerto no sentido de que cada barraqueiro não poderia vender cada cerveja por menos de R$ 2,00 (dois reais).

Diante da promoção feita pelo apelado, o secretário de turismo do município, inclusive portando crachá, teria ido até a barraca daquele, iniciando uma acalorada discussão, no curso de qual o secretário teria proferido as seguintes palavras: *"Seu preto sem vergonha, eu tiro você daí custe o que custar ou não me chamo Marcão"*.

O fato é que no dia seguinte o recorrido foi despejado do local, quando ainda faltavam dois dias para o encerramento dos festejos. Daí os pedidos de reparação de danos moral e material, estes pelo que deixou de lucrar.

O pedido inicial de 100 salários mínimos para os danos morais e R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) para os danos materiais.

Na sentença, a condenação foi de R$ 150,00 (cento e cinquenta reais) para os danos de ordem material e R$ 10.000,00 (dez mil reais) para os danos de natureza moral.

O apelante insurge-se apenas com a condenação nos danos morais, argumentando que a prova é controversa sobre sua ocorrência, requerendo a improcedência do pleito nesse ponto, ou, alternativamente que o valor arbitrado seja reduzido.

Pois bem. Nada obstante o inconformismo do recorrente, o conteúdo instrutório dos autos aponta que realmente a injúria racial foi cometida pelo funcionário do apelante que, agindo na condição de secretário de turismo e coordenador dos festejos, realmente teve um entrevero com o apelado e, no calor da discussão, teria menosprezado a etnia do apelado, mediante utilização de termos impróprios que alcançou, sem sombra de dúvidas, o patrimônio moral do interlocutor.

A sentença, a propósito da questão, assim se pronunciou:

> O segundo pedido do autor diz respeito à reparação por danos morais em decorrência das palavras de baixo calão que foram proferidas pelo senhor Marco Antônio Alves, quanto de sua abordagem ao autor. Parece-me indiscutível a existência das ofensas, o que, aliás, é confirmado pelas testemunhas Donisete Aparecido de Oliveira e Ivan Martins dos Santos, às quais confirmaram as alegações do autor, no sentido de que o senhor Marco Antônio Alves, na condição de secretário municipal de turismo, dirigiu ao autor expressões injuriosas, inclusive de cunho racista. Daí resulta inegavelmente o dano moral, que se opera *in re ipsa*, não se exigindo a prova do sofrimento ou do constrangimento que ocorre no íntimo do ofendido. Demonstradas as ofensas e, ainda, que o ofensor agia na condição de agente público, impõe-se o dever de indenizar, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição Federal. (cf. f. 87).

Com efeito, em que pese a existência de um aparente conflito nos depoimentos entre as testemunhas das partes ouvidas em juízo, os autos demonstram que a melhor prova foi a produzida pelo apelado, senão vejamos.

1 - O município reconhece que houve uma discussão entre seu secretário e o apelado. Essa discussão foi presenciada por várias testemunhas;

2 – O servidor municipal cumpriu sua promessa, despejando arbitrariamente o apelado, que havia pagado o aluguel, para os cofres do Município, relativo a todas as noites da festa carnavalesca.

3 – Não houve no depoimento pessoal do apelado qualquer insegurança quanto ao preconceito racial manifestado. Ele apenas confirmou que foram as palavras descritas às f. 3 da inicial;

4 – Ainda que tivesse havido um acordo entre os barraqueiros para não vender as lata de cerveja por preço inferior a R$ 2,00 (dois reais), o ajuste afrontaria a princípio constitucional da livre concorrência, afigurando-se, por isso, de nenhum efeito.

5 – A prova testemunhal, ao contrário do alegado pelo apelante, é bastante segura, mostrando-se insubsistente a assertiva de que o som no local impediria que alguém ouvisse a conversa entre o secretário Marco Antônio Alves e o recorrido. Confira-se:

Testemunha Ivan Martins dos Santos:

> Que presenciou uma discussão entre o senhor Marco Antônio Alves e o autor, na qual o depoente pôde ouvir o senhor Marco Antônio referir-se ao autor como 'preto' e 'vagabundo'. Não ouviu o autor proferir qualquer ofensa contra o senhor Marco Antônio, podendo afirmar que o autor estava tentando evitar a briga, enquanto o senhor Marco Antônio lhe desferia empurrões (cf. f. 91).

Testemunha Donisete Aparecido de Oliveira:

> Que no segundo dia de festa, ao que se recorda o depoente, o autor foi abordado pelo senhor Alves, o qual afirmou: 'Amanhã eu te tiro daqui, nego a toa'. Que no dia seguinte a barraca do autor foi retirada do local (cf. f. 90).

Logo, é fácil assegurar que de fato o preposto do Município, no exercício das atribuições de seu cargo, ofendeu a moral do apelado, mediante palavras depreciativas de sua etnia, surgindo daí o dever de indenizar.

Aliás, a jurisprudência predominante orienta na seguinte direção:

> No sistema jurídico atual, não se cogita da prova da existência do dano decorrente da violação aos direitos da personalidade, dentre eles a intimidade, imagem, honra e reputação, já que, na espécie, o dano é presumido pela simples violação ao bem jurídico tutelado (STJ, REsp n. 506437, Quarta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 16.9.2003, in RT 820/223).

Na seara penal:

> Mantém-se a condenação por injúria racial quando as provas demonstram que a querelada ofendeu a dignidade da vítima utilizando-se de elementos referentes à cor da pele, nos exatos termos do artigo 140, § 3º, do Código Penal, sobretudo se a versão da querelante é confirmada por testemunhas presenciais, e a negativa de autoria está isolada no contesto dos autos. (TJMS, ACr 2007.027997-4, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Carlos Eduardo Contar, julgado em 27.2.2008, *in* site do TJMS).

Tem-se, a par de tudo isso, que a injúria racial ultrapassa a mera intranquilidade ou percalços do cotidiano, sobressaindo-se como dano moral puro em sua própria essência.

Nesse sentido, precedente desta Corte deixou assentado que:

> O dano moral experimentado pelo autor, consubstanciado no fato de ter sido ameaçada em sua integridade física, sendo também injuriado em sua honra subjetiva, resta configurado *in re ipsa*, ou seja, independe de comprovação. (AC n. 2009.000637-7, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa da Silva, julgado em 5.11.5009, *in* site do TJMS).

DO VALOR ARBITRADO

O apelado sugeriu a condenação relativa aos danos morais em valor equivalente a 100 salários mínimos. A sentença concedeu R$ 10.000,00 (dez mil reais). O apelante discorda, asseverando que houve exorbitância na fixação.

Não lhe assiste razão, contudo. É que a alusão pejorativa acerca da cor do apelante contém dano proporcional com o valor arbitrado, da ordem de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

É de ciência comum que, uma vez reconhecido o dever de indenizar – o *an debeatur -,* o magistrado, para fixar o valor da indenização – o *quantum debeatur -,* deve atentar para as peculiaridades de cada caso. Nesse passo, devem ser levados em consideração a situação econômica das partes, a intensidade do dolo ou o grau de culpa, além da importância da lesão.

Não passa despercebido que nossa legislação, a respeito, é omissa quanto à fixação do valor de dano dessa natureza.

Tendo em conta essas considerações, entendo que a quantia fixada é condizente com a realidade dos autos e suficiente para que a condenação cumpra seu papel perante ambas as partes, não ofendendo aos princípios da proporcionalidade ou razoabilidade.

Mantém-se, assim o arbitramento contido na sentença objurgada.

DA SUPOSTA SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA

Na compreensão do apelante, ao ter o apelado postulado condenação em dano material da ordem de R$ 2.500,00 e dano moral em valor equivalente a 100 salários mínimos, mas obtendo, respectivamente, R$ 150,00 e R$ 10.000,00, teria ele decaído de parte substancial que justifica a fixação da sucumbência segundo os preceitos da reciprocidade.

Primeiramente, há de se ter presente que a Súmula 326, do STJ, preconiza que *"Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca"*. Logo, incabível a pretensão do autor no tanto que diz respeito ao *quantum* arbitrado para os danos morais.

Na segunda hipótese, o pedido do apelado foi atendido, ainda que em valor inferior ao postulado, de modo que somente em processo com dois pedidos diferentes, onde um deles não é atendido, é que implica a existência de sucumbência recíproca.

CONCLUSÃO

À vista de tudo o quanto foi exposto e o mais que dos autos consta, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento. Mantendo íntegra a sentença apelada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marco André Nogueira Hanson, Rubens Bergonzi Bossay e Oswaldo Rodrigues de Melo.

Campo Grande, 17 de agosto de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.011773-9 - Iguatemi
Terceira Turma Cível
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – INVENTÁRIO – PROCESSO CIVIL –TERCEIRO INTERESSADO – LEGITIMIDADE RECURSAL EXISTENTE – DESÍDIA DO INVENTARIANTE – EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO – INADMISSIBILIDADE – INTIMAÇÃO PESSOAL DO INVENTARIANTE – INEXISTÊNCIA – RECURSO PROVIDO – SENTENÇA CASSADA.

Existindo o nexo de interdependência entre o interesse de terceiro e a presente relação jurídica, está presente a legitimidade do mesmo para recorrer. Configurado, portanto, o interesse processual, não há de se conhecer do recurso interposto.

Ocorrendo a paralisação do inventário, em razão de inércia ou desídia do inventariante, deve este ser removido, com a nomeação de outro, até mesmo de ofício, conforme o disposto no art. 995, I e II, do CPC, sendo inadmissível, portanto, a extinção do processo sem resolução de mérito - Para que a inércia configure abandono de causa e implique extinção do feito sem julgamento de mérito, é imprescindível que a parte seja intimada pessoalmente para praticar o ato que lhe incumbia.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 10 de agosto de 2010.

Des. Marco André Nogueira Hanson – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson

Trata-se de apelação cível interposta por Ladislau Martins Lopes, inconformado com a sentença que julgou extinto o feito, sem resolução do mérito, com suporte no art. 267, inc. III do CPC, por abandono processual prolatada pelo Juiz da Vara Única da Comarca de Iguatemi, nos autos da ação de inventário em que figura como inventariante do Espólio de Justina Lourença de Jesus, o Sr. Antonio Gonçalves de Aguiar.

Sustentou o apelante que a decisão recorrida merece ser modificada, já que o julgador não poderia determinar a extinção do feito, sem a intimação pessoal da parte. Requereu o provimento do recurso.

Sem contrarrazões.

VOTO

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

Trata-se de apelação cível interposta por Ladislau Martins Lopes inconformado com a sentença que julgou extinto o feito, sem resolução do mérito, com suporte no art. 267, III, do CPC, por abandono processual prolatada pelo Juiz da Vara Única da Comarca de Iguatemi, nos autos da ação de inventário em que figura como inventariante do Espólio de Justina Lourença de Jesus, o Sr. Antonio Gonçalves de Aguiar.

Uma breve narração dos fatos ocorridos no decorrer deste processo é pertinente, até porque, é necessária uma análise da legitimidade recursal do apelante visto que não integra a relação processual em epígrafe.

Isto porque, ao contrário do que alega, o apelante em momento algum foi nomeado como inventariante na lide.

Por outro lado, não há provas nos autos de que o inventariante Sr. Antônio Gonçalves de Aguiar tenha realmente falecido, ao contrário, a certidão de f. 193 informa que não foi encontrado registro de óbito em nome do inventariante.

O que se denota *in casu* é que o apelante habilitou-se nos autos às f. 83, na qualidade de cessionário, tendo por fundamento a petição de f. 80, em que o herdeiro-inventariante renunciou em seu favor, seu quinhão hereditário. E apesar de determinado pelo juiz *a quo* que a renúncia fosse tomada por termo, tal ordem não foi cumprida nos autos. Também, o pedido de f. 83 sequer chegou a ser apreciado. No entanto, o ora apelado, prosseguiu dando andamento no feito, intitulando-se como inventariante, sem que tal fato fosse percebido pelos magistrados que processaram a ação em primeiro grau (f. 143-145; 151; 158; 168; 171; 181; 189; 195; 198).

Cumpre acrescentar ainda, que as intimações do inventariante eram publicadas em nome dos advogados constituído pelo Sr. Ladislau Martins Lopes (Dr. Wilimar Benites Rodrigues e Jaqueline Villa Gwozdz) e não do Advogado do Sr. Antônio Gonçalves de Aguiar (Sr. Atinoel Luiz Cardoso).

Outro fato estranho é que para dar andamento ao feito, eram intimados os advogados do Sr. Ladislau na qualidade de inventariante, enquanto a tentativa de intimação pessoal era feita na pessoa do inventariante Antônio Gonçalves de Aguiar, como se denota do AR de f. 205 e certidão de f. 207.

Depois de diversas tentativas frustadas de intimação pessoal do inventariante para dar andamento do feito, e tendo em vista o teor da certidão de f. 207, que informou que o inventariante não foi encontrado, apesar das diversas diligências cumpridas nesse sentido, o magistrado determinou a extinção do feito, com suporte no inc. III do art. 267 do Código de Processo.

É contra essa decisão que recorre o apelante.

Cediço é que para possuir legitimidade recursal é indispensável que a parte tenha interesse processual na lide. Dessa maneira, a regra aplicável à legitimidade recursal, conforme previsto no art. 499 do CPC, é que "*o recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público*".

Indispensável para que o terceiro interessado possua legitimidade recursal a demonstração de que a sentença prolatada na relação processual da qual não faz parte acarretará em prejuízos ao mesmo.

Doutrina sobre o assunto Humberto Theodoro Júnior:

> Embora não seja vencido, por não ser parte no processo, o terceiro pode vir a sofrer prejuízo em decorrência da sentença. Isto se dá quando ocorre "o nexo de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial (art. 499 § 1º).

> Para que o terceiro interfira no processo através de recurso, é necessário demonstrar, portanto, uma relação jurídica com o vencido que sofra prejuízo, em decorrência da sentença. Seu interesse para recorrer "seria resultante do nexo entre as duas relações jurídicas: de um lado, a que é objeto do processo, e, de outro, a de que é titular, ou de que se diz titular o terceiro" (**Curso de Direito Processual Civil**, Vol. I. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 493)

No caso em análise está demonstrada a ocorrência de prejuízo ao apelante em decorrência da extinção sem julgamento de mérito dos autos de inventário, existente o nexo de interdependência entre o interesse do apelante e a presente relação jurídica, motivo pelo qual há de ser recebida a presente apelação.

Passa-se à questão principal discutida nos recurso.

O magistrado de primeiro grau, entendendo ser desnecessária a nomeação de um inventariante dativo no caso em tela, entendeu por bem extinguir o processo por abandono da parte, fundamentado no artigo 267, III, do CPC (f. 208-209):

> Antonio Gonçalves de Aguiar requereu a abertura de inventário dos bens deixados pela sua falecida esposa Justina Lourença de Jesus**,** todos qualificados nos autos. Intimado várias vezes a dar andamento ao feito, o inventariante sempre deixou transcorrer os prazos *in albis*.
>
> DECIDO.
>
> De acordo com o art. 267, III, do CPC, "Extingue-se o processo, sem resolução do mérito, quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias".
>
> Na hipótese em apreço, pessoalmente intimado, o inventariante deixou de promover os atos e diligências que lhe competem, manteve-se inerte sem atender a determinação judicial e sem apresentar justificativa para não fazê-lo, não restando, assim, outra senda, senão a extinção do processo.
>
> Não há como fazer este inventário prosseguir de forma satisfatória. O processo tramita desde o longínquo ano de 1983, ou seja, há mais de 26 anos! Os inventariantes que passaram pelo cargo demonstraram não ter intenção de terminar este processo, pois em várias oportunidades portaram-se de forma desidiosa, deixando de promover os atos que lhe competiam.
>
> Nomear um inventariante dativo não vai resolver o problema, já que este não vai ter o poder de promover os atos e diligências atinentes ao inventário. Pergunto: como este inventariante dativo iria realizar o pagamento do ITCMD, que falta ser recolhido para o encerramento do processo? Creio que não encontraria meios para isso. Assim, não resta outra senda que não a extinção do processo, por abandono absoluto por parte dos interessados.
>
> Ante o exposto, extingo o processo sem resolução de mérito, nos exatos termos do art. 267, III, do Código de Processo Civil.
>
> Custas remanescentes pela parte autora. P.R.I.C. e, observadas as formalidades de praxe, arquivem-se os autos, inscrevendo-se em dívida ativa as custas não adimplidas (se superiores a 25 UFERMS).

Todavia, a sentença proferida não se coaduna com o direito aplicável à espécie, pois, para a paralisação não justificada do inventário, preconiza a lei solução outra, qual a do art. 995 do Código de Processo Civil, de remoção do inventariante.

Isso se dá porque os interesses postos em Juízo, nas ações de inventário e arrolamento, não são apenas do inventariante, mas também de herdeiros e mesmo da Fazenda Pública, de sorte que não cabe, em hipóteses como a dos autos, a extinção do processo sem que se conclua a tramitação, com a sentença homologatória da partilha, ou se oportunize aos demais legitimados e integrados à mesma relação processual a purgação do defeito.

Antônio Carlos Marcato comenta:

> Importante observar que a paralisação do processo de inventário, por inércia do inventariante, de modo algum justificará a incidência do art. 267, III, do CPC; será o caso, isto sim, de destituição do faltoso, com a nomeação de novo inventariante, a teor do inciso II do artigo sob exame. *(in* **Código de Processo Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004. p. 2493)

Nesse sentido, a anotação de Nelson Nery Junior:

> Extinção do feito. Diante da norma contida no CPC 995, II, o juiz não pode extinguir o processo sem julgamento de mérito se o inventariante não der andamento regular a ele. Isto porque prevalece a norma especial à geral do CPC 267, III. ***(in*** **Código de Processo Civil Comentado**, 4. ed., p. 1326)

Ademais, ao contrário do alegado na sentença, o processo só teve um inventariante nomeado, o Sr. Antônio Gonçalves de Aguiar, que sequer chegou a ser destituído do cargo. O Sr. Ladislau, na verdade, trata-se de terceiro interessado, cujo pedido de habilitação feito à f. 88, sequer chegou a ser analisado.

A orientação dos Tribunais é de que não se pode extinguir o processo de inventário quando existam bens a partilhar (RT 490/87 e 598/81). Vejamos:

> EMENTA PROCESSUAL CIVIL. INVENTÁRIO. ABANDONO DA CAUSA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO INVENTARIANTE. INTIMAÇÃO DE INVENTARIANTE REMOVIDA. INADMISSIBILIDADE. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. 1) Segundo termos do art. 267, III, § 1º, do CPC, para extinção do processo (no caso de inventário), por abandono da causa, é indispensável que o inventariante seja pessoalmente intimado, além de seu advogado, a impulsionar o feito e deixe de fazê-lo; 2) Não cumprida tal formalidade essencial, face à equivocada intimação de inventariante removida, decreta-se a nulidade da sentença, para que o processo tenha regular prosseguimento; 3) Em procedimento de inventário ou arrolamento de bens, ressalvada a hipótese de falsidade do atestado de óbito do inventariado, não se há falar em extinção do processo, sem julgamento do mérito, máxime quando existentes bens a inventariar à sua partilha concorre herdeiro menor; 4) Provimento do recurso. (TJAP, AC n. 1477, Acórdão n. 6346, Câmara Única, Rel. Des. Raimundo Alves, julgado em 16.12.2003, v. Unânime, p. 13.2.2004, DOE n. 3218).

> EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL. INVENTÁRIO. EXTINÇÃO DO PROCESSO. INÉRCIA DO INVENTARIANTE. INVIABILIDADE. NÃO SENDO O INVENTARIANTE O ÚNICO INTERESSADO NO PROSSEGUIMENTO DO PROCESSO DE INVENTÁRIO, SUA INÉRCIA NÃO PODE CONSTITUIR FUNDAMENTO PARA A EXTINÇÃO DO FEITO, POIS A PENALIDADE A SER APLICADA AO INVENTARIANTE QUE NÃO DA REGULAR ANDAMENTO AO PROCESSO E A SUA REMOÇÃO E SUBSTITUIÇÃO POR OUTRO INTERESSADO OU, ATÉ, TERCEIRO. RECURSO PROVIDO (TJRS, AC n. 598240406, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Alzir Felippe Schmitz, julgado em 27.4.2000).

> EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL. INVENTÁRIO. ABANDONO. EXTINÇÃO. DESCABIMENTO. REMOÇÃO DO INVENTARIANTE. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. - Descabe a extinção do inventário por abandono da causa, com fulcro no art. 267, III, do CPC. - O provimento jurisdicional buscado no inventário é de ordem pública, incumbindo ao Juiz agir de ofício para possibilitar seu regular processamento, até a partilha ou a constatação de inexistência de bens. - Deixando o inventariante de promover o regular andamento o processo deve ser removido do cargo, na forma do art. 995, II, do CPC. (AC n. 1.0024.97.024881-1/001, Relª. Desª. Heloisa Combat, DJ de 28.3.2008).
>
> EMENTA – INVENTÁRIO – EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO POR SUPOSTO ABANDONO DA CAUSA – ART. 267, III, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – [...] - INÉRCIA DO INVENTARIANTE – CONDUTA QUE JUSTIFICA A SUA REMOÇÃO (ART. 995, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL), E NÃO-EXTINÇÃO DO FEITO – RECURSO PROVIDO – SENTENÇA CASSADA.
>
> A extinção do processo sem resolução do mérito, com fulcro no art. 267, III, do Código de Processo Civil, exige a prévia intimação pessoal da parte autora para que ela demonstre sua ciência acerca da paralisação injustificada do feito. Ademais, em se tratando de inventário, não pode o magistrado extingui-lo sem antes intimar os demais interessados, pois, nos termos do art. 995, II, do Código de Processo Civil, a medida a ser tomada, em caso de possível desídia do inventariante, deverá ser a sua remoção. (TJMS, AC n. 2006.011639-4, Primeira Turma Cível, Porto Murtinho, Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, julgado em 24.7.2007).

No mesmo sentido já se pronunciou o STJ:

> PROCESSUAL CIVIL. INVENTÁRIO. DECISÃO QUE REMOVE INVENTARIANTE. Constatadas irregularidades no exercício da função de inventariante, pode o Juízo do inventário, de ofício, ou a pedido dos demais herdeiros, removê-lo, desde que fundamente sua decisão, fazendo indicação precisa das circunstâncias que o levaram a tanto, indicando, inclusive, quais dos incisos do art. 995 do CPC foram aplicados ao caso. Recurso não conhecido. (STJ, REsp n. 163741/BA (1998/0008555-6), Terceira Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter, julgado em 29.6.1999, DJU 10.4.2000, p. 83).

Assim, descabe a extinção do feito com fulcro no art. 267, III, do CPC, posto que a medida a ser tomada é a remoção do inventariante de ofício e a nomeação de outro herdeiro para exercer o *munus*, ou até mesmo a designação de inventariança dativa.

De outro lado, mesmo que fosse possível a extinção sem julgamento do mérito do processo de inventário, ainda persistiriam as razões do recurso, uma vez que, para que a inércia do autor configure abandono de causa e implique extinção do feito, é imprescindível que a parte seja intimada pessoalmente para praticar o ato que lhe incumbe, como preceitua expressamente o artigo 267 do Código de Processo Civil, em seu § 1°.

Confira-se a lição de Humberto Theodoro Júnior:

> Em qualquer hipótese, porém, a decretação não será de imediato. Após os prazos dos incisos II e III do art. 267, o juiz terá, ainda, que mandar intimar a parte, pessoalmente, por mandado, para suprir a falta (isto é, dar andamento ao feito), em 48 horas. Só depois dessa diligência é que, persistindo a inércia, será possível a sentença de extinção do processo, bem como a ordem de arquivamento dos autos (art. 267, § 1°). (**Curso de Direito Processual Civil**, 41. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. I, p. 285).

Observa-se que, *in casu,* não foi o inventariante - Antônio Gonçalves de Aguiar - regularmente intimado para dar andamento ao feito, uma vez que conforme certidão do cartório (f. 207) ele não foi encontrado.

Pelo exposto, conheço do recurso interposto por Ladislau Martins Lopes e dou-lhe provimento, para julgar insubsistente a sentença recorrida, determinando a remessa dos autos à instância de origem para prosseguimento do feito e apreciação dos pedidos pendentes de decisão no decorrer da lide.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marco André Nogueira Hanson, Rubens Bergonzi Bossay e Oswaldo Rodrigues de Melo.

Campo Grande, 10 de agosto de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.009383-1 - Bataiporã
Terceira Turma Cível
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DESAPROPRIAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – VASTA DOCUMENTAÇÃO COMPROVANDO A SOBREPOSIÇÃO TOTAL DA ÁREA OBJETO DE LITÍGIO – POSSE ATUAL DA PARTE REQUERIDA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Tendo em vista a vasta documentação trazida por ambas as partes bem como do laudo pericial realizado em juízo, conclui-se que a área objeto de litígio está totalmente sobreposta, razão pela qual não há que se falar em indenização por desapropriação.

2. Ainda que haja registro do título em nome dos recorrentes, é possível ter sido este elaborado sem qualquer observação técnica e exata a respeito da área.

3. Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 12 de julho de 2010.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

Edyjaime Eduardo Furtado e Marli Aparecida Furtado, irresignados com a sentença que julgou improcedente o pedido formulado na exordial referente à ação de indenização por desapropriação que propuseram em face de CESP – Companhia Energética de São Paulo, interpõem recurso de apelação, objetivando sua reforma.

No apelo de f. 419-430, os recorrentes afirmam que objetivam o recebimento de indenização por desapropriação indireta de uma área de 19.4783 ha, homologada pelo IDATERRA e matriculada sob o n. 6765 no CRI de Nova Andradina.

Sustentam que não foram considerados os documentos que colacionados aos autos, de origem indiscutível, e que comprovam perfeitamente a propriedade dos apelantes sobre a área em litígio.

Alegam que o registro imobiliário torna pública a propriedade sobre o imóvel, trazendo segurança jurídica aos atos relativos à área, bem como que "*o levantamento de sobreposição quando existe o título devidamente registrado abre discussão sobre o domínio em sede de desapropriatória, o que é vedado em nosso ordenamento.*"

Aduzem que não foi comprovado nos autos o pagamento da indenização referente à área maior e, mesmo que haja dúvida sobre o domínio do imóvel, a propriedade da área continua registrada em nome dos recorrentes, nos termos do artigo 1.245, co Código Civil.

Asseveram que o laudo pericial apresentado é falho e padece de vícios, pois o perito judicial não conferiu a área *in loco*, chegando as suas conclusões por meio de simples análise de documentos, razão pela qual não deve prevalecer o entendimento de primeiro grau.

Destacam que há vários documentos de idoneidade indiscutível que não podem ser desprezados.

Rematam pugnando pela reforma da sentença objurgada com o provimento do recurso para condenar a apelada ao pagamento da importância devida a título de indenização atualizada e corrigida.

Intimado, o recorrido apresentou contrarrazões (f. 437-441), rebatendo os fundamentos do apelo e pugnando pela mantença da sentença objurgada com o improvimento do recurso.

VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação interposto por Edyjaime Eduardo Furtado e Marli Aparecida Furtado, contra a sentença que julgou improcedente o pedido formulado na exordial referente à ação de indenização por desapropriação que propuseram em face de CESP – Companhia Energética de São Paulo interpõem recurso de apelação, objetivando sua reforma.

No apelo de f. 419-430, os recorrentes afirmam que objetivam o recebimento de indenização por desapropriação indireta de uma área de 19.4783 ha, homologada pelo IDATERRA e matriculada sob o n. 6765 no CRI de Nova Andradina.

Sustentam que não foram considerados os documentos que colacionados aos autos, de origem indiscutível, e que comprovam perfeitamente a propriedade dos apelantes sobre a área em litígio.

Alegam que o registro imobiliário torna pública a propriedade sobre o imóvel, trazendo segurança jurídica aos atos relativos à área, bem como que "*o levantamento de sobreposição quando existe o título devidamente registrado abre discussão sobre o domínio em sede de desapropriatória, o que é vedado em nosso ordenamento.*"

Aduzem que não foi comprovado nos autos o pagamento da indenização referente à área maior e, mesmo que haja dúvida sobre o domínio do imóvel, a propriedade da área continua registrada em nome dos recorrentes, nos termos do artigo 1.245, co Código Civil.

Asseveram que o laudo pericial apresentado é falho e padece de vícios, pois o perito judicial não conferiu a área *in loco*, chegando as suas conclusões por meio de simples análise de documentos, razão pela qual não deve prevalecer o entendimento de primeiro grau.

Destacam que há vários documentos de idoneidade indiscutível que não podem ser desprezados.

Rematam pugnando pela reforma da sentença objurgada com o provimento do recurso para condenar a apelada ao pagamento da importância devida a título de indenização atualizada e corrigida.

Intimado, o recorrido apresentou contrarrazões (f. 437-441), rebatendo os fundamentos do apelo e pugnando pela mantença da sentença objurgada com o improvimento do recurso.

O caso reclama alguns esclarecimentos.

Os recorrentes ajuizaram ação de indenização por desapropriação indireta aduzindo serem proprietários de um imóvel rural de 19.4783 ha, situado no município de Bataiporã-MS, de matrícula n. 6.765 e registrado no Cartório de Registro de Imóveis do 1º Ofício de Nova Andradina, cuja área foi imitida pela recorrida sem a devida indenização correspondente. Afirmam que foram privados dos poderes inerentes ao domínio do imóvel por ato unilateral da requerida, ora recorrida, sem prévio processo e indenização, nos termos do disposto no artigo 5º, XXIV, da Constituição Federal.

Já a recorrida, em contestação, afirmou ter adquirido várias áreas através de escritura pública de desapropriação, configurando-se em autêntico negócio jurídico ou ato jurídico perfeito e acabado.

A sentença invectivada restou assim proferida (f. 406-411), *verbis:*

> [...]
>
> A prova pericial realizada nos autos foi precisa ao demonstrar que a área objeto do litígio, de 19.4783 ha, trata-se, em verdade, de uma área sobreposta. A prova técnica, por seu turno, deve ser homologada e tomada como razão de decisão na presente, porque minuciosa e precisa.
>
> [...]
>
> Dessa feita, àqueles que tenham "adquirido", de boa-fé, terras eventualmente griladas, ou erroneamente delimitadas no CRI por ausência/incorreção de medição, não resta outro caminho a não ser buscarem, contra os seus antecessores na cadeia dominial, ou mesmo em face do Estado, e pelas vias ordinárias próprias, a reparação pecuniária pelos danos que tenham suportado.
>
> 3. DISPOSITIVO
>
> Ante o exposto e por tudo o mais que dos autos consta, com resolução de mérito, JULGO IMPROCEDENTE A PRESENTE AÇÃO e declaro-a extinta, o que faço com fulcro no artigo 269, I, do CPC.

A questão a ser apreciada cinge-se em saber se é devida a indenização aos recorrentes em razão da desapropriação de um imóvel rural de 19.4783 ha, cuja matrícula é n. 6.765, denominado "Alagado".

Pois bem. Tenho que a sentença deve ser mantida em seus exatos termos.

Dispõe o artigo 5º, XXIV, da CF, *in verbis*:

> Art. 5º [...]
>
> XXIV. A lei estabelecerá o procedimento por desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previsto nesta Constituição.

É cediço que para fins de desapropriação, faz-se *mister* uma indenização justa, a qual deve corresponder, real e efetivamente, ao valor do bem sem prejuízo algum ao patrimônio do expropriado, desde que este tenha a propriedade e o domínio daquele.

Contudo, no caso dos autos, não vislumbro a possibilidade de indenização para os autores, ora recorrentes, no tocante à área objeto de litígio denominada "Alagado", às margens do Canal Ipuytã, visto que está sobreposta em parte da Fazenda Puytã 13097 e em parte da área da matrícula 6761 de Edyjaime Eduardo Furtado.

É notório que a recorrida adquiriu diversas áreas na região apontada, tendo indenizado cada uma delas, inclusive algumas de propriedade dos recorrentes. Entretanto, a área de 19.4783 ha, denominada "Alagado", está totalmente sobreposta, razão pela qual não há que se falar em indenização por desapropriação.

O perito técnico nomeado pelo juízo monocrático no laudo de f. 289-299, realizado durante o transcorrer da instrução processual, esclareceu o seguinte:

> [...]
>
> 9. DA ORIGEM DA FAZENDA PUYTÃ:
>
> Fazenda Puytã matrícula n. 13097 CRI de Nova Andradina/MS.
>
> Transcrição Anterior: matrícula n. 1154 CRI de Nova Andradina/MS.
>
> Transcrição Anterior: Transcrição n. 4100 CRI de Rio Brilhante/MS.
>
> Transcrição n. 4100 título definitivo denominado VACURUTUBA, titulado pelo Estado de Mato Grosso em favor de Francisco José Dias em 27.1.1961, registrado no livro 3-C f. 246 do Cartório do 1º Ofício de Registro de Imóveis e Anexos de Rio Brilhante/MS.
>
> 10. DA ORIGEM DA MATRÍCULA 6761:
>
> Matrícula n. 6761 CRI de Nova Andradina/MS.
>
> Transcrição Anterior: Transcrição n. 6003 CRI de Rio Brilhante/MS.
>
> Transcrição Anterior: Transcrição n. 4100 CRI de Rio Brilhante/MS.
>
> Transcrição n. 4100 título definitivo denominado VACURUTUBA, titulado pelo Estado de Mato Grosso em favor de Francisco José Dias em 27.1.1961, registrado no livro 3-C f. 246 do Cartório do 1º Ofício de Registro de Imóveis e Anexos de Rio Brilhante/MS.

E ressaltou nas considerações finais:

> O objetivo deste trabalho teve como foco específico determinar a situação real da área em litígio objeto da matrícula n. 6765.
>
> De acordo com a documentação existente nos autos, diante de documentos fornecidos pelo Cartório de Rio Brilhante (transcrições), e documentos fornecidos pela Agência de Desenvolvimento Agrário e Extensão Rural de MS – AGRAER (memorial descritivo dos títulos, mapas e certidão) conclui-se que todas as áreas as margens do canal Ypuitã foram adquiridas pela CESP, que o título Alagado está sobreposto ao título Vacurutuba.
>
> Concluí-se que a área em litígio objeto da matrícula 6765, originada do título Alagado, esta totalmente sobreposta na área da Fazenda Puytã (parte) matrícula n. 13097 e na área da matrícula n. 6761 (parte), ambas originadas do título Vacurutuba.

Portanto, o que se infere dos autos, notadamente das documentações trazidas por ambas as partes bem como do laudo pericial apontado, é a ocorrência de sobreposição de áreas.

Com efeito, tem-se que a posse da área objeto de litígio é da recorrida, ainda que haja registro do título em nome dos recorrentes, é possível que tenha sido este elaborado sem qualquer observação técnica e exata a respeito da área.

Às f. 319 dos autos foi colacionada também uma certidão da Agência de Desenvolvimento Agrário e Extensão Rural de MS – AGRAER –, certificando que: "[...]*consultando o cadastro das titulações primitivas do município de Taquarussu/MS, verificamos que o título primitivo com área de 197,0000 ha., em 22.6.1963, sobrepõe-se ao título primitivo denominado Vacurutuba expedido pelo Estado de Mato Grosso em favor de Francisco José Dias, com área de 2.329,2266 ha., em 27/01/1961.*"

Aliás, bem asseverou com o nobre magistrado de primeira instância às f. 410: "*Mas de fato é que alguém efetivamente vendeu aos autores a propriedade objeto do litígio, e o Estado a eles conferiu o título de domínio. Ao nosso sentir, a pretensão indenizatória dos autores, assim, não deve ser exercida em face da ora requerida (CESP), que em nada contribuiu para o aludido erro (ou quiçá dolo, não se sabe).*"

A respeito do assunto, veja-se os seguintes julgados:

> EMENTA: AÇÃO REIVINDICATÓRIA. SOBREPOSIÇÃO DE REGISTROS. ÁREA LIMÍTROFE DE LOTEAMENTOS. PREVALÊNCIA DO REGISTRO MAIS ANTIGO. CONVERSÃO DE OFÍCIO EM PERDAS E DANOS DA ÁREA INVADIDA. POSSIBILIDADE. VOTO VENCIDO. Havendo a sobreposição registrária ocasionada pela sobreposição de loteamentos aprovados pela municipalidade, deverá prevalecer o registro mais antigo do imóvel. Comprovada a propriedade do lote objeto da ação reivindicatória, restando caracterizada a posse injusta dos acionados, segundo o conjunto fático-probatório dos autos, confirma-se a sentença de procedência, ressalvando-se apenas a viabilidade de conversão em perdas e danos no caso de impossibilidade da devolução integral do imóvel, diante da sobreposição de loteamentos. Apelação não provida. VVp.: Documentos ilegíveis não são aptos a fazer prova do valor do dano indenizável. (TJMG, n 1.0223.05.176526-9/001(1), Rel. Des. Cabral da Silva, DJ de 10.4.2008; grifei).

> EMENTA - RETIFICAÇÃO DE ÁREA - Procedência - Agravo retido (reiterado em apelação) – Improvimento - Inicial que não é inepta, presentes as condições da ação - Inocorrência de prescrição - Imprescritibilidade de demanda ligada a pretensão registra ria/ erro de registro público - Sentença que não padece de nulidade – Falta de menção, no relatório, de todos os litisconsortes constitui mero erro material - Ausência de afronta à regra do art. 458, I e I I do CPC - Validade da citação editalícia - Esgotados todos os meios visando a localização do paradeiro da demandada (art. 231 do CPC) - Procedência da demanda fundada em levantamento pericial, que atesta a sobreposição de matrículas em área de propriedade dos autores (situação confirmada pelo Cartório de Registro de Imóveis) - Decisão que, por conta disso, determinou o cancelamento das matrículas sobrepostas à área dos autores - Sentença mantida - Recurso improvido, assim como o agravo retido. (TJSP, AC com revisão n. 5631874300, Rel. Des. Salles Rossi, DJ de 31.7.2008. grifei).

> FINS DOMINIAIS - INTERPRETAÇÃO AMPLA - SOBREPOSIÇÃO DE ÁREAS NÃO COMPROVADA - IMPRESCINDÍVEL REALIZAÇÃO DE PERÍCIA - AUTORES QUE DEMONSTRARAM MELHOR TÍTULO DE PROPRIEDADE. 1. "A mera reprodução dos termos da contestação não acarreta, por si só, o não conhecimento do recurso de apelação" (STJ, AgRg no Ag n. 807531/MS). 2. Para que a ação reivindicatória tenha êxito é necessário que se demonstre o preenchimento dos requisitos legais, consubstanciados na completa individualização da área reivindicada, prova da propriedade através do registro do imóvel, bem como a posse injusta do réu sobre o bem litigioso. 3. A posse, na ação reivindicatória não tem a mesma conotação que aquela dada à discussão sobre a posse justa nas ações possessórias. Nas ações possessórias, posse justa é aquela isenta dos vícios da violência, clandestinidade ou precariedade. Já a posse para fins dominiais deve ser interpretada em um sentido mais amplo, de modo a se taxar de injusta aquela posse que afronta a do proprietário com justo título. 4. A existência de sobreposição de matrículas pressupõe a produção de prova cabal e irrefutável de que a situação jurídica exposta no Registro de Imóveis apresentado pelo

> reivindicante se encontra incorreta. A ausência de tais provas, principalmente a pericial, não pode produzir o efeito de se reconhecer que ambos os registros pertencem à mesma área. 5. Recurso conhecido e não provido. (TJPR, AC n. 0490110-6, Décima Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Ruy Muggiati, julgado em 24.9.2008, grifei).

Logo, em se tratando de área totalmente sobreposta não há falar em indenização para os recorrentes em razão da desapropriação da área supracitada.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação e nego-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

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

Campo Grande, 12 de julho de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.016855-4 - Dourados
Terceira Turma Cível
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – PRELIMINAR – NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA – AFASTADA – MÉRITO – ÔNUS DA PROVA – ARTIGO 333, DO CPC – AUSÊNCIA DE PROVA QUANTO À EXISTÊNCIA DE ATO DE ESBULHO, TURBAÇÃO OU AMEAÇA DA POSSE – PRETENSÃO FUNDADA NO DIREITO DE PROPRIEDADE – AÇÃO PETITÓRIA – INAPLICABILIDADE DA FUNGIBILIDADE – VIA INADEQUADA PARA A DISCUSSÃO SOBRE DIVISÃO DE ÁREAS – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. De acordo com o artigo 131 do CPC, cabe ao julgador avaliar as provas produzidas, sendo que se na visão do magistrado as provas apresentadas nos autos mostraram-se adequadas e suficientes, deve ser prestigiada a valoração do conjunto probatório e o livre convencimento motivado que lhe foi conferido, não havendo que se falar em cerceamento do direito de defesa.

2. Nos termos do artigo 333, do CPC, incumbe ao autor o ônus da prova com relação aos fatos constitutivos de seu direito e ao réu em relação à existência de fato impeditivo, modificativo e extintivo do direito do autor.

3. Não merece ser acolhido o pleito de reintegração de posse se não foi demonstrado o efetivo esbulho, mormente por não ter ficado evidenciado o efetivo exercício da posse pela requerente.

4. A fungibilidade das ações possessórias não pode ser aplicada quando a pretensão formulada estiver respaldada no direito de propriedade (ação petitória), mas sendo ajuizada uma ação possessória.

5. A ação de reintegração de posse não é a via adequada para resolver conflitos relativos a divisas do imóvel objeto do litígio.

6. Recurso conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, afastar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 17 de agosto de 2010.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

Thereza Ferreira Correa, irresignada com a sentença que julgou improcedente o pedido formulado na exordial da ação de reintegração de posse que propusera em face de Cláudio Takeshi Iguma, Elisabeth Rocha Iguma, Içao Iguma, Akemi Higashi Iguma, Lauro Satoshi Iguma e Kazuko Kakitani Iguma**,** interpõe recurso de apelação.

No apelo de f. 609-618, a recorrente sustenta a preliminar de nulidade da sentença por cerceamento do direito de defesa considerando que a perícia realizada nos autos é falha por não informar e não fundamentar as conclusões quanto às delimitações corretas das áreas objeto do litígio.

No mérito, enfatiza que ficou suficientemente demonstrado nos autos o fato de os imóveis estarem desocupados, não havendo qualquer indício do exercício da posse por terceiros.

Argumenta que *"o presente caso trata de posse no período em que se deram os fatos, ano de 2005, e não em ocasião pretérita e remota com o que se manifestaram as testemunhas"* (f. 613).

Indica que até o momento em que tentou construir uma cerca na área em questão, o terreno encontrava-se baldio e que a solução do litígio depende da correta delimitação desta área.

Destaca ser possível que o julgador faça a adequação do procedimento de acordo com as questões apresentadas pela parte, o que não ocorreu no caso dos autos.

Por fim, pede o conhecimento e o provimento do recurso para o fim de tornar insubsistente a sentença recorrida ou, no mérito, para que haja sua reforma com o julgamento procedente do pedido.

Intimados, os recorridos apresentaram contra-razões (f. 623-647) pedindo a manutenção da sentença recorrida com o não provimento do recurso.

VOTO

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

Cuida-se de recurso de apelação interposto por Thereza Ferreira Correa em face da sentença que julgou improcedente o pedido formulado na exordial da ação de reintegração de posse que ajuizara em face de Cláudio Takeshi Iguma, Elisabeth Rocha Iguma, Içao Iguma, Akemi Higashi Iguma, Lauro Satoshi Iguma e Kazuko Kakitani Iguma.

Em suas razões recursais, a recorrente sustenta a preliminar de nulidade da sentença por cerceamento do direito de defesa considerando que a perícia realizada nos autos é falha por não informar e não fundamentar as conclusões quanto às delimitações corretas das áreas objeto do litígio.

No mérito, enfatiza que ficou suficientemente demonstrado nos autos o fato de os imóveis estarem desocupados, não havendo qualquer indício do exercício da posse por terceiros.

Argumenta que *"o presente caso trata de posse no período em que se deram os fatos, ano de 2005, e não em ocasião pretérita e remota com o que se manifestaram as testemunhas"* (f. 613).

Indica que até o momento em que tentou construir uma cerca na área em questão, o terreno encontrava-se baldio e que a solução do litígio depende da correta delimitação desta área.

Destaca ser possível que o julgador faça a adequação do procedimento de acordo com as questões apresentadas pela parte, o que não ocorreu no caso dos autos.

Contra-arrazoando, os recorridos pugnaram pela manutenção da sentença recorrida.

Por ordem de prejudicialidade, inicio pela análise da preliminar suscitada nas razões recursais.

Da preliminar

Da nulidade da sentença por cerceamento do direito de defesa

A primeira questão devolvida no presente recurso está relacionada à nulidade da sentença, uma vez que a perícia realizada nos autos mostrou-se falha, deixando de apresentar fundamentos e conclusões. Assim, a apelante pretende a produção de novo laudo pericial.

Como é cediço, o juiz tem o poder de ponderar sobre a necessidade da dilação probatória. Entendendo ele que os documentos constantes nos autos não são suficientes para a formação de seu livre convencimento, poderá conceder às partes a oportunidade para que especifiquem as provas a serem produzidas. Caso contrário, ou seja, se o juiz já tiver formado seu livre convencimento motivado, poderá dispensar a produção de outras provas, proferindo desde logo sua decisão.

Ainda, pode o juiz entender que as provas requeridas não serão úteis ao processo. Nesse sentido leciona Antonio Carlos Marcato:

> Constatado ser o caso de julgamento do pedido (art. 269, I), o juiz avaliará a necessidade, ou não, de produção de provas tendentes à formação de seu convencimento sobre a pertinência da pretensão deduzida em juízo, provas essas respeitantes, exclusivamente, às questões de fato (*da mihi facto, dabo tibi ius*). Concluindo pela negativa, conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença de mérito, dispensada, assim, a fase instrutória, sem dúvida alguma a mais demorada e onerosa de todas as demais fases processuais.[1]

No mesmo sentido é o ensinamento de Vicente Greco Filho:

> 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.[2]

No caso dos autos, o magistrado entendeu que as provas encartadas aos autos mostravam-se suficientes para a solução da controvérsia, não sendo necessária a realização de nova prova pericial.

Ademais, não há nenhum obstáculo processual para que o magistrado firme seu convencimento na forma como fizera. Isso porque, como é cediço, cabe ao julgador avaliar as provas produzidas, o que Rui Portanova denomina de *"princípio da avaliação da prova"*. Senão, veja-se:

> Em verdade, no princípio da avaliação da prova encontram-se englobados todos os conteúdos do livre convencimento, da motivação e da persuasão, pois todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário devem ser fundamentados.
>
> [...]
>
> Em suma, na avaliação da prova estão todas as variações desta realidade misteriosa, maravilhosa, terrível, que é o espírito humano, refletidas com ou sem véu nas frias expressões dos repertórios de jurisprudências (Capelletti, 1981, p. 17).[3]

1 Código de Processo Civil Interpretado. São Paulo: Atlas. 2004. p. 983.

2 Direito Processual Civil Brasileiro. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 170. v. 2.

3 Princípios do processo civil. São Paulo: Editora Livraria do Advogado, 2003. p. 218-219.

Logo, se na visão do magistrado as provas apresentadas nos autos mostraram-se adequadas e suficientes, deve ser prestigiada a valoração do conjunto probatório e o livre convencimento motivado que lhe foi conferido.

O ordenamento processualista atribuiu ao julgador a prerrogativa de apreciar livremente a prova, não precisando o magistrado ficar adstrito à conclusão do laudo pericial constante nos autos, podendo valer-se de outros elementos de prova para formar seu livre convencimento, desde que o faça motivadamente.

Nos termos do que dispõe o Código de Processo Civil, temos que, *verbis*:

> Art. 436. O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.

Comentando o dispositivo legal supratranscrito, discorre Theotônio Negrão:

> Na livre apreciação da prova, o julgador não se acha adstrito aos laudos periciais, podendo, para o seu juízo, valer-se de outros elementos de prova existente nos autos, inclusive de pareceres técnicos e dados oficiais sobre o tema objeto da prova, tanto mais quando, como no caso, adota conclusões de um dos laudos, com adaptações determinadas por dados científicos que se acham nos autos (STJ, Ag n. 27.011-1-RS-AgRg, Terceira Turma, Rel. Min. Dias Trindade, julgado em 28.11.1992, negaram provimento, v.u., DJU 23.11.92, p. 21.887).[4]

Desse modo, rejeito a preliminar.

Passo, então, à análise do mérito recursal.

Do mérito

Desde já, para a melhor compreensão da controvérsia posta em discussão, faz-se *mister* tecer alguns esclarecimentos.

A recorrente ajuizou a presente ação de reintegração de posse em face dos apelados afirmando ser legítima proprietária e possuidora dos imóveis de matrículas n. 58.007, 58.008, 58.009, 58.010, 58.011 e 58.012, registrados no CRI de Dourados – MS. Referidos imóveis foram adquiridos em 8 de fevereiro de 1958, passando para seu nome em 29 de agosto de 1983 em razão do formal de partilha do inventário de seu falecido marido.

Em março de 2004, quando pretendeu realizar benfeitorias em seus imóveis, começando pela correta delimitação, teria sofrido atos de esbulho praticados pelos recorridos, com a invasão violenta dos lotes 2 e 3 da quadra B e dos lotes 1, 2 e 3 da quadra C.

A apelante consignou que antes de dar início à delimitação da área, compareceu ao 4º Serviço Notarial e Registral da Comarca de Dourados para que o Tabelião registrasse em instrumento público a situação em que se encontravam seus imóveis, ou seja, de que ali ninguém exercia posse.

Após ampla instrução processual, com a produção de prova pericial e oitiva de diversas testemunhas, o magistrado entendeu ser o caso de julgar improcedente a pretensão inicial, consignando o seguinte (f. 598-604):

> [...]
>
> No caso em exame, apesar de se dizer proprietária da área invadida, a autora ingressou com pedido de tutela da posse em si, afirmando que no dia 5.3.2005 os réus, proprietários

4 Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 487.

> de imóveis lindeiros, teriam praticado atos de violência despojando-a do exercício regular de sua posse. Aliás, constou em registro na petição inicial que 'a requerente foi despojada violentamente de sua posse' (f. 6).
>
> Trata-se, portanto, de ação possessória, pessoal, fundada na posse enquanto fato, e não enquanto emanação do direito de propriedade, situação que reclamaria a ação reivindicatória. Ao auto da ação reintegratória basta provar o fato, tanto o fato da posse quanto o do esbulho, como reza o art. 927 do CPC:
>
> [...]
>
> Por conseguinte, é incontroverso que a autora apenas veio a exercer posse sobre a área ora disputada após a propositura da presente ação, com o cumprimento da liminar de reintegração de posse deferida às f. 78-81.
>
> Os réus, entretanto, lograram êxito em demonstrar a anterioridade de sua posse sobre a referida área. A prova testemunhal colhida nestes autos foi harmônica no sentido de que os réus sempre detiveram a posse da área ora em litígio (f. 518/531), *verbis*:
>
> [...]
>
> Ora o juízo possessório não é adequado a deslindar conflitos relativos às divisas e às questões devem ser solucionadas em sede de ação própria (ação divisória, ação demarcatória, etc).
>
> [...]
>
> Ante o exposto, julgo improcedente o pedido inicial e casso a liminar deferida às f. 78-81. [...].

Pois bem, a *vexata quaestio* posta em discussão cinge-se em saber se ficou demonstrada a existência de atos de esbulho possessório praticados pelos recorridos que justifique a ordem de reintegração de posse.

Como é cediço, a ação de reintegração de posse tem a finalidade específica de recuperar a coisa, o bem móvel ou imóvel. Orlando Gomes ensina que todo possuidor tem direito de pleitear a posse se dela for privado por esbulho ou turbação.

A ação de reintegração pressupõe um ato praticado por terceiro que importe para o possuidor na perda da posse contra a sua vontade. Se o possuidor não for despojado da sua posse, não haverá esbulho e, conseqüentemente, não haverá que se falar em reintegração.[5]

Em conformidade com o nosso diploma processual civil temos que ao autor incumbe as seguintes provas:

> Art. 927. Incumbe ao autor provar:
>
> I – a sua posse;
>
> II – a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;
>
> III – a data da turbação ou do esbulho;
>
> IV – a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse; na ação de reintegração.

Ainda, lecionando sobre o assunto discorre Wilson Bussada:

5 **Direitos Reais**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 86.

> *[...] Para a procedência da ação de reintegração de posse é indispensável fiquem demonstrados os requisitos essenciais: posse do autor e esbulho praticado pelo réu. Se o autor nunca exerceu posse sobre a área em litígio, a ação reintegratória não tem condições de vingar. [...]*[6].

Nesse passo, conclui-se que as matérias de fato, nas ações de reintegração de posse, devem ser provadas pelo autor que deverá demonstrar a existência do ato de esbulho, fruto de violência ou clandestinidade, de modo a não deixar dúvida no ânimo do julgador acerca dos pressupostos elencados no supracitado dispositivo legal.

Lembre-se que no ordenamento jurídico brasileiro existe uma regra geral dominante no sistema probatório, qual seja, à parte que alegar a existência de determinado fato incumbe o ônus de comprová-lo para que dele possa derivar algum direito. Em síntese, cabe-lhe o ônus de produzir a prova dos fatos por si mesmo alegados como existentes. Conforme leciona Leo Rosenberg:

> [...] a necessidade que o sistema processual tem de regular minuciosamente o ônus da prova decorre de um princípio geral vigente no direito moderno, segundo o qual ao juiz, mesmo em caso de dúvida invencível, decorrente de contradição ou insuficiência das provas existentes nos autos, não é lícito eximir-se do dever de decidir a causa. Se ele julgar igualmente sobre a existência de fatos a respeito dos quais não haja formado convicção segura, é necessário que a lei prescreva qual das partes haverá de sofrer as conseqüências de tal insuficiência probatória.[7]

O Código de Processo Civil, em seu artigo 333, afirma que o ônus da prova cabe ao autor relativamente ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu, em relação à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Cândido Rangel Dinamarco, sobre o ônus da prova, esclarece:

> A distribuição do ônus da prova repousa principalmente na premissa de que, visando a vitória na causa, cabe à parte desenvolver perante o Juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente. O Juiz deve julgar *secundum allegatta et probata partium* e não *secundum propiam suam conscientiam* - e daí o encargo que as partes têm no processo, não só de alegar, como também de provar (encargo=ônus).
>
> O ônus da prova recai sobre aquele a quem aproveita o reconhecimento do fato. Assim, segundo o disposto no artigo 333 do Código de Processo, o ônus da prova ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.[8]

Considerando que a norma jurídica é um comando abstrato que somente atua concretamente quando um fato da vida, enquadra-se em sua incidência, estes fatos que provocaram a atuação da norma materializam-se no processo, que será o instrumento, o veículo para levar até o magistrado os fatos ocorridos no mundo fenomênico. Sem o conhecimento de tais fatos, é impossível ao magistrado dizer a solução jurídica que a situação reclama, tendo, portanto, o ônus suma importância.

In casu, a recorrente não conseguiu comprovar os requisitos acima indicados e necessários à concessão da ordem reintegratória, já que ficou evidenciada a posse anterior dos apelados sobre as áreas objeto do litígio.

A análise atenta da provas testemunhas leva a conclusão de que os recorridos estavam na posse dos imóveis desde meados dos anos 60. Oportuna a transcrição do depoimento prestado por Irineu de Aragão Lima, testemunha compromissada (f. 524-525):

6 **Reintegração de posse interpretada pelos Tribunais**. São Paulo: Editora Jalovi. p. 150.

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

8 **Teoria geral do processo**. 7. ed. São Paulo: RT, 1990. p. 312.

> O depoente trabalhou na serraria Iguma de 1965 a 1980; O escritório da serraria ficava na esquina da rua Coronel Ponciano com a Weimar Torres e a serraria ficava ao centro da área do Imóvel; na área verde, ao sul, ficava o depósito de madeiras, assim como na área ao norte, em verde entre o corredor público e onde está a rua Oliveira Marques, área em marrom e verde e a área era toda cercada de arama farpado; A serraria foi fechada em 1980 ou 1981; Não é possível que essa área estivesse na posse de Tereza porque esta área em verde do desenho de f. 370 eram guardadas toras da mencionada serraria; Essa área era de posse do pai de Cláudio Iguma eu se chamava Massaishi Iguma [...].

Também a testemunha compromissada, Sr. João Fernandes Júnior, esclareceu o seguinte (f. 526-527):

> [...] Em 1978 ou 1979, o depoente era aprendiz na empresa Iguma construções Indústria e Comércio Ltda; [...] Quando o depoente foi fazer o levantamento da área, em 1978 ou 1979, a serraria já não estava mais em funcionamento, mas ainda havia muita tora esparramada sobre a área; na área em verde sempre ouve toras de madeira e não seria possível essa área fosse de posse da autora Tereza; Quando o depoente foi fazer o levantamento pra colocar a mencionada cerca nova em 1978 ou 1979, a posse era da Família Iguma e não havia posse de qualquer outra pessoa, nem mesmo da autora. [...].

Reforçando tal conclusão, a própria autora, quando da audiência de instrução e julgamento afirmou que *"só passou a ter a posse sobre a área em azul, no croqui de f. 370, a partir do cumprimento da liminar proferida às f. 78-81. A parte autora nunca teve a posse dessa área antes dessa liminar"* (f. 516).

Ora, resta estreme de dúvida que a recorrente não poderia ter sofrido esbulho, turbação ou ameaça na posse, uma vez que sequer exercia a efetiva posse sobre o bem.

De fato, a ata notarial anexada à petição inicial indicar que sobre os imóveis em questão *"verifica-se não haver construção edificada e/ou quaisquer outros tipos de benfeitorias sobre os mesmos, havendo apenas pedaços de cerca descontínuos frente à Rua Maria da Glória"* (f. 20v.). No entanto, tal constatação não leva a conclusão de que os recorridos deixaram de exercer a posse sobre os imóveis, já que tal documento foi elaborado com base apenas naquele momento em que o Tabelião esteve no local.

Não se pode negar que o proprietário do bem tem o direito de haver a coisa de quem quer a possua injustamente (artigo 1.228, do CC). Todavia, o uso das ações possessórias como forma de resguardar o direito de posse depende da existência dos atos de turbação, esbulho ou ameaça da posse, o que não ocorreu no caso dos autos.

Na verdade, depreende-se da petição inicial que a recorrente pretendeu resguardar seu direito de proprietária e não de possuidora dos referidos imóveis, utilizando-se da ação possessória quando seria o caso de uma ação petitória.

Diferenciando as formas de defesa da posse e da propriedade ensina Fabrício Zamprogna Matiello:

> 14. Afora a lide reivindicatória, que objetiva exclusivamente tutelar a propriedade, ao proprietário é assegurado o direito de lançar mão de qualquer dos interditos possessórios contra quem esteja molestando a sua posse, sem discutir a questão relativa ao domínio. Os interditos não são instrumentos adequados para a proteção da propriedade, mas sim da posse, cabendo salientar, contudo, que o êxito da demanda dessa natureza estará na dependência da prova, pelo autor, de que tem melhor direito possessório sobre a coisa do que os oponentes.[9]

Aliás, não é admitida a aplicação da fungibilidade entre ação possessória e ação petitória. Nesse sentido:

9 **Código Civil Comentado**: Lei n. 10.406, de 10.1.2002. São Paulo: LTr, 2007. p. 765.

> REINTEGRAÇÃO DE POSSE - LEGITIMIDADE ATIVA- AÇÕES POSSESSÓRIAS-PRINCÍPIODAFUNGIBILIDADE-DECISÃODEIMPROCEDÊNCIA MANTIDA. Como o usufrutuário tem direito a posse dos bens objeto de usufruto, (art. 1.394 do Código Civil), o mesmo é parte legitima para pleitear a proteção possessória. Se a parte não possuía a posse do imóvel, não é cabível a proteção possessória. Não é aplicado o princípio da fungibilidade entre ação possessória e a ação petitória (TJMG, AC n. 1.0440.07.008339-7/002, Décima Quinta Câmara Cível, Rel. Des. Tibúrcio Marques, julgado em 19.11.2009).
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE COM PEDIDO DE LIMINAR – AUSÊNCIA DA COMPROVAÇÃO DA POSSE – VIOLAÇÃO AO INCISO I, DO ARTIGO 927 DO CPC – IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE DAS AÇÕES POSSESSÓRIAS – DECISÃO MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.
>
> Se o postulante nunca teve a posse (CPC, art. 927, I), não pode valer-se dos interditos possessórios.
>
> A ação de imissão de posse possui natureza petitória e não possessória, pois é manejada por aquele que detém a propriedade e busca a posse; portanto não se aplica o princípio da fungibilidade das ações possessórias (TJMS, Ag n. 2005.014192-3, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Rêmolo Letteriello, julgado em 1.11.2005).

Por fim, deve ser frisado que a ação de reintegração de posse não é a via adequada para a discussão envolvendo divisas. Conforme bem lembrado pelo ilustre magistrado sentenciante *"tais questões devem ser solucionadas em sede de ação própria (ação divisória, ação demarcatória, etc)"* (f. 602).

Logo, não merece qualquer reparo a sentença guerreada.

Por todo o exposto, conheço do recurso de apelação 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.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

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

Campo Grande, 17 de agosto de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.022046-9 - Campo Grande
Terceira Turma Cível
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO PARA CUMPRIMENTO COMPULSÓRIO DE CONTRATO CUMULADA COM LUCROS CESSANTES, DANOS MORAIS COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA JURISDICIONAL – SEGURO PRIVADO – ROUBO DE AUTOMÓVEL – RECUSA NO PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO – SUSPEITA DE FRAUDE – INDÍCIOS INSUFICIENTES – CORREÇÃO MONETÁRIA – PREJUÍZO QUE PRECEDE À DATA DO AJUIZAMENTO DA DEMANDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Vige em nosso direito a regra do artigo 333, do Código de Processo Civil, afirmando que o ônus da prova cabe ao autor relativamente ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu, em relação à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Pautando-se a defesa da seguradora no fato de que houve simulação de roubo do veículo, deveria, efetivamente, ter comprovado que ocorreu tal fraude, de maneira concreta e, não apenas deixar transparecer essa tese.

O artigo 186 do Código Civil e a Súmula 43[1] do STJ determinam a incidência de correção monetária a partir do efetivo prejuízo, situação que precede à data do ajuizamento da ação.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 10 de agosto de 2010.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

Bradesco Seguros S.A. irresignada com a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na exordial referente à ação para cumprimento compulsório de contrato cumulada com lucros cessantes, danos morais com pedido de antecipação de tutela jurisdicional proposta por João Gonçalves Porto, interpõe recurso de apelação, objetivando sua reforma.

No apelo de f. 247-255, declara que "*a peça de bloqueio apresentada nos autos descreveu minuciosamente as circunstâncias do ilícito, apresentando, inclusive a cópia da regulação do sinistro, notadamente o aviso de sinistro preenchido e assinado pelo recorrido, por meio do qual o mesmo afirmou que o veículo segurado teria sido roubado na garagem da residência de uma terceira pessoa*" (f. 251).

1 Súmula 43. Incide correção monetária sobre a dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo.

Informa que *"ouvidos pelos responsáveis que regularam o sinistro, procedimento utilizado pela Seguradora Recorrente para verificar se a indenização postulada administrativamente é devida ou não, o recorrido e o terceiro mencionado, Sr. Fernando Leite de Melo, entraram em contradição no que atine à data do empréstimo do veículo do primeiro para o segundo, bem como a data em que o mesmo deveria ser devolvido ao proprietário, o que se mostra um sério indício de fraude à Seguradora, eis que o veículo foi vistoriado em 14.4.2001, próximo a Dourados, ocasião em que era conduzido pelo segurado, e não pelo terceiro, sendo que este afirmou que estava na posse do mesmo*" (f. 251).

Adverte para o fato de que o recorrido afirmou que estava na posse do veículo em 14.4.2001, no interior de São Paulo, sendo que nesta mesma data o carro teria sido fiscalizado na BR 163, dirigindo-se à cidade de Ponta Porã.

Destaca que não há nos autos provas 100% seguras de que houve uma fraude contra a seguradora, no entanto, esclarece que há fortes indícios do ilícito, razão pela qual a seguradora não deveria ser condenada ao pagamento da indenização. Acrescenta que somente após a conclusão do inquérito é que será possível o adimplemento da obrigação.

Pretende a modificação do termo inicial para incidência da correção monetária, que deverá ser contada a partir do ajuizamento da demanda.

Por fim, pede o conhecimento e provimento do recurso, para que seja reformada a decisão vergastada, julgado-se improcedentes os pedidos contidos na preambular, ou para que se modifique o termo inicial para contagem da correção monetária, nos termos supramencionados.

Intimado, o apelado apresentou suas contra-razões (f. 269-276), pedindo a manutenção do *decisum*.

VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação interposto por Bradesco Seguros S.A., irresignada com a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na exordial referente à ação para cumprimento compulsório de contrato cumulada com lucros cessantes, danos morais com pedido de antecipação de tutela jurisdicional proposta por João Gonçalves Porto.

No apelo de f. 247-255, declara que "*a peça de bloqueio apresentada nos autos descreveu minuciosamente as circunstâncias do ilícito, apresentando, inclusive a cópia da regulação do sinistro, notadamente o aviso de sinistro preenchido e assinado pelo recorrido, por meio do qual o mesmo afirmou que o veículo segurado teria sido roubado na garagem da residência de uma terceira pessoa*" (f. 251).

Informa que *"ouvidos pelos responsáveis que regularam o sinistro, procedimento utilizado pela Seguradora Recorrente para verificar se a indenização postulada administrativamente é devida ou não, o recorrido e o terceiro mencionado, Sr. Fernando Leite de Melo, entraram em contradição no que atine à data do empréstimo do veículo do primeiro para o segundo, bem como a data em que o mesmo deveria ser devolvido ao proprietário, o que se mostra um sério indício de fraude à Seguradora, eis que o veículo foi vistoriado em 14.4.2001, próximo a Dourados, ocasião em que era conduzido pelo segurado, e não pelo terceiro, sendo que este afirmou que estava na posse do mesmo*" (f. 251).

Adverte para o fato de que o recorrido afirmou que estava na posse do veículo em 14.4.2001, circulando no interior de São Paulo, sendo que nesta mesma data o carro teria sido fiscalizado na BR 163, dirigindo-se à cidade de Ponta Porã.

Destaca que não há nos autos provas 100% seguras de que houve uma fraude contra a seguradora, no entanto, esclarece que há fortes indícios do ilícito, razão pela qual a seguradora não deveria ser condenada ao pagamento da indenização. Acrescenta que somente após à conclusão do inquérito é que será possível o adimplemento da obrigação.

Pretende a modificação do termo inicial para incidência da correção monetária, que deverá ser contada a partir do ajuizamento da demanda.

Por fim, pede o conhecimento e provimento do recurso, para que seja reformada a decisão vergastada, julgado-se improcedentes os pedidos contidos na preambular, ou para que se modifique o termo inicial para contagem da correção monetária, nos termos supramencionados.

Intimado, o apelado apresentou suas contra-razões (f. 269-276), pedindo a manutenção do *decisum*.

Para melhor compreensão da matéria, fazem-se necessários certos esclarecimentos acerca dos fatos que deram ensejo à propositura da presente demanda.

Consoante se extrai da exordial, o recorrido firmou com a apelante contrato de seguro do veículo tipo camionete Ford F-250 (diesel), cor prata, ano 2000, placas DDH-3030, Chassi 9BFFF25L6YD044134, apólice n. 160425049, com vigência entre 9.4.2001 a 9.4.2002. Na data de 21.4.2000, o veículo suprareferido teria sido objeto de roubo, ocorrido na Av. Osvaldo Barbosa Guisara, no Bairro Gurilândia, na cidade de Taubaté/SP. Nesta circunstância, o recorrido teria comunicado o sinistro à Seguradora, com o fim de receber a cobertura garantida pelo contrato, no entanto, esta se negou, injustificadamente, a lhe pagar a indenização.

Por conta disso, o apelado ajuizou a presente ação, querendo o pagamento da indenização do seguro (R$ 50.000,00 – cinqüenta mil reais); lucros cessantes (R$ 270,00 por dia, desde 2 de junho de 2001 até a data do efetivo pagamento do sinistro) e danos morais de 100 (cem) salários mínimos.

O magistrado de instância singela julgou em parte procedentes os pedidos formulados na inicial, condenando a apelante a pagar a indenização de R$ 50.000,00 (cinqüenta mil reais), afastando as demais verbas, inclusive os danos morais.

Feitos estes esclarecimentos, tem-se que a apelante devolveu as seguintes questões para serem apreciadas por esta Corte: (1) se há nos autos prova do roubo que justifique o pagamento da indenização; (2) se houve fraude para recebimento do seguro; (3) se o termo inicial para incidência da correção monetária é a data do ajuizamento da demanda.

Acerca da prova da ocorrência de roubo e não de fraude, como quer fazer crer a apelante, cumpre-nos observar, inicialmente, que estamos diante de uma relação de consumo, já que os contratos de seguro encontram-se sob a égide do Código de Defesa do Consumidor. Por isso, deve ser reconhecida uma certa vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor do serviço, no que tange à facilitação de sua defesa.

Visto isso, lembre-se, ainda, que em nosso ordenamento existe uma regra geral dominante no sistema probatório, qual seja, à parte que alega a existência de determinado fato incumbe o ônus de demonstrar sua veracidade para que o fato dê origem a algum direito. Em síntese, cabe-lhe o ônus de produzir a prova dos fatos por si mesmo alegados. Conforme leciona Leo Rosemberg:

> [...] a necessidade que o sistema processual tem de regular minuciosamente o ônus da prova decorre de um princípio geral vigente no direito moderno, segundo o qual ao juiz, mesmo em caso de dúvida invencível, decorrente de contradição ou insuficiência das provas existentes nos autos, não é lícito eximir-se do dever de decidir a causa. Se ele julgar igualmente sobre a existência de fatos a respeito dos quais não haja formado convicção segura, é necessário que a lei prescreva qual das partes haverá de sofrer as conseqüências de tal insuficiência probatória.[2]

2 **La carga de la prueb**a. Buenos Aires: Ejea Apud Ovídio A. Batista da Silva. Curso de Processo Civil. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 345. v. 1.

O Código de Processo Civil, em seu art. 333, afirma que o ônus da prova cabe ao autor relativamente ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu, em relação à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Cândido Rangel Dinamarco, sobre o ônus da prova, esclarece:

> A distribuição do ônus da prova repousa principalmente na premissa de que, visando a vitória na causa, cabe à parte desenvolver perante o Juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente. O Juiz deve julgar *secundum allegatta et probata partium e não secundum propiam suam conscientiam* - e daí o encargo que as partes têm no processo, não só de alegar, como também de provar (encargo=ônus).
>
> O ônus da prova recai sobre aquele a quem aproveita o reconhecimento do fato. Assim, segundo o disposto no artigo 333 do Código de Processo, o ônus da prova ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. [3]
>
> Ensina Antonio Carlos Marcato:
>
> E é de ônus, enfim, que cuida o art. 333, ao dividir entre as partes o encargo de provar os fatos relevantes para a causa, conforme sua natureza; não estabelece a lei, aí, dever algum de prova, potencialmente sujeito a sanções, mas define a responsabilidade pela demonstração respectiva, caso queiram os interessados diretos vê-los considerados na decisão.[4]
>
> A razão primordial da existência de regras de tal ordem reside na necessidade de fixação de critérios objetivos para orientação da decisão judicial nas hipóteses em que, por alguma razão, não seja possível ao juiz chegar a uma conclusão segura no plano fático.[5]

Considerando que a norma jurídica é um comando abstrato que somente atua concretamente quando uma situação da vida enquadra-se em sua incidência, eventuais fatos que provocaram a atuação da norma materializam-se no processo, que será o veículo para levar ao magistrado os acontecimentos ocorridos no mundo fenomênico. Sem o conhecimento dos fatos, é impossível ao magistrado dizer a solução jurídica reclamada, tendo, portanto, o ônus, suma importância

Nos autos, tem-se que a apelante não cumpriu com seu ônus de demonstrar fato desconstitutivo do direito do apelado, qual seja, que realmente houve fraude contra a seguradora (simulação de roubo).

A meu ver, por razões óbvias, o simples fato de o veículo ter sido subtraído quando estava na posse de terceiro não traz a presunção de fraude.

Nem se diga que é possível concluir pela fraude devido às divergências de datas nas declarações prestadas, junto à Seguradora, pelo recorrido e pela pessoa a qual ele emprestou o veículo – Sr. Fernando Leite de Melo (f. 87 e 92)

Sobre a informação contida no ofício de f. 94, em que o Chefe do Núcleo Operacional da Polícia Rodoviária Federal informa ter fiscalizado, na data de 14.4.2001, o veículo objeto da demanda, que estava na posse do proprietário João Gonçalves, indo a caminho de Ponta Porã, fronteira com o Paraguai, em vez de estar em São Paulo, como disse o proprietário, também só resta concluir que não passa de uma possível informação desencontrada, mas que não pode ser crucial para constatação de eventual fraude. Estranho seria se tal fiscalização tivesse ocorrido após o roubo, circunstância não verificada.

3 **Teoria geral do processo**. 7 ed. São Paulo: RT, 1990. p. 312.

4 **Código de Processo Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2004. p. 1001.

5 *Ibidem*.

Como bem concluiu a própria apelante "*é certo que inexiste nos autos prova 100% segura da citada fraude. No entanto, não se pode deixar de considerar os fortes indícios existentes e simplesmente condenar a seguradora a pagar pela perda do objeto segurado[...]*" (f. 252).

Ora, é de se ver que dentro do microssistema da lei consumerista não caberá a utilização de indícios, principalmente, contra o consumidor, já que na busca da verdade real, reconhecida a sua vulnerabilidade diante do fornecedor, autoriza-se, até mesmo, medidas como a inversão do ônus da prova.

Sendo assim, é fácil concluir que os elementos apresentados pela apelante são frágeis diante da conclusão pretendida, especialmente diante dos documentos ofertados pelo próprio apelado, como é o caso do Boletim de Ocorrência (f. 16-20).

Por isso, pautando-se a defesa da seguradora no fato de que houve simulação de roubo do veículo, deveria, efetivamente, ter comprovado que ocorreu tal fraude, de maneira concreta e, não apenas deixar transparecer essa tese.

Com efeito, nas relações contratuais, presume-se a boa-fé dos contratantes, especialmente no caso das relações de consumo, presunção esta que somente seria elidida por prova inequívoca em sentido contrário. E se assim não fez a apelante, merece, neste ponto, confirmação a sentença objurgada.

Suplantada a questão do dever de a Seguradora pagar a indenização prevista no contrato, resta discutir se o termo inicial para incidência da correção conta-se a partir do ajuizamento da demanda.

Pois bem, acerca do termo inicial para contagem da correção monetária, tenho que não assiste razão à recorrente, devendo ser mantida a sentença uma vez que o artigo 186 do Código Civil e a Súmula 43[6] do STJ determinam a incidência de correção monetária a partir do efetivo prejuízo, situação que precede à data do ajuizamento da ação.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto e**,** nego-lhe provimento, mantendo-se inalterada a sentença vergastada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

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

Campo Grande, 10 de agosto de 2010.

***

6 Súmula 43. Incide correção monetária sobre a dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo.

Apelação Cível n. 2010.016875-0 - Campo Grande
Quarta Turma Cível
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – CONTRATAÇÃO FRAUDULENTA DE EMPRÉSTIMO – NEGLIGÊNCIA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA COMPROVADA – LANÇAMENTO INDEVIDO DO NOME DO CONSUMIDOR NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – DANOS MORAIS QUE INDEPENDEM DE PROVA – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – REDUÇÃO – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

O lançamento indevido do nome de cliente nos órgão de restrição ao crédito, por um débito inexistente, constitui ato lesivo à honra, ensejando a reparação pecuniária pelos danos morais sofridos pelo ofendido.

Em tema de indenização por dano moral, deve o julgador estipular um valor proporcional à lesão experimentada pela vítima, calcado na moderação e razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, sempre atento à realidade dos fatos e as peculiaridades de cada caso, evitando o enriquecimento sem causa.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 22 de junho de 2010.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Global Village Telecom Ltda. – GVT, inconformada com a sentença que julgou procedente o pedido formulado na ação declaratória de inexistência de débito c/c indenização por danos morais que lhe move Francisco Godoy Filho, interpõe apelação, aduzindo, em síntese, que houve fraude na contratação, de modo que resta afastado o nexo causal; que a recorrente também foram vítima da atuação de terceiros; que o evento danoso alegado pelo autor não passou de mero aborrecimento, não sendo passível de reparação; que não estão comprovados os requisitos caracterizadores do dano moral, não tendo havido dolo ou culpa por parte da recorrente; que o valor arbitrado pelo magistrado singular é exagerado, devendo ser reduzido para patamares mais razoáveis.

Por fim, requer provimento ao recurso.

O autor Francisco Godoy Filho, por sua vez, maneja recurso adesivo, pugnando pela reforma do *decisum*, a fim de que seja majorada a verba indenizatória para o patamar que atenda a função de desestimular a empresa recorrida de novas práticas lesivas aos consumidores, bem como determinar que os juros de mora incidam a contar do evento danoso, nos termos da Súmula 54 do STJ.

Ambas as partes apresentaram contrarrazões, cada qual pugnando pelo improvimento do recurso *ex adverso*.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator)

Trata-se de apelação cível e recurso adesivo interpostos contra a sentença que julgou procedente o pedido formulado na ação declaratória de inexistência de débito c/c indenização por danos morais que Francisco Godoy Filho move em face de Global Village Telecom Ltda – GVT, para declarar inexistente os débitos em nome do autor e cancelar o contrato no que se refere à linha telefônica de n. (67) 3025-2785, bem como condenar o réu ao pagamento em favor do autor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), para indenização por danos morais, corrigidos monetariamente pelo IGPM, a partir da publicação da sentença e juros de mora de 1% ao mês, tornando definitivo o provimento concedido para a antecipação de tutela às f. 28-29. Por conta da sucumbência, condenou o réu, ainda, a arcar com as custas processuais e honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da condenação.

Analiso inicialmente o recurso principal deduzido pela empresa requerida.

Compulsando-se os autos, verifica-se que restou devidamente comprovado que o autor, ora apelado, foi vítima de contratação fraudulenta de linha telefônica em seu nome, uma vez que jamais requereu ou firmou contrato algum em relação à empresa requerida.

A fim de se eximir da responsabilidade pelo ocorrido, afirma a apelante que não cometeu nenhum ato ilícito, e que não pode ser responsabilizada por uma fraude praticada por terceiro de má-fé, fato este impossível de ser previsto.

Em que pesem seus argumentos, tenho que não lhe assiste razão.

Isso porque, ao analisar a conduta da empresa apelante, não há como deixar de reconhecer que esta agiu de forma negligente, efetivando contratação de prestação de serviço de telecomunicações em nome do autor sem tomar as cautelas necessárias, no sentido de averiguar a possibilidade de ocorrência de fraude por parte de terceiros.

Assim, estando a relação contratual das partes amparada pelas disposições do Código de Defesa do Consumidor, verifica-se que a empresa de telefonia não cumpriu com o ônus que lhe competia, porquanto a singela afirmação de que foram observados os procedimentos necessários para a contratação da linha telefônica, carente de qualquer prova documental apta a confirmar sua veracidade, não se constitui em meio hábil para demonstrar tal fato, ou seja, de que o serviço foi solicitado e efetivamente utilizado pela pessoa do recorrido.

A respeito, veja-se o comando contido no art. 6°, VIII, do CDC:

> Art. 6°. São direitos básicos do consumidor:
>
> [...]
>
> VIII – a facilitação da defesa dos 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;

In casu, constata-se que, de fato, as alegações ventiladas pelo recorrido em sua exordial apresentaram verossimilhança, já que ele afirmou jamais ter sido cliente da recorrente, todavia, teve seu nome incluído por esta em órgãos restritivos de crédito.

Por seu turno, a apelante não apresentou qualquer prova documental apta a comprovar a inexistência do direito do apelado, se limitando a afirmarem que observou todos os procedimentos necessários para a formalização da avença, desatendendo, assim, o comando contido no dispositivo acima citado, bem como no art. 333, II, do CPC.

Desse modo, entendo que agiu com acerto o julgador singular ao reconhecer a responsabilidade civil da apelante, porquanto procedimentos inseguros e falhos adotados por parte de empresas de telefonia não podem prevalecer em detrimento dos direitos dos usuários.

Nesse passo, vale ressaltar que, se a apelante se beneficia de certa facilidade que oferece aos consumidores, deve arcar com o ônus de averiguar, no momento da contratação, a veracidade das informações passadas, vale dizer, exigir documentos do contratante, tais como RG e CPF, e confrontá-los com o pedido solicitado.

Outrossim, no tocante ao reconhecimento do abalo moral, alega a recorrente que o recorrido não comprovou a ocorrência do dano, não tendo o evento passado de mero aborrecimento, o que não enseja a pretendida reparação.

Sem razão a apelante. É cediço que o indevido lançamento do nome do consumidor aos órgãos de restrição ao crédito, por um débito inexistente, constitui ato lesivo à moral, ensejando a reparação dos danos morais, por ser notório que o fato objetivo – inscrição do nome no Serasa e SPC - sempre reverbera no plano subjetivo, causa a perturbação do espírito, cria um embaraço no íntimo do cidadão de bem, daquele que se esmera por estar em dia com suas obrigações, mormente se o inadimplemento é inusitado e sem justa causa.

A propósito do assunto, a lição de Carlos Alberto Bittar bem amolda-se ao caso vertente, veja-se:

> O dano existe no próprio fato violador, impondo a necessidade de resposta, que na reparação se efetiva. Surge *ex facto*, ao atingir a esfera do lesado, provocando-lhe as reações negativas já apontadas. Nesse sentido é que se fala em damnum *in re ipsa. (in* Reparação Civil por Danos Morais, São Paulo, **RT**, 1993, p. 204).

Ou seja, ao contrário do que afirmam os recorrentes, é desnecessária, até mesmo, a demonstração de reflexo patrimonial negativo, bastando que o fato, por si só, cause ao ofendido transtornos e reações constrangedoras, como resultado da conduta lesiva.

É de se valer, mais uma vez, da lição de Carlos Alberto Bittar, segundo o qual *"uma vez constatada a conduta lesiva, ou definida objetivamente a repercussão negativa na esfera do lesado, surge para o agente a obrigação de reparar o dano."* (ob. cit., p. 203).

A respeito, colha-se a jurisprudência desta Corte Estadual de Justiça:

> DANO MORAL – CLONAGEM – MÁ PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS – INSCRIÇÃO INDEVIDA NOS ÓRGÃOS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA.
>
> Se restar demonstrado que houve a clonagem na linha telefônica do consumidor e a fornecedora dos serviços enviou indevidamente o nome da parte para os órgãos de restrição ao crédito, a responsabilidade pelos prejuízos causados com a inscrição é da própria prestadora.

DANO MORAL – PROVA.

A simples inscrição do nome do consumidor nos cadastros de órgãos de proteção ao crédito, quando feita de forma indevida, por si só, é causa geradora de danos morais, passíveis de indenização (danos morais *in re ipsa*).

DANO MORAL – VALOR DA INDENIZAÇÃO – CRITÉRIOS PARA A FIXAÇÃO.

O valor da indenização por dano moral fica adstrita ao prudente arbítrio do juiz que, segundo o caso concreto, fixará de modo a prestigiar o aspecto compensatório que essa verba deve produzir em relação ao lesado, aliada ao caráter sancionatório ao lesante, sem, contudo, provocar o enriquecimento sem causa da vítima.

HONORÁRIOS – REDUÇÃO DESCABIDA. A verba honorária de sucumbência não pode aviltar o trabalho do causídico, razão por que se nega a pretensão recursal de sua redução. (AC n. 2007.010341-7, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, julgado em 5.6.2007).

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS, COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – INSCRIÇÃO NO CADASTRO DE INADIMPLENTES DECORRENTE DE COBRANÇA INDEVIDA – CLONAGEM – ERRO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE TELEFONIA – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA OPERADORA DE TELEFONIA – CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO – APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO – DANO MORAL PURO QUE INDENPENDE DE PROVA PARA A SUA INDENIZAÇÃO – REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO – REDUÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

É cabível a indenização por danos morais quando se demonstrar a inscrição indevida do nome de consumidor em órgão de proteção de crédito por cobrança indevida de contas telefônica oriundas de falhas na prestação do serviço, tal como a clonagem.

O dano moral decorrente da ofensa é presumido, não sendo necessária a produção de prova para sua demonstração, basta a ocorrência a inscrição indevida do nome de consumidor em órgão de proteção de crédito.

A indenização por danos morais deve ser reduzida, levando-se em conta a intensidade do sofrimento do ofendido, sua gravidade e natureza, a capacidade econômica dos causadores do dano e as condições pessoais do ofendido, quando se verifica que foi arbitrada em valor excessivo para as circunstâncias da causa.

Considerando a natureza da causa, a sua baixa complexidade e o trabalho despendido pelo patrono da ré, em atenção aos princípios da razoabilidade e da eqüidade, impõe-se a redução da verba honorária arbitrada pela instância singular. (AC n. 2006.021157-7, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Joenildo de Souza Chaves, julgado em 27.2.2007).

No mesmo norte, é o entendimento pacificado no Colendo Superior Tribunal de Justiça:

Os termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, nos casos de inscrição indevida no cadastro de inadimplentes, considera-se presumido o dano moral, não havendo necessidade da prova do prejuízo, desde que comprovado o evento danoso. (REsp n. 419.365/MT, Terceira Turma, Relª. Minª. Nancy Andrighi, julgado em 11.11.2002).

Dessa forma, comprovado está que é desnecessária a demonstração de reflexo patrimonial negativo, bastando que o fato, por si só, cause ao ofendido transtornos e reações constrangedoras, como resultado da conduta lesiva praticada pelo recorrente, o que deve ensejar a reparação pecuária a ser suportada pelo ofensor.

Por outro lado, no que tange o *quantum* indenizatório arbitrado pelo julgador monocrático a título de compensação pelos danos morais sofridos pelo apelado, alega a apelante ser exagerada sua condenação em R$ 15.000,00 (quinze mil reais), asseverando que este valor desatende o prudente arbítrio e a equidade no arbitramento da verba indenizatória. Por sua vez, o autor em seu recurso adesivo pretende a majoração desta quantia, ao argumento de que o valor ora arbitrado não atinge a finalidade compensatória e inibitória da indenização.

Assim, considerando que a matéria é comum a ambos os recursos, analiso-os conjuntamente neste particular.

De fato, em tema de indenização por danos morais, tem-se firmado na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que o valor arbitrado não pode ser extremamente elevado a ponto de promover o enriquecimento sem causa, tampouco desprezível, que não sirva para minimizar a dor resultante do dano causado.

A propósito, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou o seguinte entendimento:

> CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DEVOLUÇÃO DE CHEQUE. DANO MORAL. VALOR. REDUÇÃO. Configurado o dano moral resultante da indevida devolução de cheque por insuficiência de fundos, devida indenização por danos morais, a qual, todavia, deve ser feita em valor razoável, para evitar enriquecimento sem causa. (Ag n. 446122/AM, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, julgado em 5.12.2002, DJU de 24.3.2003, p. 233).

> RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAL E MATERIAL. CUMULABILIDADE. POSSIBILIDADE. SÚMULA/STJ, ENUNCIADO 37. DANO MORAL ACOLHIDO. FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. BALIZAMENTO. RECURSO PROVIDO. I – Nos termos do enunciado 37 da Sumula desta Corte, são cumuláveis as indenizações por dano material e moral, oriundos do mesmo fato. II – O arbitramento do dano moral pode ser fixado nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso, com o objetivo de evitar inconvenientes e retardamento na solução jurisdicional. III – Na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico dos autores, e, ainda, ao porte da empresa recorrida, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento a realidade da vida e as peculiaridades de cada caso (REsp n. 135.202/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 19.5.1998, DJU de 3.8.1998, p. 244).

Aliás, outra não é a orientação extraída do escólio de Rui Stoco, em obra específica sobre a responsabilidade civil no direito brasileiro. Veja-se:

> a) o Magistrado nunca deverá arbitrar a indenização tomando como base apenas as possibilidades do devedor;
>
> b) também não deverá o julgador fixar a indenização com base somente nas necessidades da vítima;
>
> c) não se deve impor uma indenização que ultrapasse a capacidade econômica do agente, levando-o à insolvência;
>
> d) a indenização não pode ser causa de ruína para quem paga, nem fonte de enriquecimento para quem recebe;

> e) deverá o julgador fixá-la buscando o equilíbrio através de critério eqüitativo e de prudência, segundo as posses do autor do dano e as necessidades da vítima e de acordo com a situação sócio-econômica de ambos;
>
> f) na indenização por dano moral o preço de afeição não pode superar o preço de mercado da própria coisa;
>
> g) 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 *(in* Tratado de Responsabilidade Civil, RT, São Paulo: 2001, p. 1.030).

Portanto, de se concluir que na quantificação do dano moral, deve o julgador valer-se de critérios de razoabilidade, ou seja, deve-se considerar não só as condições econômicas do ofensor e do ofendido, mas o grau da ofensa e suas consequências, para que não se constitua a reparação do dano em fonte de enriquecimento ilícito para o ofendido, mantendo uma proporcionalidade entre causa e efeito.

No caso dos autos, verifica-se que as consequências advindas do evento danoso foram as normais para a ocasião, não se justificando, a meu ver, o arbitramento do *quantum* em valor tão considerável, ante a inexistência de comprovação de prejuízo excepcional, além de que deve ser evitado o enriquecimento ilícito do ofendido.

Nesse passo, considerando a realidade dos fatos e as peculiaridades do caso concreto, e em observância ao grau de culpa, a lesividade do ato e, notadamente, a gravidade da ofensa, assim como a condição econômica de ambas as partes, tenho como justa a redução do *quantum* ora fixado pelos danos morais para o patamar de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

A meu juízo, essa quantia atende satisfatoriamente ao critério da proporcionalidade que deve nortear o arbitramento do dano moral, além de ser perfeitamente possível de ser reparado pela empresa requerida, compensando, inclusive, condignamente os tormentos sofridos pelo autor, em razão dos dissabores causados pelo evento ocorrido.

No que se refere à incidência dos juros de mora, o entendimento dominante desta Turma Cível é de que, em se tratando de pretensão indenizatória por dano moral, os mesmos são contados a partir da fixação do *quantum*, não havendo falar em reforma da sentença também neste quesito, veja-se:

> [...] A data da fixação do *quantum* indenizatório por dano moral constitui-se no termo inicial para aplicação da correção monetária e dos juros moratórios. (AC n. 2008.015525-1, Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, julgado em 3.2.2009).

Destarte, o parcial provimento do recurso principal interposto pela requerida é medida que se impõe, a fim de reduzir o valor arbitrado a título de indenização por danos morais, improvendo-se o recurso adesivo proposto pelo autor.

Com relação ao prequestionamento, não vejo necessidade de manifestação expressa sobre cada artigo citado, uma vez que toda a matéria foi examinada à luz dos pontos aduzidos por ambas as partes.

Ante o exposto, conheço de ambos os recursos e, ao tempo que nego provimento ao adesivo deduzido pelo autor, dou parcial provimento ao principal interposto pela requerida para, reformando em parte a sentença recorrida, reduzir o *quantum* indenizatório para o patamar de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), mantendo-se a o *decisum* em seus demais termos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DE GVT E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DE FRANCISCO GODOY FILHO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rêmolo Letteriello.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Paschoal Carmello Leandro, Rêmolo Letteriello e Atapoã da Costa Feliz.

Campo Grande, 22 de junho de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.016931-2 - Corumbá
Quarta Turma Cível
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – GUARDA MUNICIPAL QUE AGE COM EXCESSO – DANO MORAL CONFIGURADO – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO MUNICÍPIO – RESPONSABILIDADE PELOS ATOS QUE SEUS AGENTES CAUSEM A TERCEIROS – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – MANUTENÇÃO – RECURSOS IMPROVIDOS.

Restando configurado os requisitos que caracterizam o dano indenizável, quais sejam, conduta, nexo causal e resultado, impõe-se o dever de indenizar.

O Município responde pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, independente a existência de dolo ou culpa.

Em tema de indenização por dano moral, deve o julgador estipular um valor proporcional à lesão experimentada pela vítima, calcado na moderação e razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, sempre atento a realidade dos fatos e as peculiaridades de cada caso, evitando o enriquecimento sem causa.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 14 de setembro de 2010.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

José Márcio Bandeira e Município de Corumbá interpõem recurso de apelação contra sentença proferida pelo juízo da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Corumbá, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação de indenização por danos morais que lhes move Jessimara Alves Pinto, representada por sua mãe Antonia Alves Bastos, para o fim de condená-los solidariamente ao pagamento de R$ 4.000,00 (quatro mil reais), a título de indenização por danos morais.

O apelante José Márcio Bandeira, em suas razões recursais, alega, em síntese, que não ocorreu o alegado dano moral, haja vista que não praticou nenhuma conduta que lhe possa atribuir culpa, má-fé, bem como o dano sofrido, que justifique o arbitramento da indenização. Aduz que os depoimentos prestados são uníssonos em afirmar que não praticou nenhuma conduta ilícita, e se manteve calmo durante toda a operação para o qual foi requisitado.

Em relação ao *quantum* indenizatório, afirma que o valor arbitrado é exorbitante, uma vez que não avaliou corretamente a situação econômica da recorrida, sua condição social e seu modo de vida, de modo que se deve evitar o enriquecimento ilícito.

Ao final, requer a reforma da sentença para excluí-lo da condenação por danos morais, ou, alternativamente, reduzir o valor dos danos morais aplicados.

O Município de Corumbá, por sua vez, assevera em seu apelo que não há nos autos provas suficientes dos fatos ocorridos, bem como não há prova da lesão sofrida, uma vez que não foi anexado aos autos o laudo de exame de corpo de delito e, ainda, que não há nenhuma prova capaz de afirmar que exista ligação entre o suposto abalo sofrido pela recorrida e o Município.

Por fim, pleiteia a reforma da sentença, a fim de julgar improcedente o pedido inicial, ou, em não sendo esse o entendimento, a redução dos danos morais arbitrados.

A recorrida apresentou suas contrarrazões às f. 209-214, pugnando pelo improvimento dos recursos.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer (f. 219-225), opina pelo conhecimento e improvimento de ambos os recursos interpostos.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator)

Trata-se de ação de indenização por danos morais que Jessimara Alves Pinto, representado pela mãe Antonia Alves Bastos, move em face de José Márcio Bandeira e do Município de Corumbá.

Ao que se extrai dos autos, a autora ingressou em juízo com a presente ação indenizatória alegando que no dia 22.11.2008, encontrava-se em frente à Escola Municipal Cássio Leite de Barros, em Corumbá, na qual estuda, após ter sido encerrada antecipadamente uma feira de ciências que ali ocorria, por conta de um desentendimento havido entre os alunos, o que culminou com o chamamento da Guarda Municipal ao local, a pedido da diretora da escola.

Afirmou que ao chegar ao local, o requerido José Márcio Bandeira, na qualidade de agente da Guarda Municipal, aproximou-se da autora e a agrediu de forma física e verbal, ordenando que deixasse o local.

Narrou que após a ocorrência dos fatos, dirigiu-se até a delegacia local, onde prestou depoimento, lavrando-se o respectivo Boletim de Ocorrência.

Diante disso, requereu a condenação dos requeridos ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 110.000,00 (cento e dez mil reais).

Devidamente processado o feito, o juiz singular houve por bem acolher parcialmente a pretensão autoral, a fim de condenar os apelados solidariamente ao pagamento de R$ 4.000,00 (quatro mil reais), a título indenizatório.

Como relatado, ambas as partes requeridas interpuseram recurso apelatório, nos quais pugnam pela reforma da sentença para que seja julgado improcedente o pedido autoral, ou, ainda, seja reduzido o *quantum* indenizatório.

Analiso inicialmente o recurso interposto pelo requerido José Marcio Bandeira.

É cediço que em sede de responsabilidade civil extracontratual, em regra, toda atividade que acarreta um prejuízo – moral ou material –, gera o dever de indenizar, conforme preconiza a legislação civil pátria.

Determina o art. 186 do Código Civil que: *"Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."*

Já o *caput* do art. 927 do mesmo *codex* estabelece que: *"Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo."*

No caso em tela, em relação ao apelante José Márcio Bandeira, aplica-se a responsabilidade subjetiva, pela qual deve-se comprovar a culpa ou dolo, além do ato ilícito, o dano e o nexo causal entre um e outro.

Como é cediço, o nexo causal é a relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o resultado danoso. É por meio do seu exame que podemos concluir quem deu causa ao dano. Todavia, há excludentes da relação de causalidade, tais como o caso fortuito, a força maior e a culpa exclusiva da vítima. Presente qualquer uma dessas figuras, há o rompimento do nexo causal e, consequentemente, o dever de indenizar deixa de existir.

Vale salientar que a hipótese da culpa exclusiva da vítima não é tratada expressamente pelo Estatuto Civil, contudo, doutrina e jurisprudência consolidaram essa excludente de responsabilidade.

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

> A privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, classificando-os em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação, etc.); dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.); dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.), e dano moral puro (dor, tristeza, etc.) *(in* ***Rivista di Diritto Civile***, 1933, p. 55). (**Responsabilidade Civil**, p. 458, citado em TJMG, AC n. 2.0000.00.447202-2/000(1), Rel. Des. Viçoso Rodrigues, julgado em 2.12.2004).

No caso dos autos, alega o recorrente que não ocorreu qualquer conduta de sua parte que pudesse resultar no evento danoso, porém, compulsando-se as provas produzidas nos autos, em especial a prova testemunhal, verifica-se a presença de todos os requisitos necessários à configuração do dever de indenizar por parte do apelante José Márcio.

A testemunha Silvania Aguilhera Ximenes, ouvida em juízo, afirmou que:

> [...] Nesse mesmo momento viu que o Guarda Municipal Bandeira estava abordando a requerente e suas amigas, determinando em voz alta que todas se levantassem e deixassem o local. Então, a requerente olhou para o referido guarda, virando o pescoço para o lado, com 'ar de deboche', mas foi saindo. **Em razão da conduta da requerente o Guarda Municipal aumentou o tom de voz e de forma ríspida proferiu palavras de baixo calão, inclusive xingando as meninas de: 'biscatinhas'. O guarda Bandeira, ainda deu um tapa nas costas da requerente, deixando marcas aparentes. A requerente não disse nenhuma palavra ofensiva ao guarda, sendo que após ser agredida 'saiu chorando'**. [...]. (f. 130).

Deste modo, não resta dúvida quanto à forma excessiva com que agiu o agente público, extrapolando com seu dever, que é a preservação do patrimônio público, devendo por isso responder pelo dano causado à menor, ora recorrida, Jessimara.

Com relação ao *quantum* indenizatório, por se constituir em matéria levantada por ambos os apelantes, deixo para analisá-la adiante, em conjunto com o apelo deduzido pelo Município de Corumbá.

Passo a apreciar o recurso manejado pela Municipalidade.

Com efeito, o ato ilícito acima narrado, caracterizado e provado nos autos, praticado pelo primeiro recorrente - preposto do Município de Corumbá - gerou à este também o dever de indenizar, mediante aplicação das regras de responsabilidade civil objetiva regida pela Constituição Federal, na qual se prescinde de comprovação de culpa ou dolo, bastando a existência dos demais requisitos exigidos na responsabilidade subjetiva.

Dispõe o art. 37, § 6º, da Carta Magna que: *"As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."*

Tendo em vista que, conforme demonstrado na análise do recurso do primeiro recorrente estão presentes os requisitos da conduta, resultado e nexo causal, a responsabilidade do Município apelante em indenizar tais danos é incontroversa, pois deve assumir o risco advindo da má prestação do serviço público.

Como bem aquilatou o douto magistrado singular, *"verifica-se que no caso presente restou configurada responsabilidade objetiva do ente público, porquanto houve a conduta do agente estatal, o dano causado à requerente e o nexo de causalidade entre ambos os acontecimentos. Desta forma, é imperioso a procedência da pretensão indenizatória em face do Município."*

Acrescente-se, ainda, que apesar de não ter sido anexado aos autos o exame de corpo de delito, conforme alega o Município recorrente, no boletim de ocorrência de f. 16 consta que *"nesse momento apresenta vermelhidão no local atingido com tapas"*. Ou seja, foi de fácil constatação pela autoridade policial a agressão sofrida pela recorrida, uma vez que era visível.

Nesse particular, ainda, não se pode olvidar que o boletim de ocorrência goza de presunção de veracidade, só podendo ser ilidido por prova em contrário, o que no caso dos autos não ocorreu. A respeito, colha-se o seguinte precedente:

> INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS - RESPONSABILIDADE CIVIL - MUNICÍPIO - TEORIA OBJETIVA - RISCO ADMINISTRATIVO - ART. 37, § 6º, DA CF/88 – PROVA - BOLETIM DE OCORRÊNCIA - PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. O Município responde objetivamente pelos danos causados aos administrados, conforme preceito da CF 37, § 6º. Somente deixa de ser responsabilizado se demonstrar que o dano ocorreu por culpa exclusiva da vítima. **O Boletim de Ocorrência Policial goza de presunção de veracidade, devendo ser contestado por alegações que tenham o condão de ilidir essa presunção, e não por argumentos aleatórios**. Na hipótese de impugnação pelo réu, cabe ao mesmo o '*ônus probandi*'. A existência de animais nas vias públicas caracteriza negligência do Município, impondo-lhe o dever de indenizar os danos porventura decorrentes do mau uso de seu poder de polícia. Se antes da decisão, a vítima providencia os reparos do veículo, prevalece o valor do recibo de pagamento no valor do menor orçamento apresentado com a inicial. (AC n. 1.0000.00.272736-0, Rel. Des. Wander Marotta, DJ de 27.8.2002) [grifo nosso].

Assim sendo, como a responsabilidade civil do Município de Corumbá é objetiva, e decorre de atos praticados por seu agente, que no caso dos autos foram devidamente comprovados, restou devidamente comprovado o seu dever de indenizar.

No que se refere ao *quantum* indenizatório arbitrado pelo juízo monocrático à título de danos morais, pugnam os apelantes pela sua redução, ao argumento de que o valor é extremamente elevado, e que geraria enriquecimento ilícito.

Cumpre salientar que não há no ordenamento jurídico parâmetros legais rígidos para o valor a ser fixado nas indenizações por dano moral, sendo esta uma questão subjetiva que deve apenas obedecer a alguns critérios estabelecidos pela doutrina e pela jurisprudência, devendo constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante.

Carlos Alberto Bittar destaca a importância do caráter punitivo da indenização por danos morais, dizendo:

> [...] a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser a quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante. (Reparação civil por danos morais, 3ª. ed. ver., atual. e amp., **Revista dos Tribunais**, 1993, p. 233).

Sobre a matéria, esta Corte já decidiu que:

> DANO MORAL – CRITÉRIO PARA FIXAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO – PRUDENTE ARBÍTRIO DO JUIZ SEGUNDO O CASO CONCRETO.
>
> A fixação do valor da indenização por dano moral fica adstrita ao prudente arbítrio do juiz, que, segundo o caso concreto, fixará o valor correspondente, de modo a prestigiar, concomitantemente, o aspecto compensatório, que essa verba deve produzir em relação ao lesado, o qual deve ser aliado ao caráter sancionatório do lesante e ao inibitório dos demais integrantes da sociedade, sem, contudo, provocar o enriquecimento sem causa da vítima. (AC n. 2003.008512-2, Rel Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, DJ de 30.9.2003).

Rui Stoco, em sua obra Tratado de Responsabilidade Civil, Ed. **RT**, São Paulo, 2001, p. 1.030, traz algumas recomendações a serem seguidas pelo órgão judicante no arbitramento, para atingir a homogeneidade pecuniária na avaliação do dano moral. Veja-se:

> a) o Magistrado nunca deverá arbitrar a indenização tomando como base apenas as possibilidades do devedor;
>
> b) também não deverá o julgador fixar a indenização com base somente nas necessidades da vítima;
>
> c) não se deve impor uma indenização que ultrapasse a capacidade econômica do agente, levando-o à insolvência;
>
> d) a indenização não pode ser causa de ruína para quem paga, nem fonte de enriquecimento para quem recebe;
>
> e) deverá o julgador fixá-la buscando o equilíbrio através de critério eqüitativo e de prudência, segundo as posses do autor do dano e as necessidades da vítima e de acordo com a situação sócio-econômica de ambos;
>
> f) na indenização por dano moral o preço de afeição não pode superar o preço de mercado da própria coisa;
>
> g) não indenização por dano moral a quantia a ser fixada não pode ser absolutamente insignificante, mas servir para distrair e aplacar a dor do ofendido e dissuadir o autor da ofensa da prática de outros atentados, tendo em vista o seu caráter preventivo e repressivo;

> h) na fixação do valor do dano moral o julgador deverá ter em conta, ainda e notadamente, a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a sua posição social e política. Deverá, também, considerar a intensidade do dolo e o grau de culpa do agente.

Portanto, de se concluir que na quantificação do dano moral, deve o magistrado valer-se de critérios de razoabilidade, ou seja, deve-se considerar não só as condições econômicas do ofensor e do ofendido, mas o grau da ofensa e suas conseqüências, para que não se constitua a reparação do dano em fonte de enriquecimento ilícito para o ofendido, mantendo uma proporcionalidade entre causa e efeito.

A meu juízo, a quantia ora arbitrada pelo magistrado *a quo* atende satisfatoriamente ao critério da proporcionalidade que deve nortear o arbitramento do dano moral, além de ser perfeitamente possível de ser reparado pelos recorridos, compensando, inclusive, condignamente os tormentos sofridos pela autora, em razão dos dissabores causados pelo evento ocorrido.

Assentadas essas premissas, o improvimento dos recursos é medida que se impõe, por ter sido lançada em estrita consonância com o ordenamento jurídico pátrio.

Ante o exposto, com o parecer ministerial, conheço de ambos os recursos e nego-lhes provimento, mantendo-se inalterada a bem lançada sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS, COM PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rêmolo Letteriello.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Paschoal Carmello Leandro, Rêmolo Letteriello e Atapoã da Costa Feliz.

Campo Grande, 14 de setembro de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.021459-0 - Fátima do Sul
Quarta Turma Cível
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – EXIGÊNCIA DE HONORÁRIOS DE CORRETAGEM – APROXIMAÇÃO DOS INTERESSADOS – EFETIVA PARTICIPAÇÃO PARA A CONCRETIZAÇÃO DO NEGÓCIO – DESISTÊNCIA DO NEGÓCIO QUE NÃO EXIME O DIREITO À REMUNERAÇÃO – COMISSÃO DEVIDA – RECURSO IMPROVIDO.

"O direito do corretor à corretagem surge no momento em que se estabelece acordo entre as partes, ofertante e pretendente, sobre as condições do negócio, pouco importando sua real execução, pois a mediação não atinge a fase executória do contrato, e sim se conclui com o consenso dos pactuantes" (TJMS, AC n. 2007.025201-9, Rel. Des. Elpídio H. C. Martins, julgado em 19.2.2008).

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 27 de julho de 2010.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

O Espólio de Iveli Monteiro, inconformado com a sentença que rejeitou os embargos opostos à execução que lhe move Douglas Matos de Oliveira, interpõe apelação, aduzindo, em apertada síntese, que não há direito à remuneração, porque o contrato de corretagem é de resultado, e não de meio; que não basta que o compromisso de compra e venda seja assinado para que o corretor tenha direito à remuneração, é preciso que o negócio se efetive, e que não haja desistência; que entendimento diverso possibilitaria a ocorrência de fraudes.

Ao final, requer provimento ao recurso, para que seja reformada a sentença, acolhendo-se os embargos.

Contrarrazões pugnando pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta contra a sentença que rejeitou os embargos opostos por Espólio de Iveli Monteiro à execução que lhe move Douglas Matos de Oliveira.

Ao que se extrai dos autos, o exeqüente, ora apelado, ingressou em juízo com a ação executiva em apenso visando o recebimento de R$ 1.712,10 sacas de soja, de 60 quilos, devidas pela executada a título de corretagem, pela venda do imóvel rural de sua propriedade, conforme comprova documento de f. 8-11.

A executada, ora apelante, opôs embargos à execução, alegando, em síntese, que o compromisso de compra e venda firmado entre ele e a pessoa de Ademar Trein, em setembro de 2005, não se efetivou por desistência do promitente comprador, razão pela qual não seria devida a comissão de corretagem ao embargado, não obstante tenha assumido tal encargo.

Devidamente processado o feito, houve por bem o magistrado singular em rejeitar a pretensão da embargante, o que deu ensejo ao presente recurso.

Em suas razões recursais sustenta o recorrente que não há direito à remuneração, porque o contrato de corretagem é de resultado, e não de meio; que não basta que o compromisso de compra e venda seja assinado para que o corretor tenha direito a remuneração, é preciso que o negócio se efetive, e que não haja desistência; que entendimento diverso possibilitaria a ocorrência de fraudes.

Cinge-se a controvérsia em saber se o apelado faz jus ou não ao recebimento de honorários de corretagem devidos em razão da intermediação para a venda de imóvel rural de propriedade do apelado.

Com efeito, nos termos do art. 722 do Código Civil, contrato de corretagem é aquele pelo qual uma pessoa se obriga a obter para outra um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas e sem ligação direta em virtude de mandato, prestação de serviços ou qualquer tipo de relação de dependência. Em verdade, trata-se de um contrato que define uma obrigação de fazer, mediante o pagamento de uma remuneração.

Acerca do assunto, leciona o eminente Silvio de Salvo Venosa:

> Na corretagem, um agente comete a outrem o obtenção de um resultado útil de certo negócio. A conduta esperada é no sentido de que o corretor faça aproximação entre em terceiro e o comitente. A mediação é exaurida com a conclusão do negócio entre estes, graças à atividade do corretor. Quando discutimos a retribuição que o corretor faz jus, importante é exatamente fixar que a conclusão do negócio tenha decorrido exclusiva ou proeminentemente dessa aproximação. *(in* **Direito Civil,** 4. Ed., Ed. Atlas, p. 576).

Por outro lado, como é cediço, o contrato de corretagem é um negócio jurídico bilateral, acessório, oneroso, aleatório e consensual. Portanto, gera obrigações para ambos os contratantes, isto é, o corretor obriga-se a executar o encargo de buscar, de acordo com as instruções recebidas, e aproximar efetivamente terceiros interessados ao comitente para concretizar a convergência de vontade de ambos para a realização do negócio principal, ocasião em que o comitente remunerará ao corretor pelo seu trabalho.

É acessório porque sua própria existência aponta no sentido da celebração de um outro contrato, a ser firmado posteriormente pelo comitente (que contratou inicialmente com o corretor) e pelo terceiro interessado (que foi identificado e efetivamente aproximado pelo corretor ao comitente). No entanto, haverá casos em que o contrato de corretagem subsistirá mesmo que o negócio almejado não se conclua.

Ainda, é oneroso, porque tanto o corretor como o comitente auferem vantagens ou benefícios patrimoniais em razão deste acordo.

Outrossim, verifica-se que é aleatório, já que o corretor corre o risco de nada receber, nem obter o reembolso das despesas da celebração. São os casos em que o direito do corretor e a obrigação do comitente dependerão da conclusão do negócio principal, isto é, de um evento futuro e incerto.

Por fim, o contrato de corretagem também se classifica como um instrumento consensual porque se forma pelo simples acordo de vontades das partes. Em conseqüência, vige a liberdade de forma, podendo, até mesmo, ser firmado verbalmente.

No caso em comento as provas dos autos não deixam margem de dúvida quanto ao fato de que o apelado foi efetivamente contratado pelo apelante para intermediar a venda de seu imóvel rural denominado "Fazenda Rancho T Barra", situado na comarca de Ponta Porã-MS, conforme documento trazido às f. 8-11 dos autos em apenso.

De igual modo, restou devidamente comprovado que em virtude da mediação exercida pelo apelado, foi realizado um "contrato particular de compromisso de compra e venda" entre as pessoas de Ademar Trein, na qualidade de promitente comprador, e Iveli Monteiro, ora apelante, na qualidade de promitente vendedora, consoante mencionado documento.

Ainda, de acordo com a alegação trazida pela embargante/apelante, o negócio jurídico realizado entre as partes não teria se consumado em razão da desistência exercida pelo comprador.

Ocorre, todavia, que, como bem vislumbrou o douto magistrado prolator do *decisum*, *"ambos os negócios, o de venda e compra de terras, e o de corretagem, foram feitos de forma irretratável e irrevogável, e com multa para o caso de atraso. Assim, apesar de se tratar de compromisso de compra e venda e não de contrato de compra e venda, e apesar de ser necessário ao corretor continuar prestando seu serviço até a efetiva conclusão do negócio, não houve qualquer negligência atribuída ao embargado. Desse modo, pouco importa se o contrato foi prévio: o definitivo era obrigatório e a parte embargante deveria executar o contrato contra o terceiro comprador do imóvel. Se preferiu agir de modo diverso, não pode transferir ao embargado conseqüências de seu ato unilateral."*

Verifica-se, portanto, que em razão da aproximação promovida pelo apelado, a apelante e o promitente comprador efetivamente firmaram um contrato particular de compra e venda (f. 8-11), onde estabeleceram todos os elementos essenciais ao negócio, de forma que não há como se negar que o negócio jurídico se consumou, sendo certo que a desistência efetivada pelo comprador não pode prejudicar o direito à remuneração do corretor-apelado, já que a esta altura seu trabalho já havia se encerrado.

A respeito dispõe o art. 725 do Código Civil que:

> Art. 725. A remuneração é devida ao corretor uma vez que tenha conseguido o resultado previsto no contrato de mediação, ou ainda que este não se efetive em virtude de arrependimento das partes. (sublinhei).

Comentando o mencionado dispositivo, elucida a professora Maria Helena Diniz, em sua obra **Código Civil Anotado**, 10. Ed., ed. Saraiva, p. 519:

> **Comissão e arrependimento das partes**. O corretor tem direito à remuneração se aproximou as partes e elas concordaram no negócio, mesmo que, posteriormente, se modifiquem as condições ou o negócio venha a ser rescindido ou desfeito, inclusive por arrependimento de qualquer dos contratantes [...]. Tal se dá porque o acordo, feito com a intermediação do corretor, já estava efetivado, antes da mencionada desistência. (sublinhei).

Em outras palavras, se restou devidamente demonstrado que a mediação realizada pelo apelado levou à conclusão do negócio, que apenas não se efetivou por arrependimento da parte compradora, e não por culpa do recorrido, entendo que indiscutível se torna o direito deste, na qualidade de corretor, ser recompensado pelo trabalho exercido.

Nesse sentido, veja-se que ao analisar situação análoga à ora debatida nos autos, esta 4ª Turma Cível teve oportunidade de se pronunciar:

> CONTRATO DE CORRETAGEM – APROXIMAÇÃO DAS PARTES – CONCRETIZAÇÃO DO NEGÓCIO – POSTERIOR DESFAZIMENTO – COMISSÃO DEVIDA – SENTENÇA MANTIDA.
>
> **O direito do corretor à corretagem surge no momento em que se estabelece acordo entre as partes, ofertante e pretendente, sobre as condições do negócio, pouco importando sua real execução, pois a mediação não atinge a fase executória do contrato, e sim se conclui com o consenso dos pactuantes**. (AC n. 2007.025201-9, Rel. Des. Elpídio H. C. Martins, julgado em 19.2.2008).

Colha-se, ainda, os seguintes precedentes jurisprudenciais:

> AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA – CORRETAGEM – APROXIMAÇÃO DOS INTERESSADOS – EFETIVA PARTICIPAÇÃO PARA A CONCRETIZAÇÃO DO NEGÓCIO – DESFAZIMENTO DO NEGÓCIO QUE NÃO EXIME A REMUNERAÇÃO – COMISSÃO DEVIDA – RECURSO IMPROVIDO.
>
> Na corretagem o mediador promove a aproximação de um terceiro e o comitente, fazendo jus à remuneração, desde que a conclusão do negócio tenha decorrido exclusivamente dessa aproximação. **A frustração do negócio, decorrente de outras razões, que não por culpa dos mediadores, não exime que esses, na qualidade de mediadores, devam ser recompensados por seu trabalho**. (TJMS, AC n. 2002.007486-1, Segunda Turma Cível, Relª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, julgado em03.10.2006).
>
> Em caso de corretagem de imóvel, havendo por parte da corretora indiscutível intermediação, através da aproximação de comprador e vendedor, efetivamente útil à consecução do negócio realizado, faz ela jus à comissão almejada, desinfluente se a compra e venda foi posteriormente desfeita, sem culpa sua. (TJMG, 2.0000.00.363791-2, Rel. Des. Vieira de Brito, julgado em 8.8.2002, DJ de 21.8.2002).

Destarte, nada há no julgado que seja merecedor de reparos, umavez que lançado em estrita consonância com o ordenamento jurídico pátrio.

Ante o exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento, mantendo-se intacta a bem lançada sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Paschoal Carmello Leandro, Dorival Renato Pavan e Rêmolo Letteriello.

Campo Grande, 27 de julho de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.017103-2 - Corumbá
Quarta Turma Cível
Relator Des. Rêmolo Letteriello

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – QUEDA DE ÁRVORE SOBRE CARRO ESTACIONADO – VENDA DE SORVETE CASEIRO – INFORMALIDADE – ATIVIDADE LABORAL E *QUANTUM* PERCEBIDO MENSALMENTE – COMPROVADOS – LUCROS CESSANTES – CABIMENTO – TERMO FINAL – ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES PROFISSIONAIS – RECURSO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

Os lucros cessantes para serem indenizáveis devem ser fundados em base segura, de modo a não compreender os lucros imaginários ou fantásticos.

O termo final dos lucros cessantes, não poderá ser o da data da sentença, uma vez que destoará em muito da ponderação e da proporcionalidade, ensejando indenização que ultrapassa os limites da razoabilidade, motivo pelo qual se fixa a data em que a autora afirma ter mudado de localidade e, por conseguinte, deixado de realizar o trabalho, anteriormente, exercido, de venda de sorvete caseiro nas escolas.

EMENTA - RECURSO ADESIVO – CONDIÇÕES FITOSSANITÁRIAS PRECÁRIAS – NEGLIGÊNCIA DO MUNICÍPIO – INDENIZAÇÃO DEVIDA – PERDA TOTAL DO VEÍCULO – COMPROVAÇÃO PELAS PROVAS PRODUZIDAS NOS AUTOS – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO MANTIDO – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – RECURSO IMPROVIDO.

O município que, descurando de seu dever de averiguar a situação das árvores localizadas nos logradouros públicos para, na hipótese de constatar algum problema, tratá-las ou, se aquelas não tiverem solução, cortá-las, deixa de suprimir árvores prestes a cair, tem o dever de ressarcir os prejuízos sofridos pelo proprietário do automóvel sobre o qual elas venha a cair.

Não tendo o município réu contestado a idoneidade das provas no momento oportuno, inviável em sede de apelo almejar a modificação do julgado com simples alegações desprovidas de qualquer prova hábil a contrapor as anteriormente produzidas.

A correção monetária, por pretender a recomposição do valor da moeda, deve incidir sobre as perdas e danos (dano material e lucros cessantes) a partir da data do evento.

Os juros de mora em ações advindas de ilícito contratual devem incidir a contar da citação.

Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e com o parecer, dar parcial provimento ao recurso de Glória Monteiro da Silva e negar provimento ao recurso do Município de Corumbá, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 3 de agosto de 2010.

Des. Rêmolo Letteriello – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello

Glória Monteiro da Silva, inconformada com a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nos autos da ação de indenização ajuizada em desfavor do Município de Corumbá-MS, em trâmite pela 3ª Vara Cível da Comarca de Corumbá-MS, interpõe recurso de apelação, aduzindo que comprovou o seu mister na fabricação de sorvetes caseiros, inclusive, fazendo prova de que os vendia em escolas e em casas de populares. Alega que faz jus aos lucros cessantes no equivalente a 3,46 salários-mínimos vigentes à época do sinistro, com a devida correção monetária e juros de 1% ao mês.

O apelado, em contrarrazões, pugna pelo improvimento do recurso.

Contra o *decisum,* recorre adesivamente o Município de Corumbá-MS. Assenta que a apelada não comprovou as más condições da árvore, ou seja, o seu estado fitossanitário. Afirma que as conclusões do policial militar em admitir que o veículo teve perda total não podem prosperar, uma vez que não detém conhecimento técnico para tal avaliação, motivo pelo qual deveria ser realizado uma perícia judicial para comprovação desse fato. Assim, requer seja dado provimento à presente apelação, reconhecendo-se a improcedência da pretensão inicial.

A apelada, em contrarrazões, roga pela manutenção da decisão recorrida.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça ofertou o parecer de f. 247-259, opinando pelo conhecimento e provimento parcial do apelo interposto por Glória Monteiro da Silva e, pelo conhecimento e improvimento do recurso do Município de Corumbá-MS.

VOTO

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello (Relator)

Trata-se de recursos interpostos contra a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nos autos da ação de indenização ajuizada por Glória Monteiro da Silva em desfavor do Município de Corumbá-MS.

Transparece da análise dos autos que no dia 17 de fevereiro do ano de 2005, por volta das 13h45m, o veículo placas HRH 5792, marca/modelo Fiat Uno Mille EP, de propriedade de Glória Monteiro da Silva, estacionado na Rua Delamare, 1373, Centro, no município de Corumbá-MS, foi atingido por um galho da árvore centenária, espécie "Flamboyant", vindo a causar perda total no referido veículo.

Tal realidade encontra-se refletida no Boletim de f. 12: [...] *Sendo que chegamos no local e constatamos que uma parte de um galho da árvore tinha caído sobre os 3 (três) veículos que na rua citada estavam estacionados. [...] Que da queda do galho da árvore, resultou em danos materias nos três veículos. [...]* e, demais documentos juntados às f. 13-28.

RECURSO DE GLÓRIA MONTEIRO DA SILVA

Insurge-se afirmando que comprovou o seu trabalho na fabricação e venda de sorvetes caseiros, inclusive, fazendo prova de que os vendia em escolas e em casas de populares.

Alega que faz jus aos lucros cessantes no equivalente a 3,46 salários mínimos vigentes à época do sinistro, com a devida correção monetária e juros de 1% ao mês.

A irresignação merece prosperar em parte.

Quando do julgamento da Apelação Cível n. 2007.020786-3, na condição de relator, proferi voto no sentido de tornar insubsistente a sentença recorrida, para o fim de reconhecer o cerceamento imposto ao exercício do direito de defesa da apelante, sendo, por unanimidade, acompanhado pelos integrantes da 4ª Turma Cível deste Sodalício, senão vejamos os termos (f. 120-122 TJ/MS):

> [...] A simples leitura da peça inicial aclara que com a oitiva das testemunhas apontadas ás f. 5 pretendia a apelante evidenciar que em razão do sinistro ocorrido, deixou de obter o lucro comumente auferido com o exercício de sua atividade laboral, qual seja, a venda de sorvetes caseiros: "A requerente trabalha com a fabricação de sorvetes caseiros, que vende em escolas, dependendo totalmente do veículo sinistrado para transportar seus produtos, sendo que a perda do mesmo lhe trouxe prejuízos de considerável monta, pois, deixando de fazer as vendas, deixou de auferir os lucros advindos do negócio, que a ajudavam na renda familiar, devendo, para os efeitos legais da indenização, ser calculado o valor diário de R$ 40,00 (quarenta reais), que é o que ganhava diariamente com as vendas dos sorvetes, perfazendo mensalmente R$ 1.040,00 (um mil e quarenta reais).
>
> Verifico que o lucro diário por ela apontado equivale a R$ 40,00 (quarenta reais)
>
> Todavia, conforme restou reconhecido na peça exordial, a recorrente não emitia recibos ou notas fiscais relativos às relações negociais mantidas, conjectura que obviamente tornaria imperiosa a oitiva das testemunhas para que viesse a ser demonstrado o valor devido a título da indenização almejada".[...]

Nessa vertente, caberia à autora, ora apelante o ônus de comprovar o exercício de sua atividade laboral, assim como o *quantum* percebido mensalmente. No seu depoimento pessoal afirmou que *"[...] vendia sorvetes nas escolas durante o recreio; ia com o carro um pouco antes e levava a mercadoria no isopor; com essa atividade, tinha uma renda diária em torno de R$ 42,00 ou R$ 45,00, sendo que o lucro era em torno de 70 a 75%; nos fins de semana, fazia torta e pavê por encomenda e tinha uma renda de cerca de R$ 90,00, sendo que a margem de lucro era praticamente a mesma. [...]"* (f. 132)

A testemunha André Luiz Ibanez no depoimento de f. 133 sustentou que *"no dia dos fatos a autora tinha ido até a minha casa realizar a entrega de uma encomenda; conheci a autora lá da escola dos meus filhos, onde ela vendia sorvete e torta, inclusive por encomenda [...]."* Da mesma forma, a testemunha Márcia Regina Mendes Padilha, convivente de André Luiz asseverou (f. 134): *"[...] a autora tinha ido até a minha casa para realizar uma encomenda; conheci a autora porque ela vendia sorvete na escola das minhas filhas durante o recreio.[...]*

E a testemunha Gladys Sanchez Campos alegou que *"[...] conheço a autora porque ela vendia sorvete no Sesi, onde a minha netinha estudava, isso por volta de fim de 2004 até 2005, quando aconteceu o acidente com o carro dela; a autora também vendia comida sob encomenda. [...].*

Disso tudo emerge cristalino que a autora, ora apelante comprovou a atividade econômica exercida à época dos fatos, qual seja, vendia sorvete caseiro nas escolas na hora do recreio, além de entregar por encomenda, outros tipos de comida (torta, pavê, etc.); no entanto, deixou de produzir provas hábeis a atestar qual seria o seu ganho mensal, uma vez que nenhuma testemunha ouvida em juízo esclareceu o quanto percebido pela recorrente com seu labor.

A respeito da questão em pauta, o Procurador-Geral de Justiça em seu parecer de f. 254-255, bem elucidou-a, motivo pelo qual as utilizo como razões de decidir, *verbis:*

> [...] a ausência de prova objetiva quanto ao efetivo valor que a Apelante deixou de ganhar com a venda de sorvetes e outros alimentos, deve ser considerada junto ao fato de que a Recorrente era uma simples vendedora ambulante que sobrevivia as custas de alimentos que produzia em sua residência e vendia em porta de escolas ou diretamente na residência de clientes, o que lhe gerava uma pequena renda destinada ao seu sustento e ao investimento no próprio negócio, o que, de certa forma, justifica a ausência de notas fiscais, recibos, movimentação de contas bancárias, etc. Não se pode comparar a Apelante, uma simples vendedora de pequenas quantidades de alimentos de reduzido custo, com um verdadeiro empresário. A ela não se pode exigir provas cuja produção lhe é inviável. O artigo 402 do Código Civil prevê indenização para o que o lesado razoavelmente deixou de lucrar. A razoabilidade mencionada deve ser interpretada em conjunto com as condições sociais ora apresentadas, que espelham a dificuldade da efetiva demonstração do valor que se deixou de ganhar. Por esse prisma, temos como incontroversos o dever de indenização dos lucros cessantes no caso em exame, o qual, pela manifesta impossibilidade de demonstração, devem ser arbitrados pelo d. Desembargador em valor que não configure a ameaça à segurança jurídica e que, ao mesmo tempo, se revele razoável à atividade exercida pela Apelante, aos lucros percebidos e ao valor médio mensal de sua subsistência, o que, a nosso ver, seria bem representado por cifra equivalente a um salário-mínimo mensal. [...]

Assim sendo, *data vênia* o entendimento exarado pelo sentenciante, entendo que os lucros cessantes devem ser fixados em um salário-mínimo mensal, vigente à época dos fatos como bem averbado pelo *parquet* estadual e, não, em 3,46 S/M como quer a apelante, uma vez que não comprovado tal ganho pelas testemunhas e demais documentos colacionados aos autos.

Quanto ao período, partindo da análise das peculiaridades reinantes nestes autos, possível é se aferir que o termo final dos lucros cessantes, não poderá ser o da data da sentença, uma vez que destoará em muito da ponderação e da proporcionalidade, ensejando indenização que ultrapassa os limites da razoabilidade.

Com efeito, extrai-se da doutrina de Sérgio Cavalieri Filho (*in* **Programa de Responsabilidade Civil** – 7. ed. p. 72-73) que:

> Consiste o lucro cessante na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima. Pode decorrer não só da paralização da atividade lucrativa ou produtiva da vítima, como, por exemplo, a cessação dos rendimentos que alguém já vinha obtendo da sua profissão, como, também, da frustração daquilo que era razoavelmente esperado. O cuidado que o juiz deve ter neste ponto é para não confundir lucro cessante com lucro imaginário, simplesmente hipotético ou dano remoto, que seria apenas a conseqüência indireta ou mediata do ato ilícito. Razoável é aquilo que o bom-senso diz que o credor lucraria, apurado segundo um juízo de probabilidade, de acordo com o normal desenrolar dos fatos. Não pode ser algo meramente hipotético, imaginário, porque tem que ter base numa situação fática concreta.

Aliás, esse entendimento já vinha sendo preconizado pela doutrina mais tradicional de Washington de Barros Monteiro, ao asseverar que:

> O lucro cessante é o que ele razoavelmente deixou de aferir, em virtude do inadimplemento do devedor [...], Não pode o Juiz tomar em consideração simples valor afetivo. Referentemente, aos lucros cessantes, porém, não serão atendidos se não são ao menos plausíveis ou verossímeis. Não se levam em conta, benefícios ou interesses hipotéticos, porquanto estes, pela sua própria natureza, não admitem direta comprovação, tendo-se, pois, como inexistentes em direito [...] (*in* **Curso de Direito Civil** - Editora Saraiva - 1965, p. 366).

No caso concreto, a autora em seu depoimento afirmou que *"[...] fiquei em Corumbá até o fim do ano de 2005 e depois fui para Campo Grande morar com a minha mãe, pois a situação estava difícil. [...]"*, portanto, no meu sentir, os lucros cessantes são cabíveis da data do evento (17.2.2005) até o mês de dezembro de 2005, momento em

que a autora, ora apelante encerrou suas atividades no município de Corumbá/MS, não havendo porque se estender a indenização até a data da prolatação da sentença, eis que o lucro cessante não pode consubstanciar valor imaginário, hipotético, mas representa na literalidade das disposições dos art 402 e 403 do Código Civil apenas *"o que razoavelmente deixou de lucrar"* como decorrência direta e imediata do ato danoso.

Nesse contexto, os lucros cessantes devem limitar-se à data de encerramento das atividades da apelante (dezembro de 2005), já que depois deste termo, não mais se pode aferir a repercussão do evento danoso na projeção financeira do novo negócio exercido pela apelante em Campo Grande.

RECURSO ADESIVO DO MUNICÍPIO DE CORUMBÁ/MS.

A irresignação do município apelante reside no fato de a apelada não ter comprovado as más condições da árvore, ou seja, o seu estado fitossanitário.

Com amparo nesta informação, busca o recorrente demonstrar a imperatividade de caso fortuito, o que eliminaria qualquer indício de sua responsabilidade (queda do ganho da árvore em virtude do clima chuvoso).

A insurgência não prospera.

Os autos estão repletos de provas aptas a aclarar a reprovável conduta assumida pelo Município de Corumbá-MS, que notoriamente não tomou ou demorou a tomar os cuidados necessários com a conservação e/ou supressão das árvores localizadas na região central da referida cidade. (f. 13; 22-23; 25-26 e 85-92)

A notícia veiculada em Jornal Local, no dia 28.04.2005, após o evento, esclarece que: *"[...] biólogos SEMAC já detectaram cerca de 100 árvores da espécie flamboyant, que estão condenadas, além de pés de sete copas, coqueiros e outras. [...]* (f. 25); *"[...] a Prefeitura Municipal de Corumbá através da Secretaria Municipal de Meio Ambiente estará iniciando a supressão dos vegetais que se encontram com risco iminente de queda. [...] (f. 88)"*

Carlos Roberto Gonçalves (Responsabilidade Civil (p. 146)) transcreve os ensinamentos de José Cretella Júnior acerca da responsabilidade da Administração Pública pelos prejuízos causados em razão de sua inação:

> Não apenas a ação produz danos. Omitindo-se, o agente público também pode causar prejuízos ao administrado e à própria administração. A omissão configura a culpa '*in omittendo*' 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. Nem como o '*bonus pater familiae*' nem como o *'bonus administrator'*. Em todos os casos, culpa, ligada à idéia de inação, física ou mental (**Tratado de Direito Administrativo**, p. 210).

Impende considerar ainda que, para a responsabilização subjetiva do Estado por ato omissivo, *"é necessário, que o Estado haja incorrido em ilicitude, por não ter acorrido para impedir o dano ou por haver sido insuficiente neste mister, em razão de comportamento inferior ao padrão legal exigível"* (Celso Antônio Bandeira de Mello, **Curso de Direito Administrativo**, Malheiros Editores, São Paulo: 2002, p. 855).

Logo, se caracteriza como inconcebível a opção recorrente pela busca de subterfúgios ao fiel cumprimento de seu dever.

Ao apelante caberia a ilustração de que embora tivesse tomado todos os cuidados básicos para que fosse evitado o acontecimento verificado, o fato de a chuva ocorrida não ter se amoldado aos padrões comuns, tornou improfícua a sua conduta.

No entanto, de forma manifestamente inconsistente, limita-se a salientar que a chuva, por si só, causou os prejuízos indicados, sem contudo, aclarar que exercera satisfatoriamente o controle fitossanitário da arborização pública.

Ora, não há como negar que o referido fator natural somente desencadeou os efeitos acarretados pela ausência de conservação da arborização pública, o que torna irrefragável a imperiosidade de que venha o Município a ser responsabilizado pela reparação dos danos relatados nos autos.

Portanto, competia à Administração o ônus de provar situação que elidisse sua responsabilidade, e não o fez. Inexistiu comprovação de que o acidente se deu por fato da natureza, caracterizado por caso fortuito ou força maior ou, ainda, que se devesse por culpa exclusiva da autora.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul ao julgar um caso análogo ao examinado (AC n. 70008587578, do qual foi relator o Desembargador Jorge Alberto Schreiner Pestana), desta forma se manifestou:

> [...] é dever do mesmo o cuidado com a conservação e manutenção referente à arborização e o plantio de árvores nas áreas públicas. Era dever do ente público, a efetiva comprovação acerca da ocorrência de caso fortuito no caso em tela, o que não ocorreu, tendo o Município apelante feito apenas meras alegações, não comprovando absolutamente nada. No sentido da responsabilização do Poder Público pela queda de árvores, e o dever de indenizar eventuais prejuízos, é entendimento deste Tribunal: EMENTA: ACAO DE RESSARCIMENTO. QUEDA DE ARVORES. RESPONSABILIDADE DO MUNICIPIO. MESMO QUE EM RAZAO DE TEMPORAL O PINHEIRO TENHA CAIDO E CAUSADO PREJUIZOS AOS AUTORES, A PROVA TESTEMUNHAL E UNISSONA EM AFIRMAR QUE OS DANOS SOMENTE SE DERAM POR OMISSAO DO MUNICIPIO, CARACTERIZADA A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA ADMINISTRACAO PUBLICA. NEGARAM PROVIMENTO. UNANIME. (TARS, AC n. 197101439, Quinta Câmara Cível, Rel. Rui Portanova, julgado em 19.3.1998).

Ainda, nesse sentido:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. QUEDA DE ÁRVORE SOBRE RESIDÊNCIA. EVENTO DA NATUREZA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR. AFASTADA. NOTIFICAÇÃO REALIZADA PELOS MORADORES. PREVISIBILIDADE DO DANO. CULPA DO MUNICÍPIO VERIFICADA. DANOS MATERIAIS COMPROVADOS RECURSO IMPROVIDO. A responsabilidade civil da Administração Pública, por ato omissivo, é do tipo subjetiva. Assim, caberá ao particular que sofreu o dano decorrente de ato de terceiro (não agente público), ou de evento da natureza, provar que a atuação normal da Administração teria sido suficiente para evitar o dano por ele sofrido. A culpa é aferida mediante a prova de que o serviço não funcionou, funcionou tardiamente ou foi ineficiente, bem como pela demonstração de que houve cientificação do ente estatal para que tomasse as medidas necessárias. A ocorrência de tempestade não configura caso fortuito ou força maior se provado que poderia o ente estatal ter evitado o dano por meio da adequada prestação do serviço público, notadamente quando cientificado pelos moradores da residência quanto à situação degenerativa da árvore, desaparecendo, nesse caso, o requisito da imprevisibilidade. Devidamente comprovados os danos materiais suportados pelo lesado, a reparação deles incumbe àquele que deu causa ao evento danoso, nos termos do art. 927 do CC. (TJMS, AC n. 2009.000216-6, Campo Grande, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, DJ de 19.3.2009, p. 14).

Em outra insurgência, afirma que as conclusões do policial militar em admitir que o veículo teve perda total não podem prosperar, uma vez que não detém conhecimento técnico para tal avaliação, motivo pelo qual deveria ser realizado uma perícia judicial para comprovação desse fato.

Mostra-se incabível a tese supra sustentada somente em sede de apelo, vez que tenta contraditar os argumentos utilizados pelo sentenciante, sem ao menos ter produzido qualquer prova que pudesse desconstituir o direito alegado pela autora da demanda. Frisa-se ainda que, durante a instrução probatória, o recorrente não insistiu na realização da referida prova pericial, a fim de desconstituir o alegado pela autora, qual seja, a perda total no veículo de propriedade da autora.

Destarte, basta uma detida análise dos recortes de jornais acostados aos autos para perceber que o veículo da apelada ficou totalmente destruído, vez que o galho da árvore caiu justamente na "coluna central" do veículo e, para perda total de qualquer veículo, não basta, tão-somente, como quer entender o município, que tenha ocorrido danos de grande monta no motor, pois existem outras partes do veículo que prejudicam e tornam inoperante o uso do bem móvel.

Corroborando tal fato, existe o documento de f. 8, atestando que o veículo foi vendido como sucata pelo preço de R$ 1.000,00 e, o boletim de ocorrência de acidente de trânsito de f. 12-v, confirmando a perda total.

Conseqüentemente, não tendo o município réu contestado a idoneidade das provas no momento oportuno, inviável em sede de apelo almejar a modificação do julgado com simples alegações desprovidas de qualquer prova hábil a contrapor as anteriormente produzidas.

Assim, os critérios adotados pelo magistrado de instância singela revelaram-se corretos, o que tornou subserviente ao princípio da razoabilidade a verba indenizatória arbitrada no preço do veículo à época do sinistro, qual seja, R$ 8.765,00, que sequer foi contraditado pelo município recorrente.

Finalmente, quanto a distribuição da sucumbência, após a reforma aqui ocorrida e, em casos de tal jaez, prevalece o critério numérico esposado pelo STJ (REsp. n. 680.298-RS, DJ de 17.3.2005), apurando-se a quantidade de pedidos concedidos em contraste com aqueles denegados. Aferida tal valoração, no limite da parcial procedência derrocaram ambas as partes, razão pela qual imputo a sucumbência do Município em 60% e da parte autora em 40%, mantida, no mais, a sentença recorrida.

Ante as razões delineadas, despiciendas tornam-se maiores considerações.

Em face do exposto, com o parecer, conheço de ambos os recursos, negando provimento ao recurso adesivo do Município de Corumbá/MS e, dando parcial provimento ao apelo de Glória Monteiro da Silva, a fim de arbitrar os lucros cessantes em um salário-mínimo mensal, a contar da data do sinistro com prazo final no mês de dezembro de 2005, corrigido monetariamente pelo IGP-M/FGV e juros de mora de 1%, com incidência a partir da citação, mantida, no mais, a decisão recorrida.

Com alicerce na norma contida no *caput* do artigo 21 do Código de Processo Civil, reconheço a sucumbência recíproca das partes, estipulando a divisão das despesas processuais e da verba honorária na proporção de 60% (sessenta por cento) para o Município e 40 % (quarenta por cento) para a autora.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DE GLÓRIA MONTEIRO DA SILVA E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DO MUNICÍPIO DE CORUMBÁ, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rêmolo Letteriello.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Rêmolo Letteriello, Atapoã da Costa Feliz e Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 3 de agosto de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.018656-9 - Ponta Porã
Quarta Turma Cível
Relator Des. Rêmolo Letteriello

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REIVIDICATÓRIA – PRELIMINAR – NULIDADE DO DECISUM – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – CERCEAMENTO DE DEFESA – AFASTADA – MÉRITO – PROVA DA PROPRIEDADE DO BEM PELO AUTOR – POSSE INJUSTA DO RÉU – INDIVIDUALIZAÇÃO DA ÁREA – OCUPAÇÃO INDEVIDA – CARACTERIZADA – CONDENAÇÃO EM LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – NÃO DEMONSTRADA A PRÁTICA DE CONDUTA ILÍCITA – RECURSO IMPROVIDO.

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.

Comprovado ser o autor o único proprietário da área objeto do litígio, tendo o domínio sobre o imóvel, devidamente individualizado e não comprovando o réu a justa causa na sua posse, presentes estão os pressupostos autorizadores da ação reivindicatória, restando patente e clara a invasão da área.

Não há que se falar em litigância de má-fé quando não verificada a prática de nenhuma das condutas previstas no art. 17 do CPC, capaz de causar danos processuais à parte adversa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 20 de julho de 2010.

Des. Rêmolo Letteriello – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello

Carlos Martins Espinoza, inconformado com a sentença prolatada pelo Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Ponta Porã-MS, que julgou procedentes os pedidos formulados nos autos da ação reivindicatória que lhe move Luis Henrique Adelino, interpõe recurso de apelação, aduzindo, preliminarmente, pela nulidade do *decisum* por cerceamento do direito de defesa ante o julgamento antecipado da lide, já que o depoimento pessoal do recorrido e a oitiva de testemunhas era de fundamental importância para a concretização da prestação jurisdicional. No tocante ao mérito, alega que restou comprovada a existência do negócio de compra e venda entre a mãe do apelante e o apelado, motivo pelo qual o pedido inaugural deve ser julgado improcedente.

O apelado, em contrarrazões, suscita, preliminarmente, pela condenação do apelante nas penas por litigância de má-fé por manejar recurso manifestamente protelatório. No mérito, pugna pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello (Relator)

Trata-se de recurso interposto contra a sentença que julgou procedente o pedido formulado nos autos da ação reivindicatória ajuizada por Luis Henrique Adelino em face de Carlos Martins Espinoza.

Analiso, inicialmente, a preliminar suscitada pelo recorrente.

Argumenta ser nulo o *decisum,* ante o cerceamento do direito de defesa, já que o depoimento pessoal do recorrido e a oitiva de testemunhas era de fundamental importância para a concretização da prestação jurisdicional.

Observa-se, que na audiência de conciliação realizada em 17.6.2009, o apelante insistiu na oitiva das testemunhas Cecília e Reinaldo, ausentes por motivo de saúde e, não requereu o depoimento pessoal do recorrido; no entanto, à f. 106, atravessou petição assumindo a responsabilidade de levar as testemunhas à audiência designada para o dia 26.8.2009, independentemente de intimação.

Quando da realização da audiência, supramencionada, constatou-se a ausência das testemunhas que seriam ouvidas pelo autor da demanda, cuja responsabilidade de levá-las, restou assumida pelo próprio requerente, ora apelante.

Diante de tal circunstância, decidiu o juiz *a quo,* pelo encerramento da fase instrutória, ante a presunção de desinteresse na produção da referida prova, passando a palavra para as partes fazerem suas alegações finais. (f. 107)

Extraí-se ainda que, ao encerrar a fase instrutória, não foi requerida pelas partes a produção de outras provas (depoimento do recorrido, prova pericial, etc.), operando-se, assim, a preclusão consumativa.

O princípio do contraditório e da ampla defesa, imperativo constitucional, deve ser observado no processo civil e para que tenha efetividade, deve o magistrado permitir que as partes, em igualdade de condições, possam apresentar cada qual a sua defesa, com as provas de que dispõem, em prol do direito de que se julgam titulares.

Se a parte apelante, não cumpriu a obrigação assumida em juízo, de levar as testemunhas arroladas, independentemente, de intimação à audiência e, deixa de insurgir no momento apropriado pela produção de outras provas (encerramento da fase instrutória), evidente que não pode em sede de apelo, suscitar a preliminar de cerceamento de defesa ante o julgamento antecipado da lide por falta, justamente, do depoimento do recorrido e da oitiva das duas testemunhas que firmou em juízo que compareceriam em audiência, sem necessidade, de intimação.

Em sendo assim, não é nula a sentença quando o juiz deu as especificações dos fatos e a razão de seu convencimento, havendo decidido dentro dos limites da lide levando em conta todo o conjunto probatório.

Desprezo, assim, a indigitada preliminar.

Passo a apreciação do mérito.

Insurge-se afirmando que restou comprovada a existência do negócio jurídico de compra e venda entre a mãe do apelante e o apelado, motivo pelo qual o pedido inaugural deve ser julgado improcedente.

A irresignação não merece prosperar.

Sabe-se que a ação reivindicatória tem por escopo garantir a propriedade àquele que possui o domínio da coisa em litígio.

Isto porque, como é consabido, o autor da ação reivindicatória, proprietário e não possuidor detém o direito de mover a respectiva *actio* contra o possuidor não proprietário.

Desse modo, ao titular do domínio é garantido o direito de usar, gozar, dispor e de reaver seus bens do poder de quem quer que injustamente os possua, conforme preceitua o art. 1.228, do Código Civil: *"O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha."*

Assim, consoante os dispositivos legais supracitados, o êxito do pleito encontra-se condicionado à individualização do bem, o domínio do autor e a posse injusta do réu.

Em livro de minha autoria e do Dr. Paulo Tadeu Haendchen, tivemos a oportunidade de debater sobre o assunto, senão vejamos:

> São requisitos para admissibilidade da ação:
>
> a) que o autor tenha a titularidade do domínio sobre a coisa reivindicanda;
>
> b) que a coisa seja individuada, identificada;
>
> c) que a coisa esteja injustamente em poder do réu, ou prova de que ele dolosamente deixou de possuir a coisa reivindicanda. (**Ação reivindicatória: teoria e prática**. 5. Ed., ver., at. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 34)

Dessa feita, a reivindicação do imóvel, como cediço, é faculdade de o proprietário reaver a coisa de quem injustamente a possua. Nas palavras de Orlando Gomes:

Um dos direitos elementares do domínio é a faculdade do seu titular de reaver a coisa do poder de quem quer que injustamente a detenha, ou possua. Essa pretensão se exerce mediante a ação de reivindicação, que, segundo conhecida fórmula, compete ao proprietário não-possuidor contra o possuidor não-proprietário (**Direitos Reais**. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense. 1983, n. 181, p. 234).

O Superior Tribunal de Justiça já firmou o entendimento acerca do assunto:

> CIVIL E PROCESSO CIVIL - AÇÃO DE REIVINDICAÇÃO DE IMÓVEL - PROVA DO DOMÍNIO - AUSÊNCIA - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO - ALEGAÇÃO DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA O ACOLHIMENTO DA AÇÃO REIVINDICATÓRIA - NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS – IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA N. 7/STJ.
>
> 1 - Nos termos da jurisprudência desta Corte, "a admissibilidade da ação reivindicatória, que compete ao proprietário não-possuidor contra o possuidor não-proprietário, depende da prova da titularidade do domínio, da individuação da coisa e da 'posse injusta' pelo réu, a teor do art. 524 do Código Civil" (REsp n. 195.476/MS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 15.4.2002) 2 – [...]. (REsp n. 691.963/RS, REsp n. 2004/0137686-0, Quarta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 15.5.2006, p. 220).

No caso em deslinde, o primeiro requisito restou suficientemente demonstrado, mercê da cópia do instrumento particular de autorização de cancelamento de hipoteca expedido pela Caixa Econômica Federal (f. 41) e formal de partilha extraído dos autos n. 19/91 do Divórcio Consensual expedida pela 1ª Vara Cível da Comarca de Ponta Porã/MS, firmando que a propriedade passou a pertencer, tão-somente, ao apelado. (f. 22 e 60).

A individuação do imóvel resulta materializada pela própria documentação acostada aos autos, notadamente, pelo respectivo registro de matrícula no Cartório de Imóveis do 1º Ofício da Comarca de Ponta Porã-MS (f. 22 e 60).

A posse injusta do réu deflui do simples fato de se recusar a desocupar o imóvel que não lhe pertence, ante a falta de formulação de uma proposta para aquisição do imóvel ao que estava ocupando na forma de comodato gratuito (f. 25).

De outro norte, observa-se que o apelante, por mais que sustente a tese de que houve a celebração de um contrato verbal de compra e venda entre sua genitora e o apelado, não desincumbiu do ônus que lhe cabia, qual seja, comprovar efetivamente a celebração do referido negócio jurídico.

Frisa-se que o art. 1.417 do Código Civil deixa claro que para que o promitente comprador adquira direito real à aquisição do imóvel é necessário, dentre outros requisitos, que o contrato de promessa de compra e venda esteja registrado no cartório de registro de imóveis.

Os depoimentos das testemunhas não demonstram a titularidade do domínio sobre a coisa reivindicanda, isso porque, eventual celebração de contrato verbal de compra e venda, por si só, não transfere o domínio, que se opera pelo registro do referido instrumento em cartório imobiliário.

Se não bastasse a escritura de contrato de compra e venda devidamente registrada em cartório tem fé pública e, portanto, presunção de veracidade, que somente pode ser afastada mediante prova robusta, no sentido da existência de algum vício na celebração do ato, fato esse não comprovado pelo apelante.

Dessa feita, em restando comprovado pelo autor a titularidade do domínio da área reivindicada, a individuação da coisa e a posse injusta da ré, o acolhimento da pretensão reivindicatória é medida que se impõe.

Quanto à alegação de litigância de má-fé, levantada pelo apelado, em sede de contrarrazões, entendo não merecer acolhimento.

O artigo 17, VII, dispõe que se reputa litigante de má-fé aquele que: *"Interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório"*.

O direito de recorrer é constitucionalmente garantido pelo artigo 5º LV da Constituição Federal de 1988; no entanto, somente, o abuso desse direito é que não pode ser tolerado pelo sistema, o que não se vislumbra no caso em apreço.

Para condenação em litigância de má-fé, faz-se necessário o preenchimento de três requisitos, quais sejam: que a conduta da parte se subsuma a uma das hipóteses taxativamente elencadas no art. 17 do CPC; que à parte tenha sido oferecida oportunidade de defesa (CF, art. 5, LV); e que da sua conduta resulte prejuízo processual a parte adversa, não havendo comprovação de nenhuma delas no caso ora analisado.

Ademais, a boa-fé se presume, e não existe prova satisfatória, não só de sua existência, mas da caracterização do dano processual a que a condenação cominada na lei visa compensar, pela litigância de má-fé.

Ante as razões delineadas, despiciendas tornam-se maiores considerações.

Em face do exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rêmolo Letteriello.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Rêmolo Letteriello, Paschoal Carmello Leandro e Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 20 de julho de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.023145-5 - Campo Grande
Quarta Turma Cível
Relator Des. Rêmolo Letteriello

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DO DEVEDOR – BEM DE FAMÍLIA – IMÓVEIS CONTÍGUOS – DESMEMBRAMENTO – PECULARIDADES DE CADA CASO – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Servindo os imóveis contíguos de moradia familiar e, restando inviável o desmembramento de um deles, não podem ser objeto de penhora, sobretudo porque a Lei n. 8.009/1990 conferiu especial proteção à moradia da família, sendo tal direito assegurado constitucionalmente (artigo 6º, da CF).

Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas.

Sendo a causa de pequena complexidade e tendo comportado julgamento antecipado, os honorários advocatícios fixados devem ser mantidos.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 17 de agosto de 2010.

Des. Rêmolo Letteriello – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello

Unibanco–União de Bancos Brasileiros S.A., inconformado com a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nos embargos do devedor interpostos por Marcos de Oliveira Machado e Jacinta de Fátima Pereira Machado, em trâmite pela 4ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande-MS, interpõe recurso de apelação, aduzindo, que o entendimento do magistrado *a quo* está equivocado quanto ao imóvel lindeiro de matrícula 25.956 do 2º CRI, uma vez que se trata de imóvel contíguo ao bem de família inclusive com matrícula diversa do imóvel residencial. Afirma que o imóvel contíguo destinado a área de lazer não está acobertada pela Lei n. 8.009/90. Sustenta que o ônus sucumbencial foi distribuído de maneira irregular, devendo ser revista, ante o decaimento de parte mínima dos pedidos por parte do banco embargado, assim como, restou aviltante a verba honorária fixada em R$ 1.000,00.

Os apelados, em contrarrazões, pugnam pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Rêmolo Letteriello (Relator)

Cuida-se de recurso de apelação aviado contra a decisão que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nos embargos do devedor interposto por Marcos de Oliveira Machado e Jacinta de Fátima Pereira Machado em face de Unibanco – União de Bancos Brasileiros S.A.

Insurge-se afirmando que o entendimento do magistrado *a quo* está equivocado quanto ao imóvel lindeiro de matrícula 25.956 do 2º CRI, uma vez que se trata de imóvel contíguo ao bem de família inclusive com matrícula diversa do imóvel residencial.

Assim, o imóvel contíguo destinado a área de lazer não está acobertada pela Lei n. 8.009/90.

A irresignação não merece prosperar.

Coaduno com o mesmo entendimento exarado pela Corte Superior em que a impenhorabilidade do bem de família se restringe àquele destinado à residência do devedor e de seus familiares.

Se ele, em outro lote contíguo àquele em que se encontra edificada sua moradia, acresce outras benfeitorias, que não constituem necessidade absoluta de uso da família, esse terreno e as benfeitorias a ele agregadas não estão imunes à constrição judicial, porquanto se mostram à margem da proteção instituída pela Lei n. 8.009/90.

Nesse sentido:

> PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. DESCONSTITUIÇÃO DE PENHORA. BEM DE FAMÍLIA. PISCINA LOCALIZADA EM IMÓVEL CONTÍGUO. PENHORABILIDADE. I - Se a residência do devedor abrange vários lotes contíguos e alguns destes suportam apenas acessões voluptuárias (piscina e churrasqueira) é possível fazer com que a penhora incida sobre tais imóveis, resguardando-se apenas aquele em que se encontra a casa residencial. II - Imóveis distintos, ainda que contíguos, podem ser desmembrados, para que se faça a penhora. III - Interpretação teleológica da Lei n. 8.009/90, Art. 2º, parágrafo único, para evitar que o devedor contumaz se locuplete e utilize o benefício da impenhorabilidade, como instrumento para tripudiar sobre o credor enganado. (STJ/SC, REsp n. 624.355, Proc. 2003/0222613-7, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 7.5.2007, DJU de 28.5.2007, p. 322).

Entretanto, no caso em apreço, conforme se observa do Laudo de Constatação de f. 60, *"[...] os lotes 13 e 14 da Quadra 28 da Vila Taveirópolis, formam um imóvel uno, com muro único, sem divisão interna onde se encontra edificada uma casa residencial, área de lazar com piscina, churrasqueira, escritório e um pequeno campo de futebol, e que serve efetivamente de residência do executado [...]"*.

Portanto, restou suficientemente comprovado nos autos, que os imóveis contíguos sobre que se pretendem incidir a penhora, constitui-se como único bem dos embargantes, os quais se desincumbiram satisfatoriamente do ônus de demonstrar a indivisibilidade dos imóveis.

Isso porque, como constatado pelo Oficial de Justiça/Avaliador, a residência dos embargantes foi edificada sobre ambos os terrenos, tanto no lote de n. 13 quanto no de n. 14 da quadra 28 da Vila Taveirópolis, não sendo viável o desmembramento pretendido pelo exeqüente sem que haja prejuízo da área residencial.

Desta feita, embora constituam imóveis distintos, com matrículas diversas no 2º CRI, não é possível o desmembramento sem prejuízo para a área residencial, motivo pelo qual resta incabível a penhora, como decidiu o STJ. Confira-se:

> CIVIL E PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. ANDAR INFERIOR DA RESIDÊNCIA OCUPADO POR ESTABELECIMENTO COMERCIAL E GARAGEM. DESMEMBRAMENTO. POSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. OBJETIVO DE PREQUESTIONAMENTO. CARÁTER PROTELATÓRIO. AUSÊNCIA. SÚMULA N. 98/STJ. MULTA. AFASTAMENTO. A jurisprudência desta Corte admite o desmembramento do imóvel protegido pela Lei n. 8.009/90, desde que tal providência não acarrete a descaracterização daquele e que não haja prejuízo para a área residencial. - Na presente hipótese, demonstrou-se que o andar inferior do imóvel é ocupado por estabelecimento comercial e por garagem, enquanto a moradia dos recorrentes fica restrita ao andar superior. - Os recorrentes não demonstraram que o desmembramento seria inviável ou implicaria em alteração na substância do imóvel. Súmula n. 7/STJ. - É pacífica a jurisprudência do STJ de que os embargos declaratórios opostos com intuito de prequestionar temas de futuro Recurso Especial não têm caráter protelatório. Súmula n. 98 do STJ. Afastamento da multa. Recurso Especial parcialmente provido. (STJ/RS, REsp n. 968.907, Proc. 2007/0165161-3, Terceira Turma, Relª. Minª. Fátima Nancy Andrighi, julgado em 19.3.2009, DJ de 1.4.2009).

Dada a impenhorabilidade dos imóveis, correta a decisão do Juiz *a quo* que julgou procedente este pedido para levantar a penhora efetivada sobre os imóveis em que residem os embargantes e família.

Em outra irresignação, sustenta que o ônus sucumbencial foi distribuído de maneira irregular, devendo ser revista, ante o decaimento de parte mínima dos pedidos por parte do banco embargado, assim como, restou aviltante a verba honorária fixada em R$ 1.000,00.

A fixação dos honorários advocatícios pelo magistrado fundamenta-se no princípio da razoabilidade, devendo, como tal, pautar-se em uma apreciação equitativa dos critérios contidos nos §§ 3º e 4º do art. 20, do CPC de modo a evitar sua estipulação em valor irrisório ou excessivo.

Assim, nos termos do referido artigo, os honorários advocatícios devem ser fixados com base no princípio da equidade, observando-se os seguintes parâmetros: grau de zelo do profissional, lugar de prestação do serviço, natureza e importância da causa, trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o serviço.

Ademais, o tema relacionado com o *quantum* dos honorários advocatícios pode vir a ser analisado nas Instâncias Superiores, por cuidar-se de questão de direito e não de matéria fática, desde que a respectiva verba tenha sido arbitrada em valores exagerados ou irrisórios, entendimento que não se ajusta à hipótese dos autos, na qual o arbitramento em R$ 1.000,00 não pode ser considerado como aviltante, visto que as matérias trazidas para apreciação nesta demanda são de baixa complexidade, inclusive, algumas sumuladas.

Desta feita, verificando que o magistrado a quo, observou o contido no § 4º, do art. 20, do CPC, tenho que deva permanecer inalterada a condenação imposta.

Em outra vertente, ante a mensuração dos pedidos em que foram derrotados, impõe-se que os consectários da sucumbência sejam recíproca e proporcionalmente distribuídos na proporção de 50% para cada parte e compensados, nos termos do art. 21 do CPC: *"se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão* ***recíproca*** *e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas.",* mantido o valor de R$ 1.000,00 fixado pelo sentenciante.

Assim, ante as razões delineadas, despiciendas tornam-se maiores considerações.

Em face do exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rêmolo Letteriello.

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

Campo Grande, 17 de agosto de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.013727-4 - Ponta Porã
Terceira Turma Cível
Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay

EMENTA – RECURSO OBRIGATÓRIO E APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – INTEMPESTIVIDADE – PRELIMINAR REJEITADA – ITBI – LEI MUNICIPAL – CONTRIBUINTE – ADQUIRENTE DE IMÓVEL RURAL – INCRA – AUTARQUIA FEDERAL – IMUNIDADE – IMPOSSILIDADE DE TRANSFERÊNCIA DE TAL OBRIGAÇÃO PARA O TRANSMITENTE – RECURSOS IMPROVIDOS.

A fluência do prazo decadencial de cento e vinte dias (120) inicia-se na data em que restar constatado que o ato impugnado está apto a causar danos ao impetrante.

O art. 6º da Lei Municipal n. 2.523/1989 estabelece que o contribuinte do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis é o "adquirente ou cessionário dos bens ou direitos transmitidos ou cedidos;".

Demonstrado que o adquirente de bem imóvel possui imunidade tributária, não haverá incidência da lei tributária, não sendo, permitido, por conseguinte, determinar que transmitente assuma a obrigação de efetuar o pagamento do ITBI.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, com o parecer, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 19 de julho de 2010.

Des. Rubens Bergonzi Bossay – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay

Trata-se de recurso obrigatório e apelação cível interposta pelo Chefe de Fiscalização de Tributos do Município de Ponta Porã por não se conformar com a sentença prolatada pela Juíza da 3ª Vara Cível da Comarca de Ponta Porã, que julgou procedente o pedido e concedeu a segurança, tornando definitiva a liminar concedida (f. 246-249), declarando a nulidade do auto de infração n. 001/2008 e, via de consequência, a abstenção de atos que comportem exigência do crédito tributário dele irradiado (f. 299).

Alega, preliminarmente, que o presente *mandamus* foi impetrado intempestivamente, pois, quando a impetrante assinala quais são as autoridades apontadas como coatoras deixa claro que busca a segurança contra o ato da notificação expedida pelas respectivas autoridades e não contra a negativa do pedido administrativo.

No mérito, aduz que a cobrança de ITBI é feita com base no Código Tributário Municipal que prevê a incidência de tributo denominado ITBI quando da transmissão da propriedade ou do domínio.

Afirma que na imunidade existe a hipótese de incidência e o fato gerador, porém por determinação constitucional, a obrigação tributária não pode ser exigida do ente privilegiado pela tal imunidade, *in casu*, o INCRA.

Sustenta que o fato gerador da relação jurídica em tela é clarividente, porquanto houve a transmissão de um bem, mediante contrato de compra e venda celebrado entre vendedor e comprador. Destarte, há hipótese de incidência e há fato gerador de tributo, cuja exigibilidade, sendo o comprador imune, nos termos da legislação pertinente ao tema, recai sobre o vendedor.

Assevera que resta cristalino que o art. 4º da Lei Municipal, onde se lê "não incide", deve ser entendido como leia-se "é imune", porquanto existente a hipótese de incidência e o fato gerador, há a configuração de imunidade tributária e não de não incidência.O tributo teve sua gênese, contudo, por determinação constitucional, não pôde ser cobrado da autarquia federal, transferindo-se, assim, para o outro participante do negócio jurídico.

Dispõe que o art. 6º em seu § único reza que o transmitente é responsável pelo pagamento do imposto quando a transmissão tenha se efetuado sem o recolhimento do tributo devido, sendo certo que, na situação que ora se nos afigura, há norma federal versando detalhadamente sobre o assunto, contendo disposições que estatuem que em negócios jurídicos de natureza semelhante à ora analisada (compra e venda para fins de reforma agrária) é devido o ITBI, devendo ser recolhido pelo vendedor, em razão da imunidade de que goza à autarquia adquirente.

Esclarece que é coroar o enriquecimento ilícito da impetrante em desfavor do ente público municipal, o que desvirtuaria totalmente o escopo da norma federal (Decreto n. 433/92) que disciplina especificamente sobre a autorização do INCRA na compra e venda de imóveis para fins de reforma agrária.

Requer seja dado provimento ao recurso.

Em contrarrazões, o apelado manifesta-se pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo improvimento dos recursos.

VOTO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Relator)

Trata-se de recurso obrigatório e apelação cível interposta pelo Chefe de Fiscalização de Tributos do Município de Ponta Porã por não se conformar com a sentença prolatada pela Juíza da 3ª Vara Cível da Comarca de Ponta Porã, que julgou procedente o pedido e concedeu a segurança, tornando definitiva a liminar concedida (f. 246-249), declarando a nulidade do auto de infração n. 001/2008 e, via de consequência, a abstenção de atos que comportem exigência do crédito tributário dele irradiado (f. 299).

Inicialmente, faz-se necessário analisar e decidir a preliminar suscitada.

A magistrada singular assim decidiu a questão:

> [...]
>
> Entretanto, tenho que, in casu, o prazo estabelecido na legislação infraconstitucional - Lei n. 12.016/2009 e 1.533/1951 - para a propositura do *writ*, teve seu início, quando da notificação do impetrante à respeito da decisão que se determinou o lançamento do débito, ora questionado. Momento, este, que passou o impetrante a suportar efetivamente os prejuízos decorrentes do ato administrativo que está a impugnar.

> E dos autos, colhe-se que a decisão fora prolatada em 17.7.2008 e a ciência da impetrante se deu em 26.4.2009 (f. 176-179).
>
> Assim, como o recorrido impetrou o mandado de segurança em 7.8.2008 (f. 2) e tendo o prazo decadencial se iniciado em 26.4.2009, afasta-se a preliminar aventada, já que o *writ* se apresente tempestivo. (f. 290)

A respeito do tema, lecionam Hely Lopes Meirelles, Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, *in* **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**, 32. edição, com a colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca, atualizada de acordo com a Lei n. 12.016/2009, editora: Malheiros, p. 57-58:

> [...]
>
> A fluência do prazo só se inicia na data em que o ato a ser impugnado se torna operante ou exequível, vale dizer, capaz de produzir lesão ao direito do impetrante. Até então, se é insuscetível de causar dano ao destinatário, e inatacável por mandado de segurança, porque este visa, precipuamente, a impedir ou fazer cessar os efeitos do ato lesivo a direito individual ou coletivo. Ora, enquanto o ato não estiver apto a produzir seus efeitos, não pode ser impugnado judicialmente. Até mesmo a segurança preventiva só poderá se pedida ante um ato perfeito e exequível, mas ainda não executado. Enquanto o ato estiver em formação, ou com efeitos suspensos, ou depender de formalidades complementares para sua operatividade, não se nos antolha passível de invalidação por mandado de segurança.

No caso em apreço, começou a fluir o prazo decadencial de cento e vinte dias (120) com a ciência da impetrante da decisão prolatada no processo administrativo de fiscalização e notificação n. 001/2008 – ITBI – Itamaraty Agropecuária Ltda., que ocorreu em 26 de abril de 2008 (f. 179), sendo este ato apto a causar dano à impetrante.

Vê-se o *mandamus* foi distribuído em 7 de agosto de 2008 (f. 2) e, portanto, não há falar em decadência, pois ainda não havia decorrido o prazo de cento e vinte dias (120).

Logo, rejeito a preliminar de intempestividade.

No mérito, analiso concomitantemente os recursos obrigatório e voluntário interposto pelo Chefe de Fiscalização de Tributos do Município de Ponta Porã.

Estabelece o art. 156, inciso II, da CF:

> Compete aos Municípios instituir impostos sobre:
>
> [...]
>
> II – transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição.

Vê-se, portanto, que é da competência dos Municípios instituir o Imposto de Transmissão de Bens Imóveis – ITBI.

A título de elucidação, veja-se a lição de Hugo de Brito Machado, *in* **Curso de Direito Tributário**, 25. edição, revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Malheiros Editores, p. 383-384:

> Esse imposto é da competência dos Municípios (CF, art. 156, inc. II). O imposto sobre a transmissão de bens imóveis e direitos a eles relativos era, na Constituição anterior, da competência dos Estados (CF, art. 23, inc. I, e CTN, art. 35). A Constituição Federal de 1988,

> todavia, atribuiu aos Municípios competência para instituir e cobrar imposto sobre transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos à sua aquisição (art. 156, inc. II).
>
> Dispondo o Município do cadastro imobiliário, que se faz imprescindível à administração do IPTU, é razoável que a ele tenha sido atribuída também a competência para instituir e cobrar o imposto de transmissão de imóveis.

Dispõem os arts. 4º e 6º da Lei n. 2.523, de 27 de janeiro de 1989, que institui o Imposto de Transmissão de Bens Imóveis e de direito a eles relativos e dá outras providências:

> Art. 4º. O imposto não incide sobre a transmissão de bens imóveis e de direito a eles relativos quando:
>
> I – O adquirente for a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas autarquias e fundações;
>
> [...]
>
> Art. 6º. O contribuinte do imposto é:
>
> I – O adquirente ou cessionário dos bens ou direitos transmitidos ou cedidos;

No caso dos autos, verifica-se que foi celebrada a escritura pública de compra e venda de imóvel para fins de assentamento de trabalhadores rurais, tendo de um lado como vendedora a Itamarati Agro Pecuária Ltda e de outro, na qualidade de comprador o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA (f. 185-197).

Portanto, o adquirente do imóvel rural constituído pela área de terras pastais e lavradias, denominado "Fazenda Itamarati", e o responsável pelo pagamento do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis – ITBI, em conformidade com o art. 6º da Lei Municipal n. 2.523/1989, é o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA.

Ocorre, como bem destacado pela magistrada singular, que "*na operação de transmissão de bens entre o impetrante e o INCRA, ocorre uma situação peculiar, porquanto este, que a princípio é o contribuinte, é imune à incidência de impostos (art.150, IV, "a" da CF).*" (f. 292)

E, ainda, conforme consignado na sentença recorrida pela magistrada singular:

> [...]
>
> Ora, embora os impetrantes sustentem que somente no caso da não incidência é que inexiste obrigação tributária, não comungo do mesmo entendimento.
>
> É que ambas as hipóteses (imunidade e não incidência), são espécies do gênero, desoneração tributária.
>
> Diversos autores já se ocuparam da distinção entre as diversas formas de desoneração tributária, sendo as mais usuais a imunidade, a isenção e a não incidência.
>
> O traço comum às três situações é o de que, a decisão de estabelecer ou não uma incidência tributária é uma determinação política.
>
> Veja-se que as competências tributárias são estabelecidas na Constituição conjuntamente com os parâmetros globais da incidência, sendo o constituinte quem estabelece prima facie o que deverá ser tributado. O detalhamento da incidência se dá em nível de legislação

> complementar e ordinária. Assim, a não incidência pode se dar em dois momentos: no âmbito constitucional; no âmbito da legislação infraconstitucional, quando o legislador não esgota as possibilidades que a Constituição lhe atribui. Ou seja, não-incidir implica em não tributar consoante as normas postas.
>
> Já a imunidade caracteriza-se como uma desoneração tributária constitucionalmente qualificada. O constituinte - originário ou derivado -, estabelece algumas atividades que não poderão ser objeto de imposição tributária.
>
> Veja-se que a desoneração via imunidade não pode ser modificada nemmesmo através de emenda à Constituição, quanto mais por legislação infraconstitucional.
>
> **Ives Gandra da Silva Martins** em artigo publicado no site www.saraivajur.com.br, titulado Interpretação das Desonerações Tributárias, discorreu que **"Resumindo o que foi dito sobre as quatro formas até o presente, tem-se que na imunidade não nasce nem obrigação tributária, nem o crédito correspondente, por força de vedação absoluta da Carta Magna ao poder de tributar. Na não-incidência não nasce nem obrigação tributária, nem o crédito respectivo, por força do não-exercício da capacidade – ou na linguagem constitucional – da competência, a que tem direito o Poder Tributante."**
>
> Ora, do ensinamento do célebre doutrinador, há de se concluir que, diversamente do que argumentam os impetrantes, não existe obrigação tributária em nenhuma das duas modalidades, ainda que por aspectos jurídicos diferenciados.
>
> Aliás, tal questão já fora definida por ocasião do enfrentamento da liminar, quando este juízo transcreveu lições doutrinárias de outros estudiosos do assunto acerca do conceito e dos efeitos da imunidade (f. 246-249). (f. 292-293)

Oportuna a lição de José Afonso da Silva, *in* **Comentário Contextual à Constituição**. 6. ed., Editora Malheiros: p. 656:

> **10. IMUNIDADES.** As imunidades fiscais instituídas por razões de privilégio ou considerações de interesse geral (neutralidade religiosa, econômicos, sociais e políticos), excluem a atuação do poder de tributar. Nas hipóteses imunes de tributação inocorre fato gerador da obrigação tributária.

Portanto, sendo imune o adquirente do imóvel rural, não há falar em recolhimento do ITBI.

E, ainda, não ocorrendo o fato gerador não irá gerar, por conseguinte, a obrigação de pagar determinado tributo, como no caso dos autos o ITBI, e muito menos determinar que tal obrigação seja cumprida pelo transmitente.

Do mesmo modo, conforme salientado pela magistrada singular, diante da ocorrência de uma desoneração tributária não se pode admitir que seja repassado ao transmitente a responsabilidade pelo pagamento do referido tributo.

Ademais, conforme leciona Hugo de Brito Machado, *in* **Curso de Direito Tributário**, 26. ed., ver., atual.e ampl., Editora Malheiros: p. 233:

> [...]
>
> c) Imunidade é o obstáculo criado por uma norma da Constituição Federal que impede a incidência de lei ordinária de tributação sobre determinado fato, ou em detrimento de determinada pessoa, ou categoria de pessoas.

> É possível dizer-se que a imunidade é uma forma qualificada de não incidência. Realmente, se há imunidade, a lei tributária não incide, por que é impedida de fazê-lo pela norma superior, vale dizer, pela norma da Constituição.

Assim, não havendo incidência da lei tributária, não há falar em pagamento do tributo pelo transmitente, diante da imunidade do adquirente.

Vale destacar, ainda, excertos da sentença recorrida:

> [...]
>
> E como acentuado na decisão, "Por esta razão, o parágrafo único do art. 6º previsto na Lei Municipal n. 2.523/89 não pode gerar efeitos em relação ao transmitente, sobretudo porque se inexistente a obrigação tributária, ausente a responsabilidade solidária."
>
> Ademais, ressalve-se que o dispositivo citado é claro ao estabelecer que a responsabilidade do transmitente decorrerá da falta de pagamento, o que não é o caso, descabendo conferir-se interpretação ampliativa, sobretudo para definir o conceito de contribuinte e responsável tributário.
>
> Do mesmo modo, inaplicável que o art. 10-A do Decreto Federal 2.680/98, pois inexistente a incidência do imposto. (f. 293)

Logo, não merece ser reformada a sentença recorrida.

Pelo exposto e com o parecer, conheço dos recursos, rejeito a preliminar e, no mérito, nego-lhes provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, COM O PARECER, REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

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

Campo Grande, 19 de julho de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.015347-4 - Sidrolândia
Terceira Turma Cível
Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – REJEITADA – MÉRITO – NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS – AUSÊNCIA DE POSSE MANSA E PACÍFICA – ART. 191 DA CF/88 – PROPOSITURA DE AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – RECURSO IMPROVIDO.

O juiz é o destinatário das provas, cabendo a ele indeferir aquelas que considere inúteis ou meramente protelatórias, nos termos do art. 130 do CPC. Se as provas constantes dos autos são suficientes para formar o seu convencimento, o julgamento antecipado da lide não caracteriza cerceamento de defesa.

Consoante estabelece o art. 191 da CF/88: *"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 cinqüenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade."* Contudo, não comprovando o autor a mansidão de sua posse, ante a propositura, pelos proprietários, da ação de reintegração de posse, antes de findo o quinquênio, a improcedência do pedido é medida que se impõe.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, com o parecer, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 19 de julho de 2010.

Des. Rubens Bergonzi Bossay – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay

Wanderlei Luiz Bitencourt Braga, inconformado com a sentença prolatada pelo Juiz da 2ª Vara da Comarca de Sidrolândia, nos autos da ação de usucapião especial que move em face de Cátia Sueli Alves de Sousa Lima, Otonio Alves de Sousa, Jandira Alves de Sousa, Tania Regina Alves de Sousa e Janio Alves de Souza, interpõe apelação cível nesta Corte suscitando, preliminarmente, nulidade da sentença, porquanto o magistrado julgou antecipadamente o feito, não oportunizando ao apelante a produção de provas.

Alega que a área usucapienda era um brejo ou alagadiço inabitável que o apelante tornou-a produtiva com esforço do seu trabalho, fixando sua moradia juntamente com sua família.

Aduz que a presente área configura-se excesso de terra que não pertence a ninguém, bem como que as partes adversas jamais a ocuparam. E ainda, não faz parte da fazenda, cuja matrícula consta às f. 31-32.

Em contrarrazões, os apelados manifestam-se pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Relator)

Wanderlei Luiz Bitencourt Braga, inconformado com a sentença prolatada pelo Juiz da 2ª Vara da Comarca de Sidrolândia, nos autos da ação de usucapião especial que move em face de Cátia Sueli Alves de Sousa Lima, Otonio Alves de Sousa, Jandira Alves de Sousa, Tania Regina Alves de Sousa e Janio Alves de Souza, interpõe apelação cível nesta Corte suscitando, preliminarmente, nulidade da sentença, porquanto o magistrado julgou antecipadamente o feito, não oportunizando ao apelante a produção de provas.

Inicialmente, por questão de prejudicialidade analiso e decido a preliminar de nulidade da sentença arguida pelo apelante, em razão do julgamento antecipado da lide.

O apelante entende que houve cerceamento de defesa, porquanto o julgador não possibilitou a produção de provas necessárias à comprovação dos fatos reais, ferindo o direito constitucional da ampla defesa e contraditório.

Embora o recorrente tenha protestado pela produção de provas, constata-se dos autos que o conjunto probatório apresentado é suficiente para o julgamento antecipado da lide.

Não se pode olvidar que o juiz é o destinatário das provas, sendo que cabe a ele indeferir aquelas que considere inúteis ou meramente protelatórias, nos termos do art. 130 do Código de Processo Civil. Se as provas constantes dos autos são suficiente para formar o convencimento do juiz a respeito da questão, torna-se desnecessária a produção de outras provas.

Assim, se o processo se encontra apto a ser julgado e o magistrado entende ser desnecessária a produção de outras provas, a prolação da sentença é medida que se impõe, à vista dos princípios da economia e celeridade processual.

Assim vêm decidindo o Superior Tribunal de Justiça:

> Nos termos da reiterada jurisprudência desta Corte Superior, "a tutela jurisdicional deve ser prestada de modo a conter todos os elementos que possibilitem a compreensão da controvérsia, bem como as razões determinantes da decisão, como limites ao livre convencimento do juiz, que deve formá-lo com base em qualquer dos meios de prova admitidos em direito material, hipótese em que não há que se falar em cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide" e que "o magistrado tem o poder-dever de julgar antecipadamente a lide, desprezando a realização de audiência para a produção de prova testemunhal, ao contatar que o acervo documental acostado aos autos possui suficiente força probante para nortear e instruir seu entendimento. (REsp n. 102303/PE, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 17.5.1966). (AgRg no Ag, Rel Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 3.2.2005, DJ de 4.4.2005, p. 181).

Assim, rejeito a preliminar.

No mérito

Tenho que o recurso não merece provimento, senão vejamos:

> Trata-se de AÇÃO DE USUCAPIÃO movida por Wanderlei Luiz Bitencourt Braga, qualificado nos autos, em desfavor de Cátia Sueli Alves de Sousa, Jandira Alves de Souza, Jânio Alves de Sousa, Otonio Alves de Sousa, Tânia Regina Alves de Sousa, também qualificados, onde alega, em síntese: a) que adquiriu de um posseiro anterior, um imóvel rural com área de 06 hectares e 9.041 m2, e que ocupa o imóvel juntamente com sua família desde meados do

> ano de 1997, de forma mansa, pacífica, ininterrupta e sem oposição de quem quer que seja; b) que não é proprietário de nenhum imóvel urbano ou rural; c) que realizou benfeitorias e tornou o imóvel produtivo e nele edificou sua moradia e de sua família. Efetuou os requerimentos de praxe e juntou documentos de f. 11-24. (f. 137)

Pois bem. Em razão das normas dispostas no artigo 191 da Constituição Federal, bem como às do artigo 1 da Lei Federal n. 6.969/81, aquele que pretender adquirir imóvel rural através da usucapião especial deve cumprir os requisitos exigidos, quais sejam, permanecer na propriedade rural, com área não superior a 50 hectares, por 5 (cinco) anos ininterruptos, sem oposição, tornando-a produtiva por seu trabalho e, tendo nela sua moradia.

Aliás, estes são os requisitos previstos no artigo 191 da Constituição Federal:

> 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 cinqüenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade. (grifei)
>
> Ou seja, para a aquisição da propriedade por meio da usucapião pró labore, será preciso satisfazer os seguintes requisitos:
>
> a) o ocupante não pode ser proprietário de imóvel urbano ou rural;
>
> b) a posse deve ser exercida com animus domini, de forma ininterrupta e sem oposição por 5 (cinco) anos;
>
> c) o ocupante deve tornar a propriedade produtiva com o seu trabalho e de sua família;
>
> d) o ocupante deve ter nela a sua moradia habitual;
>
> e) a área que se pretende usucapir não pode ser superior a 50 hectares; e
>
> f) a área não pode ser pública.
>
> A propósito, trago à baila a doutrina de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, sobre a mansidão e pacificidade, um dos requisitos necessários para o reconhecimento da usucapião:
>
> **Mansidão, pacificidade e continuidade** indicam exercício ininterrupto e sem oposição da posse. [...]
>
> A pacificidade da posse cessa apenas no instante em que há oposição judicial por parte de quem pretende retomá-la, condicionada a interrupção da usucapião ao reconhecimento da procedência da sentença transitada em julgado na ação possessória ou petitória na qual o usucapiente figura como réu.

Também sobre a posse mansa e pacífica, veja-se doutrina de Maria Helena Diniz:

> A posse deve ser mansa e pacífica, isto é, exercida sem contestação de quem tenha legítimo interesse, ou melhor, do proprietário contra quem se pretende usucapir. Se a posse for perturbada pelo proprietário, que se matem solerte na defesa de seu domínio, falta um requisito para o usucapião. Para que se configure o usucapião é mister a atividade singular do possuidor e a passividade geral do proprietário e de terceiros, ante aquela situação individual. (*in* **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 4: direito das coisas, 17. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 150).

Verifica-se que o apelante não preencheu os requisitos exigidos para a aquisição de propriedade rural pela usucapião especial, consoante determina o artigo 191 da Constituição Federal, qual seja, posse mansa e pacífica.

Isso porque, o recorrente ingressou com a presente ação no ano de 2004, sustentando que possuía o imóvel desde meados de 1997.

Contudo, compulsando os autos em apenso, denota-se que os apelados ajuizaram ação de reintegração de posse no ano de 1998 em desfavor dos invasores pertencentes ao movimento "sem terra", ocasião em que obtiveram provimento jurisidicional favorável (sentença transitada em julgado), a fim de que o imóvel usucapiendo fosse desocupado.

Destarte, uma vez proposta a ação reintegratória, desconfigurada está a mansidão e passividade da posse.

E mais, consoante se depreende à f. 7 (autos em apenso), os apelados, no ano de 1998, também registraram ocorrência policial, informando a invasão de terra da Fazenda Espigão, de modo que resta afastada a alegação de mansidão da posse.

Ademais, fundamentou o magistrado *a quo* (f. 139-143):

> Entendo que as provas que convergiram para o bojo dos autos, induzem à improcedência do pedido inicial, uma vez que não se demonstrou que a posse do requerente no imóvel descrito na inicial tenha sido mansa e pacífica.
>
> Isto porque conforme se depreende dos autos, o requerente ajuizou a presente ação de usucapião em 2004, afirmando possuir a posse do imóvel desde meados de 1997. Ocorre que os requeridos ajuizaram uma ação de reintegração de posse no ano de 1998, ou seja, posteriormente a data da alegada posse do requerente.
>
> Como dito, os requeridos, buscando desconfigurar a posse mansa e pacífica do requerente, efetivamente demonstraram que no ano de 1998, propuseram ação de reintegração de posse em desfavor de invasores pertencentes ao movimento dos sem terra, cujo processo tramitou nesta Comarca, com provimento do pedido, cuja sentença já transitou em julgado, conforme se verifica às f. 09-35 dos autos em apenso (n. 53/04 – atual 045.04.000291-2).
>
> No caso, os requeridos disseram e demonstraram que a área onde se encontra o imóvel usucapiendo foi invadida e, por tal razão, ajuizaram ação de reintegração de posse, na qual obtiveram decisão judicial favorável à desocupação dos "sem terra".
>
> Entretanto, o próprio requerente alega que se encontra no imóvel desde o ano de 1997. Com isso, vislumbra-se que o requerente possui o imóvel usucapiendo através de esbulho possessório, eis que a ação de reintegração de posse foi ajuizada posteriormente a data da posse do requerente.
>
> Assim, não há como negar que com o ajuizamento da ação possessória por parte dos requeridos, que a posse do requerente deixou de ser mansa e pacífica a partir de 1998.
>
> Com isso, não estão presentes todos os requisitos exigidos pelo art. 191 da Constituição Federal, ao passo que além da posse não se considerada mansa e pacífica, por ocasião do ajuizamento da ação possessória havia transcorrido um ano, ou seja, não se havia completado o qüinqüênio da prescrição aquisitiva.
>
> Por este motivo, os requeridos resistiram à pretensão do requerente por entenderem que a posse deste é clandestina, posto que derivada de esbulho.

Deve ser ressaltado que a ação de reintegração de posse promovida pelos requeridos contra os invasores, conforme apontam os documentos carreados aos autos em apenso, objetivou a desocupação da área apontada na inicial (que é parte integrante de imóvel maior pertencente aos requeridos).

Com isto, não se pode deixar de concluir que a coisa se tornou litigiosa, o que afasta a mansidão da posse.

O requerente, por sua vez, afirmou que adquiriu a posse de um anterior posseiro. Porém, não trouxe qualquer documento em tal sentido e sequer indicou o nome de tal posseiro que lhe vendeu a posse do imóvel objeto da ação.

Além disso, o requerente afirmou que não participou do movimento de sem terra e não invadiu o imóvel objeto da ação.

Entretanto, ainda que o nome do requerente não conste no pólo passivo da ação de reintegração de posse, não há como dizer que a procedência de tal ação não lhe tenha causado efeitos.

Isto porque em casos de invasão coletiva de terras e diante da impossibilidade de se identificar individualmente cada um dos ocupantes é admitida a citação coletiva, sob pena de se inviabilizar a prestação da tutela jurisdicional.

Com isso, nos casos de invasões coletivas, a sentença produz efeitos contra todos aqueles que tenham ocupando as terras, independentemente de terem sido citados ou não e identificados ou não.

Veja-se decisão do TJMS de onde se extrai que a existência de ação de reintegração na posse afasta os requisitos da posse mansa e pacífica e que nos casos de invasão coletiva de terras, não há necessidade de se identificar individualmente cada um dos ocupantes:

APELAÇÃO CÍVEL – USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS EXIGIDOS NO ARTIGO 550 DO CC/1916 – AJUIZAMENTO DE AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE QUE RETIROU O CARÁTER DE POSSE MANSA E PACÍFICA DO OCUPANTE – EFETIVA IDENTIFICAÇÃO E CITAÇÃO DE TODOS OS MEMBROS INVASORES DE TERRAS – DESNECESSIDADE – SENTENÇA MANTIDA POR OUTROS FUNDAMENTOS – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. Em conformidade com o artigo 550 do CC/1916, somente mediante provas fáticas poder-se-á analisar se a posse exercida pelo autor preenche ou não os requisitos esculpidos pela lei, quais sejam, (a) posse exercida com *animus domini*, mansa, pacífica e ininterrupta e (b) decurso de lapso temporal de 20 (vinte) anos. 2. **A existência de ação ajuizada pelo proprietário e visando à reintegração na posse das terras que se pretende usucapir afasta os requisitos da posse mansa e pacífica. 3. Nos casos de invasão coletiva de terras, restando evidenciada a impossibilidade de se identificar individualmente cada um dos ocupantes, é admitida a citação coletiva, sob pena de inviabilizar a própria prestação da tutela jurisdicional.** 4. Não restando caracterizados os requisitos enumerados no artigo 550 do CC/1916, não há falar em julgamento procedente do pedido de usucapião extraordinário. (AC n. 2007.002810-2, Dourados, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 7.5.2007). (destacado)

Com isso, emerge óbice ao provimento do pedido de usucapião, eis que não estão presentes todos os requisitos essenciais para a procedência do pedido, uma vez que não há como dizer que não houve oposição por parte dos requeridos acerca da posse do requerente.

Assim, por não restar demonstrado que a posse do requerente tenha sido mansa e pacífica, a improcedência do pedido se impõe.

> Por fim, entendo que eventual desocupação do imóvel por parte do requerente como pleiteado pelos requeridos em contestação, deverá ser discutida pelas vias próprias, até porque eventual pedido neste sentido deveria ter sido efetuado em sede de reconvenção, se fosse o caso, o que os requeridos não lograram fazer.
>
> Diante do exposto, julgo o processo com resolução de mérito (art. 269, I, CPC), para **rejeitar** o pedido contido na inicial."

No mesmo diapasão:

> [...] posse mansa e pacífica: é aquela que em toda sua trajetória não sofreu nenhuma oposição judicial séria. Observando que não se trata de ausência de conflito ou violência. Havendo na trajetória da posse do imóvel o ajuizamento de uma ação reivindicatória contra alguém que esteja na posse do imóvel interrompe a posse mansa e pacífica. (grifei) (texto extraído do seguinte endereço eletrônico: http://www.rccg.biz/TextosJur/Usucapiao.Htm)
>
> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE USUCAPIÃO ESPECIAL - PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 1.238 C/C ART. 2.029 DO NOVO CÓDIGO CIVIL - LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO DE POSSE MANSA, PACÍFICA E ININTERRUPTA - AUSÊNCIA - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.
>
> [...] Não se comprovando o lapso temporal de posse mansa, pacífica e ininterrupta, necessário para aquisição do bem através da usucapião, a improcedência do pedido é medida que se impõe. (TJMG, AC n. 1.0024.04.327571-8/001, Décima Quarta Câmara Cível, Rel. Des. Valdez Leite Machado, julgado em 18.6.2009).

Mas isso não é só. Denota-se também que o Sr. Jânio Alves de Sousa (requerido), no ano de 2004, ofereceu representação em face de Wanderly Luiz Bittencourt Braga, irmão gêmeo do apelante, alegando que Wanderly ou o seu irmão gêmeo, ocupava a área sem autorização dos proprietários. (f. 108-109)

E ainda, nos termos da escritura pública de doação (f. 107), o apelante passou a ter a posse da área usucapienda no início de 2003 ou final de 2002, bem como que foi substituído por seu irmão Wanderly, *verbis*:

> Portanto, posso afirmar que foi no início de 2003 ou final de 2002 que Wanderley passou a ter a posse da chácara que afirma chamar-se Sítio Canaã, enviando para ela o seu filho que atendia pelo nome de Edinho e mais um empregado, que atendia por Orlando [...]
>
> 7) E, que esses rapazes permaneceram nessa chácara, mais ou menos de quatro a cinco meses, sendo substituídos por Wanderly, irmão gêmeo de Wanderley, que chegam a ser tão parecidos entre si, que eu até os confundia.

Por derradeiro, a fim de comprovar que a posse do apelante não é mansa nem pacífica, cito o protesto judicial (autos em apenso), distribuído no ano de 2004, em que figuram como autores os ora apelados, e como réu, o irmão gêmeo do apelante (f. 2-4).

Sendo assim, em razão da não comprovação dos requisitos para o reconhecimento da usucapião em favor do apelante, qual seja, a mansidão de sua posse, a manutenção da sentença é medida que se impõe.

Pelo exposto, e com o parecer, conheço do recurso, rejeito a preliminar e, no mérito, nego-lhe provimento, mantendo a sentença pelos próprios fundamentos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, COM O PARECER, REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

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

Campo Grande, 19 de julho de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.021471-0 - Rio Brilhante
Terceira Turma Cível
Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – SEGURO OBRIGATÓRIO – DPVAT – QUEDA DE VEÍCULO PARADO – INEXISTÊNCIA DE ACIDENTE – RECURSO IMPROVIDO.

O DPVAT só é devido quando a lesão sofrida pela vítima decorre de acidente de trânsito.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 19 de julho de 2010.

Des. Rubens Bergonzi Bossay – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay

Trata-se de apelação cível interposta por Ramão Muniz Barbosa, inconformado com a sentença prolatada pelo Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Rio Brilhante, nos autos da ação de cobrança que move em face de Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S.A., que julgou improcedente o pedido inicial, nos termos do art. 5º, da Lei n. 6.194/74, uma vez que restou demonstrados nos autos que o evento danoso que lesionou o requerente não foi um acidente de trânsito.

Aduz o apelante que tem o direito de receber o valor da indenização referente ao seguro obrigatório, no valor de 40 vezes o valor do salário- mínimo vigente no país, em virtude de sua debilidade permanente, em razão do acidente no qual foi vítima.

Alega que o seguro obrigatório é contrato de adesão, impondo sua interpretação em favor do segurado, impondo a aplicação do artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor.

Afirma que o art. 2º da Lei n. 6.194/74 não menciona que o veículo deve estar em movimento, bastando a simples ocorrência do acidente automobilístico e nexo de causalidade entre este e a invalidez do apelante.

Argumenta que o fato do acidente sofrido ser decorrente de acidente de trabalho, não obsta o recebimento do seguro obrigatório.

Requer o provimento do recurso para reformar a sentença, condenando a seguradora a pagar o seguro obrigatório no valor de 40 salários-mínimos, em face da invalidez à sua invalidez, condenando esta ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios no importe de 20% do valor da causa.

Em contrarrazões, o apelado manifesta-se pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Ramão Muniz Barbosa, inconformado com a sentença prolatada pelo Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Rio Brilhante, nos autos da Ação de Cobrança que move em face de Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S.A., que julgou improcedente o pedido inicial, nos termos do art. 5º, da lei n. 6.194/74, uma vez que restou demonstrados nos autos que o evento danoso que lesionou o requerente não foi um acidente de trânsito.

O recurso não merece provimento.

Os fatos descritos nos autos não podem ser conceituados como acidente de trânsito, razão pela qual ao apelante não assiste o direito de perceber indenização a título de seguro obrigatório-DPVAT, conforme disposição do art. 3º, alínea "b" da lei n. 6.194/74 e art. 8º da Lei n. 11.482/2007.

Como disposto na sentença recorrida, o seguro obrigatório tem por objetivo amparar as vítimas de acidente automobilístico, sendo que o seu pagamento decorre da simples prova do acidente e do dano decorrente, independentemente de culpa, nos termos do que dispõe o art. 5º, § 1º, da Lei n. 6.194/74.

Assim, para que a vítima tenha direito a perceber a indenização, deve comprovar a ocorrência do acidente, a invalidez permanente ou morte, bem como o nexo de causalidade entre o acidente e a invalidez/morte.

Nesse sentido o entendimento desta Corte:

> APELAÇÃO CÍVEL – SEGURO OBRIGATÓRIO – DPVAT – AMPARO DE VÍTIMAS DE ACIDENTE AUTOMOBILISTICO – AUSUÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA OCORRÊNCIA DO ACIDENTE – RECURSO PROVIDO.
>
> O seguro obrigatório tem como finalidade precípua amparar as vítimas de acidentes automobilísticos, e o pagamento deve ser efetuado mediante simples prova do acidente e do dano decorrente, portanto, não constando nos autos a prova do nexo causal entre o acidente de trânsito e o dano sofrido, fica afastada a cobertura pelo seguro DPVAT. (AC n. 2006.002852-5, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Luiz Carlos Santini, DJ de 11.4.2006).

Na Comunicação de Acidente do Trabalho – CAT, o apelante descreveu como acidente de trânsito os seguintes fatos:

> Ao chegar à lavoura na colheita de arroz irrigado, para carregar o caminhão, estacionou-o perto da colheita de arroz irrigado, terra de várzea/brejo, e quando subiu p/tirar a lona, escorregou e caiu de costas, quando quebrou o quadril, fêmur, com rompimento do ligamento do joelho direito. (f. 16)

O mesmo foi descrito no Laudo de Perícia Médica:

> Em janeiro de 2007, enquanto "puxava" arroz, sofreu uma queda da carroceria do caminhão, quando manipulava o produto, traumatizando o pé, causando sobrecarga no membro inferior direito.
>
> Foi transportado ao Hospital de Rio Brilhante onde não almejou tratamento efetivo (sic). Foi encaminhado à Nova Alvorada do Sul para um exame de Raio x no membro afetado.

> Retornou à Rio Brilhante onde foi medicado e encaminhado para tratamento em casa. Ficou em repouso trinta dias deitado e quarenta dias em cadeira de rodas. (f. 191)

Como se observa, não existiu acidente de trânsito no caso dos autos e sim acidente de trabalho, como bem expressou o julgador de primeira instância, já que a queda ocorreu quanto o caminhão estava parado, não se tratando, por isso, de sinistro coberto pelo seguro obrigatório DPVAT.

Em caso semelhante, assim decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

> EMENTA - AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO OBRIGATÓRIO (DPVAT). INVALIDEZ NÃO DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRÂNSITO. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. SÚMULA 14 DAS TURMAS RECURSAIS. Tendo o fato ocorrido enquanto o autor arrumava a carga do caminhão e não em função de acidente automobilístico, inviável o reconhecimento do direito ao seguro obrigatório. As circunstâncias indicam tenha se caracterizado mero acidente de trabalho, e não acidente de trânsito, não dando direito, portanto, à indenização do seguro obrigatório. Recurso provido. (AC n. 71002002202, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Rel. Ricardo Torres Hermann, Julgado em 25.6.2009).

Por tais razões, não há falar em reforma da sentença recorrida, que deve ser mantida incólume.

Pelo exposto, conheço do recurso interposto e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

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

Campo Grande, 19 de julho de 2010.

***

Apelação Cível n. 2008.035123-1 - Dourados
Primeira Turma Cível
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À ARREMATAÇÃO – IMPUGNAÇÃO – LAUDO DE AVALIAÇÃO – DEVE SER REALIZADA EM MOMENTO OPORTUNO – BEM ARREMATADO POR VALOR SUPERIOR A 50% DA AVALIAÇÃO – NÃO CONFIGURAÇÃO DE PREÇO VIL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

A impugnação ao laudo de avaliação deve ser realizada em momento processual oportuno, qual seja, quando da intimação da avaliação, sob pena de preclusão.

É considerado vil o preço oferecido pelo credor ou arrematante quando o lance por ele ofertado for inferior a 50% do valor da avaliação

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 30 de junho de 2010.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Trata-se de apelação cível interposta por Valdeni Marques da Silva contra decisão de f. 179-181 que rejeitou liminarmente os embargos à arrematação que move em face de Banco do Brasil S.A.

Os apelantes alegam, em síntese, que:

> [...] não é crível que este r. *decisum* tenha simplesmente ignorado a 'impossibilidade de arrematação pelo credor por preço inferior ao da avaliação', conforme restou exaustivamente demonstrado pelos ora embargantes no item II, B, da exordial (f. 9-11). (f. 228)
>
> Com efeito, tem-se que a arrematação é nula de pleno direito, porquanto não houvera a indispensável atualização do respectivo imóvel, olvidando, inclusive, que o Laudo de avaliação adstrito (f. 53), o qual atribuíra ao Bem o valor total de R$ 225.000,00 (duzentos e vinte e cinco mil reais), fora lavrado em 7 de dezembro de 2007, quer seja, quase 9 (nove) meses antes do praceamento, perpetrando, portanto, uma inarredável ofensa aos arts. 620 e 692 do CPC. (f. 228)
>
> [...] *In casu*, além de não ter havido a imprescindível atualização do valor do imóvel quando da realização do segundo praceamento, culminando com um nefasto lanço de R$ 152.400,00 (cento e cinquenta e dois mil e quatrocentos reais) saliente-se que o ora apelado

> ainda procedera, suspicazmente, a atualização do *quantum debeatur*, informando o valor da dívida como sendo R$ 252.383,13 (duzentos e cinquenta e dois mil e trezentos e oitenta e três reais e treze centavos), datado de 13.8.2008, e ocasionando a falaciosa assertiva de que o valor da arrematação é inferior ao valor da dívida, sendo certo que tal lídimo enriquecimento ilícito, maquiavelicamente perpetrado pelo credor no segundo praceamento, *concessa venia*, jamais poderia ter sido categoricamente desprezado pela r. sentença de f. 179-181, ora embargada, por uma simples questão de justiça e equidade. (f. 229)

Por fim, requer o provimento do recurso para*"[...] declarar a nulidade da praça e a consequente arrematação do imóvel objeto da matrícula n. 37.682 do RGI local: 1 lote determinado pelo n. 4 (quatro), da quadra n. 12 (doze), ex-núcleo colonial de Dourados, situado na zona rural desta comarca, com área de 30 has e 2.995 ms² (trinta hectares e dois mil e novecentos e noventa e cinco metros quadrados), bem como com o inexorável expurgo da multa de 1% (um por cento) indevidamente aplicada (f. 219-220), e ainda, a inarredável condenação do ora apelado no pagamento dos ônus sucumbenciais".* (f. 233)

O apelado, devidamente intimado, apresentou as contrarrazões (f. 240-249).

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Valdeni Marques da Silva contra decisão de f. 179-181 que rejeitou liminarmente os embargos à arrematação que move em face de Banco do Brasil S.A.

Os apelantes insurgem-se contra a sentença ao argumento que (I) não houve atualização do valor do bem arrematado; e (II) o bem foi arrematado por preço vil.

Por primeiro, anoto que a insurgência a respeito do laudo de avaliação judicial deveria ter sido feita no momento oportuno, por recurso próprio, qual seja, o agravo de instrumento, não podendo agora, em sede de apelação em embargos à arrematação pretender impugná-lo.

Nesse sentido, aliás, eis o entendimento da jurisprudência:

> EMBARGOS À ARREMATAÇÃO. IMPUGNAÇÃO À AVALIAÇÃO DO BEM PENHORADO. PRECLUSÃO. ENDEREÇO DO LOCAL DO LEILÃO. INEXIGÊNCIA PELA LEGISLAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PREÇO VIL. NÃO-OCORRÊNCIA.
>
> 1. [...] não se possibilita a impugnação da avaliação dos bens penhorados após a publicação/ciência do edital de leilão por ocorrência de preclusão. No caso, a agravante não impugnou a avaliação no momento oportuno, já que intimado tanto da avaliação quanto da reavaliação, não havendo qualquer inconformidade a esse respeito desde aquele momento.[1]

Quanto à insurgência sobre o bem ter sido arrematado por preço vil, cumpre-nos destacar o conteúdo dos artigos 686, VI, e 692, do Código de Processo Civil:

> Art. 686. Não requerida a adjudicação e não realizada a alienação particular do bem penhorado, será expedido o edital de hasta pública, que conterá:
>
> [...]
>
> VI - a comunicação de que, se o bem não alcançar lanço superior à importância da avaliação, seguir-se-á, em dia e hora que forem desde logo designados entre os dez e os vinte dias seguintes, a sua alienação pelo maior lanço (art. 692).
>
> Art. 692. Não será aceito lanço que, em segunda praça ou leilão, ofereça preço vil.

1 TRF4, AC n. 2009 RS 2004.71.03.002009-6, Primeira Turma, Rel. Joel Ilan Parciornik, DJ 11.10.2006.

Ora, vê-se claramente que a legislação de regência não traça critérios objetivos em termos percentuais para que haja configuração do que seja preço vil em se tratando de arrematação ou adjudicação de bens submetidos à hasta pública, cabendo, portanto, ao julgador, utilizando-se do bom senso e das regras de experiência comum, extrair da situação concreta um valor que coíba a possibilidade de enriquecimento sem causa do credor arrematante ou adjudicante.

Pois bem. Depreende-se dos autos que o bem objeto do presente recurso foi avaliado em 7.12.2007 em R$ 225.000,00 (f. 68), tendo sido, entretanto, arrematado em segunda hasta pública por R$ 152.400,00 (f. 161).

Na hipótese, observa-se que a arrematação, feita em segunda praça pelo banco-recorrido, alcançou 67,73% do valor da avaliação realizada à f. 68, valor que, no caso, absolutamente, não configura preço vil.

Isso porque, para que haja o reconhecimento de que o preço oferecido pelo credor ou arrematante é irrisório, *mister* que o lance ofertado seja inferior a 50% do valor da avaliação, o que não é o caso dos autos.

A propósito, como reiteradamente vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça, pode o bem penhorado ser arrematado por preço inferior ao da avaliação, desde que esse não seja vil, assim considerado aquele muito aquém da avaliação atualizada do bem, nos termos preconizados pelo artigo 692 do Código de Processo Civil.

Nesse sentido são os seguintes precedentes:

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE ANÁLISE DE PEDIDO DE SUSTENTAÇÃO ORAL. REGIMENTO INTERNO. SÚMULA N. 280/STF. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. AVALIAÇÃO DO BEM E ARREMATAÇÃO. PROXIMIDADE TEMPORAL. NECESSIDADE. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA. 1. Não se conhece de recurso especial quando o Tribunal de origem, para dirimir a controvérsia, se baseia em regimento interno que, segundo a jurisprudência desta Corte, se equipara a lei local. Súmula n 280/STF. 2. Tendo o Tribunal *a quo* apreciado, com a devida clareza, toda a matéria relevante para a apreciação e julgamento do recurso, não há que se falar em violação ao art. 535 do Código de Processo Civil. 3. A jurisprudência desta Corte é uníssona em considerar vil o preço da arrematação que seja inferior a 50% do valor da avaliação. [...][2] (Grifei)
>
> PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. ARREMATAÇÃO. VALOR INFERIOR A 50% DA AVALIAÇÃO DO BEM. PREÇO VIL. 1. O STJ entende que está caracterizado o preço vil quando o valor da arrematação for inferior a 50% da avaliação do bem.[3] (Grifei)

Diante das razões delineadas, conclui-se que, por ter sido válida a arrematação do bem, correta a decisão do magistrado de origem em julgar improcedentes os embargos à arrematação.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso interposto, mantendo intacta a sentença hostilizada.

2 REsp n. 703002 / PR, REsp n. 2004/0131922-8, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Des. Convocado do TJ/AP, Quarta Turma, DJU 23.11.2009.

3 AgRg no REsp n. 996388/SP, (2007/0240515-5), Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJU de 27.8.2009.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sérgio Fernandes Martins, João Maria Lós e Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 30 de junho de 2010.

***

Apelação Cível n. 2009.000431-1 - Coxim
Primeira Turma Cível
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – MORTE ACIDENTAL – NEXO CAUSAL COMPROVADO – COBERTURA PREVISTA NA APÓLICE DO SEGURO – INDENIZAÇÃO INTEGRAL – RECURSO NÃO PROVIDO.

Se a morte resultou da queda do segurado ao sair de um veículo que lhe ocasionou o AVC, não há como se qualificar tal sinistro como "morte natural" e sim "morte acidental", prevista na apólice do seguro.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 30 de junho de 2010.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Trata-se de apelação cível interposta por Sul América Seguros de Vida e Previdência S.A. contra sentença que julgou procedente a ação de cobrança proposta por Júlio Cesar Lopes.

A apelante alega, em síntese, que:

> [...] a condenação imputada à seguradora ora apelante, data *veni*a, não merece prosperar em razão da apólice de seguro não conter previsão de cobertura para indenização por morte decorrente de doença, conforme se verifica na apólice de seguro e no respectivo cartão proposta do qual o segurado foi signatário. (f. 189)
>
> [...] O fato de o segurado ter sofrido queda que por consequência levasse à sua morte não quer dizer que a razão de sua morte seja acidental, como concluiu o juiz singular, haja vista que a queda foi superveniente ao AVC sofrido pelo segurado, conforme documentos anexados na contestação. (f. 190)
>
> [...] não há que se confundir o AVC – acidente vascular cerebral – com acidente pessoal tão somente pelo fato de constar no nome da patologia a palavra acidente, mesmo porque, o conceito de acidente pessoal tem por característica ser um evento de causas externas, o que, evidentemente, não é o caso dos autos. (f. 190)

> [...] a queda sofrida pelo segurado não contribuiu para o óbito, sendo esta a conclusão do médico legista, pois, a bem da verdade, a queda ocorreu em decorrência do AVC e não o contrário como entendeu equivocadamente o julgador *a quo*. É difícil esperar que uma pessoa acometida de AVC consiga permanecer em pé sem perder os sentidos, sendo evidente que esta foi a causa da queda. (f. 192)

Por fim, requer *"[...] que se digne conhecer e prover o presente recurso de apelação, para reformar a sentença e julgar totalmente improcedente o pedido formulado na presente ação, uma vez que não há cobertura na apólice para indenização decorrente de morte decorrente de doença, como o AVC sofrido pelo segurado"*. (f. 192)

Devidamente intimado, o apelado apresentou as contrarrazões (f. 199-202)

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Sul América Seguros de Vida e Previdência S.A. contra sentença que julgou procedente a ação de cobrança proposta por Júlio Cesar Lopes.

O recurso não merece provimento.

Com efeito, consta dos autos que o apelado Júlio Cesar Lopes ajuizou ação de cobrança em face da apelante Sul América Seguros de Vida e Previdências S.A., sustentando em síntese que firmou contrato de seguro com a mencionada seguradora, no qual seu genitor, Izolino Lopes, foi incluído na modalidade de segurado por acidente, mas que tendo seu pai falecido em razão de um acidente, a apelante não lhe autorizou a indenização conforme pactuado.

Sustenta o apelado em sua exordial que o acidente ocorreu em 31 de outubro de 1998. Aduz que seu pai sofreu uma queda quando, ao sair do interior de um veículo, bateu com a cabeça contra um portão de ferro de uma casa na cidade de Campinas -SP.

Pois bem. O cerne da questão cinge-se saber se existe ou não o nexo causal entre o acidente noticiado e o óbito do segurado.

O juízo *a quo*, examinando a questão, em razão dos elementos contidos nos autos e de sua convicção, entendeu por bem julgar procedente o pedido.

Como cediço, após um longo período de debates legislativos sobre a Reforma do Judiciário, introduziu-se no cenário constitucional a EC n. 45/2004, que ensejou a implantação de mudanças e adaptações nos ritos processuais, buscando tornar mais célere e eficiente a prestação jurisdicional. A instituição das súmulas vinculantes, dos processos de repercussão geral e a promulgação de lei para os casos de recursos em causas repetitivas marcaram o processo de mudança com o objetivo de restabelecer a normalidade na tramitação de processos judiciais, tudo com o fito de consolidar primado constitucional da razoável duração do processo (CF/88, artigo 5º, LXXVIII).

Nesse contexto, não se mostra contrário ao texto do art. 93, IX, do texto constitucional, a utilização dos fundamentos da sentença *"como suporte do acórdão que a confirme"*, nos termos da remansosa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do que foi decidido quando do julgamento do AgRg no Ag n. 517299/MT, de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros, julgado em 9.5.2006 e publicado no DJ de 29.5.2006, p. 230.

Dito isso, observo que, com relação à matéria trazida no recurso, impõe-se a manutenção da sentença por seus próprios fundamentos, os quais utilizo também como razão de decidir, transcrevendo os seguintes trechos da mesma:

> No laudo de exame necroscópico (f. 17) os peritos relatam que a morte se deu por causas naturais, respondendo com essa declaração aos quesitos 1 e 2 do próprio laudo. Não responderam, porém, aos quesitos 3 e 4, nos quais poderiam indicar se aquela causa natural seria ou não derivada do acidente relatado, ou seja, se a queda e a batida de cabeça teriam produzido o AVC atestado na certidão de óbito.
>
> Vê-se no processo que o *de cujus* havia sofrido um AVC anterior, cerca de dois anos antes do acidente em comento. Daquele acidente vascular anterior não se tem notícia da causa.
>
> Já em relação ao AVC que levou o segurado à morte, está demonstrado que teve o acidente (queda e batida de cabeça) como fator deflagrante.
>
> Nesse sentido, a "ficha de atendimento pronto socorro" (f. 20) e "prontuário de internação em UTI" existem vários relatos da ocorrência de trauma occipital1, ou seja, danos no osso craniano.
>
> Como forma de simplificar o alcance da conclusão de que o acidente causou a morte do segurado, basta formular uma linha do tempo, de onde se extrai que a queda acidental do autor fez com que batesse a cabeça em um portão de ferro, o que lhe causou o trauma occipital, que por sua vez deflagrou o AVC que o levou à internação em UTI e, por fim, ao óbito.
>
> Se retirada da linha do tempo o evento acidente, resta claro que os fatos seguintes também não se realizariam e o segurado teria prosseguido com sua vida normal.
>
> O depoimento do médico Nevair Roberti Gallani (f. 170) torna definitiva essa conclusão.
>
> Referido profissional afirma que "[...] o óbito veio acontecer decorrente do acidente" e que "[...] no caso dos autos pode dizer que o falecimento do pai do autor aconteceu em decorrência direta do acidente que este sofreu; se não tivesse sofrido o acidente continuaria vivendo exatamente da mesma forma em que antes vivia".
>
> Resta, pois, evidente o nexo de causalidade entre o acidente e o óbito de Izolino Lopes, do que deriva o dever de a requerida pagar a indenização do seguro contratado na modalidade acidente, impondo-se assim o julgamento de procedência do pedido formulado na inicial.

Antes de examinar o conjunto probatório, *mister* se faz esclarecer o que seja morte natural e morte acidental.

É lição de Plácido e Silva:

> MORTE NATURAL. É aquela que, em realidade, põe termo à vida de uma pessoa, seja qual for a causa, que a produza. Entanto, segundo as circunstâncias em que a morte natural possa ocorrer, várias expressões se usam para melhor determiná-la.
>
> Assim, a própria expressão morte natural é tida em sentido estrito para indicar a que é causada naturalmente, segundo a própria lei da vida.
>
> *Mors ultima linea rerum est*, conforme dizia Horácio. A morte é o termo final de todas as coisas.

> A morte por acidente é a que resulta de um acontecimento imprevisto, de uma desgraça inesperada[1].

Sobre tal cobertura 'morte acidental', consta do contrato firmado com a apelante (f. 102):

> 5.1. Para os fins desta Cláusula, acidente é o evento com data caracterizada, exclusivo e diretamente externo, súbito, involuntário e violento, causador de lesão física que, por si só e independentemente de toda e qualquer outra causa, tenha, como consequência direta, invalidez Permanente Total ou Parcial do Segurado.

Ressalte-se, inicialmente, que o Contrato de Seguro deve ser interpretado a favor do segurado, pois esta é a parte mais vulnerável da relação, não tendo a Seguradora, por seu turno, buscado comprovar que o problema experimentado pelo genitor do ora requerido possuía outra procedência, que não o acidente sofrido.

Compulsando os autos, verifica-se que as provas testemunhais produzidas revelam que, de fato, a Sr. Izolino Lopes sofreu uma queda que lhe causou o trauma occipital, que por sua vez deflagrou o AVC que o levou à internação em UTI e, por fim, ao óbito.

A testemunha Sônia Maria de Oliveira Ângelo assim se manifestou:

> - ao tentar sair do carro sem ajuda da casa da depoente o pai do autor escorregou e bateu a cabeça no portão, perdendo os sentidos; até então aparentava estar em boas condições de saúde (f. 169)

Nevair Roberti Gallanni, por sua vez, sustenta que:

> - pode referir que o óbito veio acontecer decorrente do acidente; existe norma administrativa do Conselho Federal de Medicina com instruções acerca da forma de preenchimento do atestado de óbito; no caso dos autos pode dizer que o falecimento do pai do autor aconteceu em decorrência direta do acidente que este sofreu (f. 170)

Por sua vez, a Certidão de Óbito reproduzida às f. 15, atesta que a morte ocorreu em 14.11.1998, ou seja, 15 dias após a ocorrência do sinistro, dando como '*causa mortis*' acidente vascular cerebral aterosclerose.

Destarte, forçoso concluir, muito ao contrário do que sustenta a recorrente para justificar sua recusa em pagar a indenização securitária, que a morte não ocorreu por mera causa natural, mas em decorrência direta do acidente.

Ao meu sentir, restou devidamente demonstrado nos autos que a queda foi fundamental para o óbito do segurado, razão pela qual deve a seguradora arcar com a indenização do seguro pleiteado.

Nesse sentido:

> SEGURO DE VIDA - COBRANÇA - MORTE ACIDENTAL - COMPROVAÇÃO - COBERTURA PREVISTA NA APÓLICE - INDENIZAÇÃO DEVIDA - SENTENÇA MANTIDA - APELO IMPROVIDO[2].

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

1 **Vocabulário Jurídico**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 213. v. 3.

2 TJSP, AC com Revisão n. 1.217.695-0/0, Trigésima Quinta Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Mendes Gomes.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sérgio Fernandes Martins, João Maria Lós e Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 30 de junho de 2010.

***

Apelação Cível n. 2009.006653-1 - Dourados
Primeira Turma Cível
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – EXONERAÇÃO – SERVIDOR PÚBLICO – CARGO EM COMISSÃO – LICENÇA-SAÚDE – POSSIBILIDADE – NEGADO PROVIMENTO.

Os servidores públicos nomeados para cargos em comissão são demissíveis *ad nutum*. Inteligência do inciso II do artigo 37 da Constituição Federal. O gozo de licença-saúde não impede a exoneração de cargo comissionado.

Incabível dano moral ante a legalidade da conduta da Administração Pública.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 27 de julho de 2010.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Lis Roberta Ramos dos Santos contra a sentença (f. 161-164) que julgou improcedente o pedido formulado nos autos da ação indenizatória promovida em desfavor da Fundação Municipal de Saúde e Administração Hospitalar de Dourados.

A apelante busca a reforma da sentença hostilizada, asseverando, em síntese, que:

> Quando o magistrado de primeiro grau sentenciou julgando totalmente improcedente a pretensão vestibular da apelante, através do seu livre convencimento motivado expondo que as funções desempenhadas pela jurisdicionada dentro de HUD não eram ambientes insalubres, por isso isentos de agentes nocivos a saúde psíquica e que as condições ambientais e de serviço em geral, não demandam por si só, patologias incapacitantes, não constatando qualquer relação entre os serviços desempenhados e a patologia que acomete a requerente, contrariou Normas de Ordem Pública constantes na Constituição Federal, Tratados, Pactos e Convenções Internacionais, Leis e Decretos Federais e todos as robustas provas documentais inclusas nos autos [...]. (f. 185).
>
> [...] o r. Magistrado de primeiro grau, não somente contrariou as referidas Leis e Decreto Federal, ao motivar constando que a doença da apelante não foi adquirida no exercício da profissão, também ignorou as provas periciais do ambiente do trabalho inclusa nos autos, cujo

documento acima referenciado consta claramente as consequências maléficas que fora causada na apelante, em razão do estressante ambiente de trabalho dentro do HUD, devidamente previsto por Técnico de Segurança do Ambiente do Trabalho. (f. 187).

O magistrado de primeiro grau ao consignar na sentença vergastada que o INSS não constatou incapacidade para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual, não observou as robustas provas incontroversas, todas inclusas nos autos, constantes nas f. 54; 55; 56; 57; 58; 60; 61 e acostados nesse recurso, nos termos do CPC, art. 462. (f. 187).

[...] verifica-se que o r. Magistrado de primeiro grau contrariou todas as provas materiais inclusas nos autos alegando que o INSS não constatou incapacidade laborativa, é tão certo e evidente que, a apelante desde seu primeiro afastamento 17.5.2007 até hoje se encontra recebendo auxílio-doença do INSS por constatação de incapacidade laborativa em razão da aquisição da doença mental adquirida no exercício da função do HUD, CID f. 32, tudo sustentado por Laudo Médico. (f. 189).

A apelada e os seus agentes evidentemente negligenciam em não propor medidas preventivas ou soluções nos ambientes de trabalho, com a finalidade de prevenir ou reparar qualquer acometimento de doença mental no ambiente insalubre, inclusive, com a inclusão de psicólogos do trabalho, nesse sentido, a culpa é objetiva nas palavras das Leis. (f. 190).

Insta observar que, o fato de a apelante estar percebendo benefício previdenciário do INSS, pelo reconhecimento da incapacidade laborativa, adquirida quando trabalhava pela apelada dentro do HDU desde 2001 (f. 122), esse direito adquirido não se confunde com o direito a indenização pelo prejuízo aos danos patrimoniais referentes aos lucros emergentes e cessantes, que deverão ser apurado em fase de liquidação de sentença. (f. 192).

Não restam dúvidas que houve por parte da apelada e seus agentes, danos morais causado a requerente, em razão da lesão mental, com perda do membro superior, inabilitando totalmente para o trabalho, por doença que incontroversamente adquiriu no exercício da atividade dentro das dependências do HUD, aliado ao desleixo e falta de observação das Leis, por parte dos agentes da apelada. (f. 192).

[...] não necessitou a apelante comprovar que sentiu a doença psiquiátrica adquirida no exercício da profissão, e por isso, a consequente incapacidade; ou em sua honra demonstrar em juízo que sentiu a lesão, e assim por diante, a propósito a jurisprudência é pacífica nesse sentido […]. (f. 193).

Ao final, requer *"[...] Digne-se Vossa Excelência receber, conhecer e prover o presente recurso, nulificando ou reformando a sentença de 1º grau, julgando total ou parcialmente procedente a pretensão vestibular da apelante, sendo os danos emergentes e cessantes para serem apurados em fase de liquidação de sentença, invertendo a condenação dos honorários advocatícios, majorando para 20% sobre o valor da causa, levando em consideração o trabalho dedicado pelo patrono do apelante […]."* (f. 195).

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator)

Cuida-se, como relatado, de recurso de apelação cível interposto por Lis Roberta Ramos dos Santos contra a sentença (f. 161-164) que julgou improcedente o pedido formulado nos autos da ação indenizatória promovida em desfavor da Fundação Municipal de Saúde e Administração Hospitalar de Dourados.

Verifica-se dos autos que a apelante exercia cargo em comissão de Coordenadora de Serviços – DGA6, da Fundação de Saúde e Administração Hospitalar de Dourados, com lotação naquele mesmo local, desde 7 de janeiro de 2005, consoante Portaria/GAB n. 33, de 14 de janeiro de 2005, publicada no Diário Oficial de Dourados – Ano VII – n. 1.466 (f. 13).

A ora requerente foi então exonerada pela Portaria HU n. 177, de 2 de abril de 2008 (f. 14).

Anote-se que, conforme laudo médico e demais documentos juntados aos autos (f. 29-63), a apelante iniciou tratamento psiquiátrico em 17.5.2007 e, desde então, deixou de ter condições de trabalhar, estando, por isso, gozando de licença-saúde.

Cinge-se, portanto, o presente feito em verificar se agiu corretamente a administração ao exonerar a apelante.

Como cediço, o disposto no inciso II, do artigo 37, da Constituição Federal, afirma que os cargos em comissão são de livre nomeação e exoneração, não havendo, portanto, no caso, falar em estabilidade e muito menos em efetividade do servidor nestes cargos.

De fato, somente o servidor aprovado em concurso público possui estabilidade, isto após o cumprimento do estágio probatório (artigo 41, da Constituição Federal).

Hely Lopes Meirelles[1], aliás, leciona que a estabilidade é própria dos servidores públicos nomeados através de concurso público, acrescentando a seguinte advertência:

> É por isso que os nomeados em comissão e os admitidos na forma do art. 37, IX, da CF, cujos vínculos empregatícios têm sempre um caráter provisório, jamais adquirem estabilidade. Não podem pretender a permanência no serviço público, porque essa garantia, repetimos, é exclusiva dos servidores regularmente investidos em cargos públicos de provimento efetivo em virtude de concurso público.

Destarte, os servidores nomeados para exercerem cargo em comissão são demissíveis *ad nutum*, ou seja, não há nenhuma garantia de sua permanência no cargo. No caso, portanto, inexistia obstáculo para a exoneração da ora apelante, pois esta atribuição encontra-se no campo da discricionariedade do administrador.

Nesse diapasão, veja o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

> ADMINISTRATIVO - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – CARGOS COMISSIONADOS E FUNÇÕES GRATIFICADAS - INVESTIDURAS - ATO JURÍDICO PERFEITO E DIREITO ADQUIRIDO - INEXISTÊNCIA - DEMISSÃO *AD NUTUM* - VALIDADE - ART. 20, § 5º, II, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL - PLENA EFICÁCIA - ART. 5º DA EMENDA CONSTITUCIONAL ESTADUAL N. 12/95 - VIGÊNCIA - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1 - Os ocupantes de cargos comissionados ou de funções gratificadas, em razão da instabilidade do vínculo e da precariedade da admissão, podem ser demitidos *ad nutum*. Desta forma, estes ocupantes não possuem direito adquirido de permanecerem no cargo, bem como não há como considerar que suas investiduras constituíram ato jurídico perfeito. 2 - Precedentes (MS n. 14.220/TO e 3.699/RJ). […] 5 - Recurso conhecido, porém, desprovido.[2]
>
> MS - CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO – INGRESSO - CARGO EM COMISSÃO - ESTABILIDADE - INEXISTÊNCIA - PRECARIEDADE. O ingresso no serviço público, na categoria de funcionário público, está

1 **Direito administrativo brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 418.

2 MS n. 14520/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, julgado em 9.9.2003, DJ 13.10.2003. p. 382.

> sujeito à habilitação em concurso público de provas e títulos. Comando também aos Estados, por força do disposto no art. 11, ADCT. Inexiste estabilidade ao servidor ocupante de cargo em comissão. Trata-se de cargo de livre escolha e exoneração.[3]

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sobre questão análoga, decidiu que:

> SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO. LICENÇA-SAÚDE. EXONERAÇÃO. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA POR IDADE. Servidor público municipal ocupante do cargo de Secretário de Administração do Município de São Sepé, que, no curso de licença-saúde, foi exonerado pelo Prefeito Municipal para evitar sua aposentadoria compulsória por ter atingido 70 anos de idade. Legalidade do ato de exoneração por se tratar de cargo em comissão. Precedente jurisprudencial. APELAÇÃO DESPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.[4]

> AGRAVO DE INSTRUMENTO - CARGO EM COMISSÃO - CONDIÇÃO QUE PERMITE A EXONERAÇÃO DE SEUS OCUPANTES A QUALQUER TEMPO, AINDA QUE EM LICENÇA-SAÚDE - PRECEDENTES DA CAMARA SOBRE O TEMA - ALTERAÇÃO DO REGIME PREVIDENCIARIO PELA REDAÇÃO DO § 13º DO ART. 40 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 20. AGRAVO DESPROVIDO.[5]

Assim, estando o agir da administração pautado pela estrita legalidade, não há falar em indenização, em especial por dano moral.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADIn n. 182/RS, em que foi Relator Ministro Sydney Sanches, assentou a impossibilidade de pagamento de indenização em favor de servidor comissionado por ocasião de sua exoneração, pois, caso isto fosse possível, haveria evidente violação ao disposto no artigo 37, inciso II, da Carta Magna, porquanto limitaria a discricionariedade do administrador nesta espécie de contratação.

Demais disso, não há nenhuma demonstração efetiva de dano ou de comprovação de que, no caso, a autoridade tenha realmente procedido à exoneração do apelante por perseguição.

Da mesma forma, nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

> SERVIDOR PÚBLICO. MAGISTÉRIO. CONTRATO EMERGENCIAL. EXONERAÇÃO NO CURSO DE LICENÇA-SAÚDE. PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO. DANO MORAL. O servidor contratado emergencialmente, à semelhança do cargo em comissão, não tem direito à permanência no cargo, ainda que a extinção do vínculo ocorra no curso de licença saúde. A contratação emergencial possui caráter precário, e atrelada ao poder discricionário da administração, de acordo com a necessidade de serviço e conveniência. Pedido de reintegração que não encontra amparo legal. Incabível recebimento de remuneração durante o período pleiteado em face do escoamento da licença saúde. Igualmente, incabível indenização por dano moral em face da legalidade da conduta do Estado. Precedentes desta Corte. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO DESPROVIDA.[6]

Assim, incabível a pretensão da apelante.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Lis Roberta Ramos dos Santos, mas nego-lhe provimento, mantendo intacta a sentença hostilizada.

3 MS n. 9865/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, julgado em 30.6.1999, DJ 16.8.1999, p. 115.

4 TJRS, AC n. 70005412762, Terceira Câmara Cível, Rel. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, DJ de 22.5.2003.

5 TJRS, Ag n. 70003083987, Quarta Câmara Cível, Rel. João Carlos Branco Cardoso, DJ de 31.10.2001.

6 TJRS, AC n. 70006547368, Terceira Câmara Cível, Rel. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, DJ de 16.10.2003.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sérgio Fernandes Martins, Joenildo de Sousa Chaves e João Maria Lós.

Campo Grande, 27 de julho de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.016892-5 - Aquidauana
Quinta Turma Cível
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL INTERPOSTA PELAS PARTES – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – CULPA MÉDICA – IMPRUDÊNCIA – NEGLIGÊNCIA CARACTERIZADA – NEXO CAUSAL – DEMORA NO DIAGNÓSTICO – TRATAMENTO INADEQUADO – DANOS MORAIS CABÍVEIS E MITIGADOS – TEORIA DA PERDA DA CHANCE APLICADA – DANOS MATERIAIS AFASTADOS – RECURSOS IMPROVIDOS.

1. Culpa médica deve ser entendida como desvio ou inobservância dos padrões normais de conduta. 2. Houve erro dos médicos na modalidade culposa, em virtude de sua negligência por omissão quanto a providências aptas, em tese, a impedir a produção do dano. 3. Nexo causal resta evidente na negligência dos médicos, cujo comportamento teve fundamental relevância causal no resultado danoso, por não propiciar ao recém-nascido a chance de vida, mediante prognóstico rápido e eficaz. 4. São devidos danos morais em virtude de morte de pessoa da família, uma vez que o dano decorre do próprio evento danoso. 4. Há de se ressaltar que a indenização fundada na aplicação da *la perte d'une chance* deverá situar-se no limite percentual de chances perdidas, o que se pondera caso a caso. 5. Adotando-se a teoria da perda de uma chance, não cabe a indenização por danos materiais, uma vez que não se tem a certeza de que efetivamente o resultado esperado ocorreria. 7. A verba honorária, na hipótese, deverá permanecer no patamar de 10% sobre o valor da condenação, uma vez que observado o disposto no art. 20, § 3º, do CPC.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 2 de setembro de 2010.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

Irineu Barbero Vitório e Ademir Bossay Cândia**,** irresignados com a sentença que condenou cada um ao pagamento de R$ 10.000,00, a título de danos morais, na Ação de Indenização por danos materiais e morais que lhes move Elizângela Menezes Gomes, interpuseram recurso de apelação. Sustenta o primeiro apelante (Irineu Barbero Vitório) que não houve nexo causal entre o atendimento médico prestado ao recém-nascido e o óbito dele; que tendo atendido ao chamado da mãe, tentou ajudar a criança, não podendo ser responsabilizado pelo dano moral decorrente do falecimento do recém-nascido. Já o segundo apelante (Ademir Bossay Cândia) alega que ao ser avisado da ocorrência de um parto da paciente do Dr. Irineu, também foi-lhe dito que tudo havia ocorrido sem qualquer intercorrência e que o RN passava bem; que naquele momento não lhe foi dito que o parto era prematuro; que como o obstetra já havia passado visita, não constatando a necessidade de pediatra, não havia

necessidade do seu comparecimento; que, por volta das 22 horas, foi avisado que o RN não estava bem, mesmo não estando de plantão ou de sobreaviso, dirigiu-se imediatamente ao hospital, tomando as medidas necessárias ao pronto atendimento; que por volta das 2 horas foi informado que o RN não havia melhorado, razão pela qual solicitou a transferência para o Hospital Regional de Aquidauana; que por volta da 6:30 horas constatou uma piora no quadro clínico do RN (sepsemia neonal de início precoce) tendo solicitado sua remoção para o Hospital Regional Rosa Pedrossian/CTI Pediátrico em Campo Grande; que naquela oportunidade o apelante e a dra. Sandra Zurutuza – pediatra de plantão – após analisarem todos os exames, chegaram a conclusão que o RN apresentava perfeitas condições de translado; que para a comprovação do erro médico necessário se faz o nexo causal entre a culpa e o dano sofrido pela vítima, para que exista responsabilidade civil passível de indenização. Pugnaram pelo provimento do recurso, julgando-se totalmente improcedente o pedido constante da exordial.

Elisângela Menezes Gomes também apela da sentença de procedência parcial prolatada nos autos de Ação de indenização por Danos Materiais e Morais. Alega nexo causal entre a sequência de atos imprudentes e negligentes dos médicos do Hospital Ruralista de Aquidauana, responsáveis pelo atendimento ao prematuro proveniente de bolsa rota, que teve como consequência uma infecção grave, com progressão rápida e de alto risco que culminou no resultado danoso (óbito) ao recém-nascido Wellington Luis Gomes da Silva, com causa mortis falência múltipla dos órgãos, insuficiência respiratória e septicemia. Pugna pela reforma da sentença, a fim de majorar para 350 salários mínimos o valor da indenização por danos morais, além da condenação por danos materiais e majoração dos honorários de sucumbência para 20% sobre o valor da condenação.

Em contrarrazões, as partes pugnaram pelo improvimento dos respectivos recursos.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator)

Trata-se de apelações recíprocas interpostas em Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais que Elisângela Menezes Gomes move em desfavor de Irineu Barbero Vitório e Ademir Bossay Cândia.

Consta dos autos que a apelante estava gestante e fazia seu pré-natal com o médico Irineu Barbero Vitório, no Hospital Funrural de Aquidauana. Inicialmente gozava de boa saúde, entretanto, após a 28ª semana de gestação houve ruptura prematura das membranas, com perda de líquido amniótico (bolsa rota), ocasião em que foi hospitalizada para tratamento médico, com a finalidade de completar as 40 semanas de gestação. Ficou hospitalizada por alguns dias e recebeu alta médica, com a orientação de retorno a cada 10 dias; ao fazê-lo no dia 7.6.2005 foi hospitalizada novamente para repousar, receber medicação antibioticoterapia e fazer acompanhamento diário do feto. No dia 11.6.2005 a apelante entrou em trabalho de parto que evoluiu rapidamente e, diante da ausência do obstetra Irineu, Elisângela deu a luz assistida por uma auxiliar de enfermagem. O menor prematuro nasceu de parto natural, por volta das 2:00 horas da madrugada, desassistido também do médico pediatra (Ademir), o qual, comunicado do nascimento da criança, não se fez presente para a devida avaliação. O obstetra (Irineu) também foi avisado sobre o ocorrido ainda na madrugada do nascimento do bebê, tendo-lhe sido relatado pela auxiliar de enfermagem que mãe e filho passavam bem e que o prematuro havia nascido aparentemente sadio, urinando normal, sem dificuldades para respirar; que pela manhã do mesmo dia Dr. Irineu (obstetra) compareceu ao hospital para afinal visitar mãe e bebê, sendo informado que duas horas após o seu nascimento havia sugado o seio materno. Após visita matutina efetuada pelo obstetra, a criança começou com gemência, choro, recusa em se alimentar, foi quando Elisângela solicitou ao obstetra que avaliasse seu bebê, pois até o momento ainda não tinha sido realizado nenhuma avaliação médica, uma vez que o pediatra ainda não havia comparecido ao hospital. Assim se deu a primeira avaliação clínica do prematuro, realizado pelo obstetra, sendo constatado que tinha abdomen distendido, oportunidade que foi medicado e obteve breve alívio. Neste dia, obstetra e pediatra encontraram-se em um evento numa localidade, sem cobertura de celular, ocasião em

que Irineu passou informações sobre o estado de saúde do prematuro e o procedimento adotado ao pediatra Ademir; que este último somente fez a primeira avaliação no RN, por volta das 22 horas, quando recebeu uma ligação telefônica do Hospital Ruralista informando que o RN chorava muito e recusava o seio; que por volta das 2 horas, a enfermeira entrou em contato com o pediatra informando que o RN não havia melhorado, oportunidade em que foi determinada a sua transferência para o Hospital Regional de Aquidauana; que, por volta das 6h30min, a enfermeira do hospital entrou em contato com o pediatra, informando que o RN havia modificado de cor, tendo sido orientada a aumentar o oxigênio; que tendo dirigido-se ao hospital, constatou uma piora no quadro clínico do RN, tendo solicitado sua transferência para o Hospital Regional de Campo Grande. Durante a transferência, o oxigênio da ambulância foi insuficiente, tendo o recém-nascido chegado a esta Capital, sem acompanhamento médico, totalmente cianótico, com parada cardiorespiratória, em estado gravíssimo. Realizadas manobras de reanimação do bebê foi dada entrada em CTI, hipotérmico, desidratado, com cianose de extremidades, palidez cutâneo e pulsos impalpáveis, sendo colocado em ventilação mecânica com parâmetros altos. Veio a falecer quatro dias após, tendo sido atestado como causa *mortis* falência múltipla de órgãos, insuficiência respiratória e septicemia.

Passo à análise simultânea das apelações.

No caso em tela, cabe verificar se houve erro dos médicos envolvidos e se este erro se deu em razão de culpa por negligência, imprudência ou imperícia. No que se refere a culpa médica, por oportuno, cito a lição de Miguel Kfouri Neto na obra: Culpa Médica e Ônus da Prova. São Paulo: RT, 2002, p. 35:

> Admitida a conceituação de culpa médica como desvio ou inobservância dos padrões normais de conduta, deve-se firmar qual seria esse modelo idealizado, para a delimitação dos critérios de atuação do médico. O profissional da medicina deve atuar de acordo com o cuidado, a perícia e os conhecimentos compatíveis com o desempenho que seria razoável esperar-se de um médico prudente, naquelas mesmas circunstâncias. Aplicam-se aos médicos os indicadores que medem e graduam a culpa em geral.

Assim, para estabelecer a culpa, é preciso questionar se os médicos agiram de forma compatível com as circunstâncias do caso. O obstetra Irineu Barbero Vitório alega em sua defesa que não agiu com culpa e que não há nexo causal entre o atendimento prestado por ele e o óbito do recém-nascido. Como é sabido, a atividade profissional do médico é de meio e não de resultado, de forma que não há como garantir sempre um resultado satisfatório. Todavia, conforme restou evidenciado nos autos, o hospital onde a paciente ficou em tratamento médico contava com parcos recursos para suprir as necessidades de um prematuro. Frise-se que era previsível as complicações que poderiam surgir à saúde de um bebê proveniente de bolsa rota, entretanto, o médico obstetra não encaminhou a mãe a um nosocômio com melhores recursos a fim de assegurar a saúde e a vida do nascituro.

Afora isso, vale ser ressaltado que o próprio apelante Irineu confirma que encontrou o médico pediatra Ademir Bossay Cândia em um almoço de confraternização, oportunidade em que afirmou que o RN estaria bem, o que sem dúvida alguma eliminou a chance do bebê vir a ser avaliado por outro profissional e, possivelmente, obter outro diagnóstico. Ademais, ambos estavam em local fora da área de alcance para aparelhos celulares, o que sem dúvidas agravava o risco de possível complicação em relação a mãe e o RN.

Já no que se refere ao apelante Ademir Bossay Cândia, embora tenha sustentado em grau de recurso que não há comprovação de erro no atendimento ofertado ao recém nascido, capaz de caracterizar erro médico, tenho que o simples fato do prematuro não ter sido avaliado logo após seu nascimento, de não ter sido solicitado exames complementares para obter diagnóstico mais apurado, é suficiente para concluir que houve abandono do menor, por profissional que detinha o dever de prestar atendimento imediato, caracterizando, pois, negligência médica.

E nem se diga que, segundo informações prestadas pela enfermeira que assistiu ao parto, o bebê aparentava estar bem, pois, diante das circunstâncias envolvidas (parto prematuro, proveniente de bolsa rota), cabia ao referido profissional médico fazer tal diagnóstico. Note ser desnecessário laudo de perito para afirmar o que é de conhecimento comum, ou seja, que todo bebê prematuro necessita tratamento médico adequado e atenção especial. E ainda que o pediatra de início não tivesse sido cientificado que o bebê era prematuro, a partir do momento que tomou conhecimento de tal falto, durante o almoço de confraternização, tinha o dever de fazer avaliação mais precisa, ainda que seu colega e obstetra tivesse dito que tudo estava bem. Portanto, diante da constatação de erro grosseiro quanto ao procedimento empregado (ausência de imediata avaliação do RN), somado ao fato de que o encaminhamento do RN a nosocômio em melhores condições de atendimento se deu tardiamente e de forma inadequada; não há como afastar a responsabilidade dos médicos envolvidos.

Em caso semelhante, assim decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> DANO MORAL. ERRO MÉDICO. INDENIZAÇÃO. CULPA. NEGLIGÊNCIA. MÉDICO. ATENDIMENTO INDEVIDO. HOSPITAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. QUANTUM. **Provada a culpa do médico que atua sem a diligência devida no atendimento de gestante de risco, deve o mesmo responder por dano moral causado a seus familiares em razão do óbito da mesma, visto que, seu falecimento poderia ter sido evitado caso houvesse sido atendida com maior cautela.** O magistrado não é obrigado a se ater exclusivamente ao laudo pericial, podendo, das provas carreadas aos autos, deduzir pela verossimilhança das alegações do autor, utilizando-se, ainda, da experiência comum, e da observação do que ordinariamente ocorre no mundo. Deve o médico atender todo e qualquer paciente, da rede pública ou não, com o maior cuidado possível, utilizando-se de todos os meios disponíveis para lhes preservar a vida, devendo considerar, com atenção, as circunstâncias peculiares de cada caso. A responsabilidade civil do hospital no qual ocorre erro médico encontra-se pacificada no Direito Brasileiro, caracterizando-se independentemente da existência de culpa, em razão da legislação de proteção ao consumidor. O dano moral alcança valores ideais importantes, assim como o sofrimento psicológico e sentimental. Assim, o valor a ser fixado a esse título deverá ser de tal ordem, que provoque no causador do dano certo abalo financeiro, de sorte que seja advertido a ter mais cautelas no futuro. (TJMG, AC n. 1.0145.04.141528-5/001, Juiz de Fora, Décima Quarta Câmara Cível, Rel. Desig. Des. Darcio Lopardi Mendes, julgado em 31.5.2006, DJMG de 11.7.2006) (destaquei).

Estabelecida a culpa, cumpre verificar o nexo causal, o liame entre a conduta lesiva e o dano efetivo. Com efeito, ao contrário do que concluiu o juiz de primeiro grau, verifico que o nexo de causalidade se apresenta cristalino. Não há como excluir o nexo causal existente entre as condutas dos agentes despendidas no atendimento ao bebê e o resultado morte, uma vez que como não foram realizados exames laboratoriais imediatos, sendo ministrado medicamentos paliativos, mascarou e dificultou ainda mais realização de diagnóstico preciso, fatores determinantes para o agravamento do quadro clínico do paciente, que evoluiu sem os imprescindíveis cuidados médicos.

Em casos como esse, os danos morais sofridos dispensam maiores comentários, sendo certo que as sequelas do fato acompanharão a mãe pelo resto de sua vida. Nesse contexto, resta evidente a negligência dos médicos, cujo comportamento teve fundamental relevância causal no resultado danoso por não propiciar à criança a chance de vida, mediante prognóstico rápido e eficaz.

Em estudo sobre culpa médica, a prova e o nexo de causalidade, o civilista e magistrado Miguel Kfouri Neto nos traz a noção de "perda de uma chance", "*perte d'une chance de survie ou guérison",* a perda de uma chance de cura ou de sobrevivência, seja em se tratando de erro de diagnóstico, tratamento ou cuidados médicos. Ante a pertinência da teoria adotada e clareza do texto do mencionado autor, transcrevo alguns trechos relevantes:

> As causas reais de fracasso do tratamento médico são difíceis de provar – e freqüentes vezes permanecem envoltas no véu da incerteza. Essas dúvidas, em muitos casos, não são esclarecidas pelos laudos periciais, bastante reticentes, vez por outra eivados de espírito de corpo e, muito freqüentemente, traduzindo a experiência pessoal do perito. Portanto, ou o liame

> causal existe realmente, unindo a culpa ao dano, ou a incerteza quanto à causalidade resulta na reparação parcial do prejuízo sofrido, mediante reconhecimento da perda de *uma* chance. [...]Tenha-se presente a afirmação de que o erro de diagnóstico, em princípio, não caracteriza culpa médica. Todavia, a jurisprudência tem decidido que o erro de diagnóstico, do qual advém tratamento inadequado, constitui perda de uma chance de cura ou sobrevivência – e abre ao paciente e familiares a possibilidade de reparação, nos limites da perda da chance considerada. [...]Como visto, a perda de uma chance, no domínio médico, atinge a causalidade, ao passo que nas demais áreas da responsabilidade civil refere-se ao prejuízo.[...] A pura e simples negação da teoria atribuiria aos médicos o privilégio injustificado de poder utilizar, sempre, a dúvida científica para escapar à sua responsabilidade. (Culpa Médica e Ônus da Prova. São Paulo: Editora RT, 2002, p. 104-126).

Em Responsabilidade Civil do Médico. São Paulo: 6. 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).

Se o recém-nascido Wellington tivesse sido assistido de imediato e se tivesse recebido o tratamento adequado, não há prova de que efetivamente teria garantida sua sobrevivência, mas teria lhe sido concedido uma chance, razão pela qual deve ser aplicada ao caso a Teoria da Perda da Chance.

Dessa forma, ainda que não se tenha certeza de como seria a evolução do quadro clínico do paciente, ante a infecção que o levou a óbito, caso o tratamento realizado pelos médicos apelantes tivesse sido adequado, e se a vítima tivesse sido conduzida de imediato a centro médico mais estruturado, provavelmente teria tido chance de ser salva. Numerosos são os julgados que condenam o médico, o hospital, ou ambos, pelo comprometimento de uma chance de o paciente restabelecer-se totalmente ou de permanecer vivo. Confira alguns julgados:

> RECONHECIMENTO DE ERRO MÉDICO NO ACOMPANHAMENTO PÓS-OPERATÓRIO. Não é tolerável a condução do tratamento desidioso no pós-operatório, quando o médico deixou de identificar quadro clínico sugestivo de complicação pós-cirurgica, aí sim, ocorrente a responsabilidade do facultativo que agiu com negligência e imperícia. **TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE**. **A perda de uma chance, teoria desenvolvida na França, configura um tipo especial de dano. Surge quando pela intervenção médica (ou não intervenção) o paciente perde a possibilidade de se curar ou de se ver livre de determinada enfermidade. Admite-se, portanto, a culpa do médico sempre que sua ação ou omissão compromete as chances de vida ou de integridade do paciente**. Posto isto, **configurada a responsabilidade do demandado pelo agravamento do quadro clínico da autora, que o conduziu a risco de vida devido ao quadro de infecção generalizada, com conseqüências múltiplas, ainda que não se possa afirmar que o agir determinasse resultado diverso do efetivamente ocorrido, a conduta do demandado subtraiu da autora a chance de evitar ou minimizar o padecimento experimentado, e, por isto, incorre no dever de indenizar**. [...]. À unanimidade, negaram provimento ao apelo, nos autos da ação cautelar, e, por maioria, deram parcial provimento ao apelo, nos autos da ação principal, vencido o relator que negava provimento. (TJRS, AC n. 70015046824, Nona Câmara Cível, Rel. Des. Odone Sanguiné, julgado em 12.7.2006) (grifei).

> EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – REPARAÇÃO DE DANOS – INSUFICIÊNCIA DE PREPARO – POSSIBILIDADE DE COMPLEMENTAÇÃO – AUSÊNCIA DE DESERÇÃO – HOSPITAL – PROCEDIMENTO CIRÚRGICO REALIZADO EM SUAS DEPENDÊNCIAS, POR MEMBRO DE SEU CORPO CLÍNICO – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA – ENDOSCOPIA – DEMORA NO ATENDIMENTO E AUSÊNCIA DE CUIDADOS DURANTE E DEPOIS DO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO – PIORA DO ESTADO DE SAÚDE DA VÍTIMA E NECESSIDADE DE NOVAS CIRURGIAS – CULPA MÉDICO-HOSPITALAR CARACTERIZADA – RECURSOS NÃO PROVIDOS. [...] Configura-se a negligência na demora de atendimento médico, em caso de emergência, na falta de exames complementares e de acompanhamento pós-operatório, bem como na recusa do médico em examinar o paciente quando este o procura no mesmo dia em que recebeu alta hospitalar. **Segundo a teoria da perda de uma chance, o médico e o hospital que comprometem as chances de cura ou restabelecimento mais célere e menos sofrido do paciente respondem solidariamente pelos danos decorrentes da demora e deficiência de atendimento.** (TJMS, AC n. 2003.005802-8, Segunda Turma Cível, Relª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, julgado em 21.11.2006).

Inafastável, portanto, a responsabilidade civil dos médicos apelantes, de onde se extrai o dever de indenizar, impondo-se, em consequência, a reforma parcial da sentença recorrida. Há de se ressaltar, contudo, que a indenização fundada na aplicação da *la perte d'une chance* deverá situar-se no limite percentual de chances perdidas, o que se pondera caso a caso. É que onde não se tem a certeza de que a atuação nos padrões admitidos pela *"lex artis"* conduziria ao resultado diverso, o dano deve ser mitigado, conforme menciona Jurandir Sebastião[1]:

> Em quaisquer das inúmeras hipóteses de perda de uma chance, o montante indenizatório, de natureza extrapatrimonial (moral) há de ser arbitrado de forma mitigada porque, a rigor não há erro médico, na acepção plena desse termo. A perda de uma chance é uma situação intermediária entre o bom exercício da medicina e o erro médico, a característica principal é a insatisfatoriedade do empenho, quer pela ausência injustificável de precisão técnica profissional no diagnóstico e terapia, quer pela negligência na dedicação mínima necessária à boa execução da terapia, devidamente adequada ao prognóstico correspondente.

Ao se aplicar a teoria da perda da chance, resta afastada a indenização por danos materiais, pois há incerteza se efetivamente ocorreria o resultado esperado, ou seja, a sobrevivência do prematuro, e, quanto a estas não se admite presunção, devendo, portanto, o pedido de indenização nesse sentido ser julgado improcedente. A corroborar esse entendimento:

> [...] 5. DANOS MATERIAIS AFASTADOS. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. Adotando-se a teoria da perda de uma chance, não cabe a indenização por danos materiais, uma vez não se tem a certeza de que efetivamente o resultado esperado ocorreria, razão por que se exclui o pedido quanto aos danos materiais de qualquer natureza, bem assim, incabível a indenização ao autor varão, embora não se desconheça toda a sorte de padecimento no acompanhamento do cônjuge. Embora a configuração de dano moral não é de fácil identificação, no caso concreto, não há como se afastar do reconhecimento de sua existência, tendo em vista o padecimento sofrido pela autora. [...] (TJRS, AC n. 70015046824, Nona Câmara Cível, Rel. Des. Odone Sanguiné, julgado em 12.7.2006).

Resolvida essa questão, passo ao exame do pedido de indenização por danos morais.

Embora a morte de um filho cause sentimento de pesar íntimo, para o qual não se encontra estimação perfeitamente adequada, tal circunstância não é suficiente a recusar-lhe compensação. Aliás, com a última reforma do Código Civil/2002, o legislador deixou bem clara a necessidade de se indenizar também os danos morais. Confira:

1 **Responsabilidade Médica- Civil, Criminal e Ética**. Del Rey, 2003.

> Art.186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (destaquei)

A doutrina de Caio Mário da Silva Pereira[2] 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**, vol. II, n. 525)

No caso contido nestes autos, certamente que se está diante de dano moral puro, plenamente indenizável, porque indenizável é a dor sofrida pela apelante, que em razão da negligência dos médicos, teve ceifada a chance de vida de um ente querido. Não se pode negar que a indenização em dinheiro, desvinculada do dano patrimonial, não trará a alegria do convívio familiar, mas certamente aliviará os seus tormentos e sofrimentos.

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.[3]

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, Segunda Câmara, 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 § 455º, 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.

2 **Responsabilidade civil.** Rio de Janeiro: Forense. p. 54.

3 **RT** 613/184.

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.[4] (destaquei).

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 dos apelantes e redução à miserabilidade do apelado, 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.

No caso em tela, observadas as condições econômicas dos ofensores e ofendido e as circunstâncias do fato, em especial a perda da chance que teria o prematuro, já que não se pode afirmar efetivamente que ocorreria o resultado esperado, ou seja, a sobrevivência do recém-nascido, tenho que a indenização pelo dano moral deve ser mantido no montante fixado pela juíza da causa, qual seja, R$ 10.000,00, para cada apelante/requerido, já relevada a redução do *"quantum"* em 50% em virtude das chances de sobrevivência da vítima.

Quanto aos honorários advocatícios tenho que deverão permanecer no patamar de 10% sobre o valor da condenação, tendo em vista a observância do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

Posto isso, amparado nos fundamentos expostos, conheço dos recursos apresentados por Irineu Barbero Vitório e Ademir Bossay Candia e também por Elisângela Menezes Gomes, porém, 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. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sideni Soncini Pimentel, Vladimir Abreu da Silva e Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 2 de setembro de 2010.

***

4 *Ob. cit.*, p. 60.

Apelação Cível n. 2010.017565-2 - Cassilândia
Quinta Turma Cível
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – RESPONSABILIDADE CIVIL – ASSISTÊNCIA MÉDICA – RECUSA INJUSTIFICADA OU MÁ-PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – CARACTERIZAÇÃO – REPARAÇÃO PELO DANO MORAL MANTIDA EM R$ 20.000,00 – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – CONHECIDO E IMPROVIDO.

Demonstrados os fatos constitutivos do direito alegado na inicial, qual seja, a recusa injustificada ou má-prestação do serviço de assistência médica, aliada aos prejuízos de ordem material e moral, tem-se por caracterizada a responsabilidade civil do prestador de serviço. Tratando-se de relação de consumo, goza o consumidor de prerrogativas processuais, como a inversão do ônus da prova (critério de julgamento) quando presentes os requisitos legais. 2. O simples inadimplemento contratual, por si só, não caracteriza dano moral, que exsurge, entretanto, das circunstâncias do inadimplemento, como da ausência ou falha na prestação do serviço de assistência médica contratada em momento de extrema fragilidade psicológica da vítima. 3. O valor da indenização por dano moral deve ser arbitrado de acordo com as peculiaridades de cada caso, observando-se as condições pessoais e econômicas das partes, não podendo gerar enriquecimento ilícito para o ofendido, mas tão somente desestimular a reiteração do ato. Na hipótese dos autos, em que a cooperativa de serviço médico recusa o cumprimento de clausula contratual (transporte aéreo do contratante por necessidade médica), o montante de R$ 20.000,00 revela-se adequado para fins de reparação. 4. Impõe-se a manutenção do valor dos honorários advocatícios se estes foram fixados em consonância com o disposto no § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil. AGRAVO RETIDO – DECISÃO PROFERIDA EM AUDIÊNCIA – INTERPOSIÇÃO IMEDIATA E ORAL – NÃO CONHECIDO. Das decisões interlocutórias proferidas em audiência cabe agravo retido interposto de forma imediata e oral, nos termos do art. 523, § 3º, do CPC, sendo inadmissível aquele interposto por petição.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, não conhecer do agravo retido e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 8 de julho de 2010.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. – Unimed Cascavel - apela da sentença proferida nos autos da ação de reparação de danos que lhe move Erna Maria Belló. Requer, em preliminar, o conhecimento do agravo retido interposto contra a decisão que indeferiu a denunciação à lide a Unimed do Paraná – Federação das Cooperativas Médicas, proferida em audiência.

No mérito, sustenta que não restaram comprovados os fatos constitutivos do direito alegado na inicial, quais sejam, a solicitação dos serviços de transporte aéreo, sendo frágil, nesse sentido, o depoimento de uma única testemunha vinculada à apelada por laços de amizade.

Afirma, em contrapartida, que o serviço jamais foi solicitado, conforme informação prestada pela empresa Helimed, subcontratada para essa finalidade. Insurge-se também contra a condenação ao pagamento de indenização por danos morais, tendo em vista que a recusa ao reembolso das despesas com transporte aéreo seria justa, pois não houve solicitação do serviço.

Ainda, alega que não houve sofrimento ou constrangimento passível de reparação. Prossegue defendendo que o valor da indenização (R$ 20.000,00) seria exacerbado, devendo ser reduzido.

Por fim, aduz que a verba honorária (15% sobre o valor da condenação) seria incompatível com os parâmetros legais e o trabalho desenvolvido pelos causídicos. Requer o conhecimento e provimento do agravo retido, bem como o conhecimento e provimento do apelo.

Contrarrazão pugnando pelo improvimento dos recursos.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator)

Trata-se de ação de indenização por danos materiais e morais que Erna Maria Belló ajuizou em face da Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. Unimed Cascavel, alegando que solicitou transporte aéreo para atendimento médico do seu falecido esposo, quando vitimado em acidente automobilístico, porém não foi atendida, vendo-se obrigada a contratar o serviço às suas próprias expensas. Os pedidos foram julgados procedentes, condenado-se a requerida ao pagamento de R$ 7.950,00, a título de danos materiais, e R$ 20.000,00 pelos danos morais. Inconformada, insurge-se a requerida, requerendo, em preliminar, o conhecimento de agravo retido interposto contra decisão que indeferiu o pedido de denunciação da lide, proferido em audiência. No mérito, defende a inexistência dos danos materiais e morais, pois não comprovada a solicitação do serviço de transporte aéreo; a necessidade de redução do valor da indenização por dano moral e da verba honorária.

Pois bem.

Agravo retido

O recurso não pode ser conhecido, tendo que vista que a decisão recorrida foi proferida em audiência, exigindo interposição imediata e oral. Nesse sentido, a disposição contida no art. 523, § 3º do CPC, que peço *venia* para transcrever:

> Das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento caberá agravo na forma retida, devendo ser interposto oral e imediatamente, bem como constar do respectivo termo (art. 457), nele expostas sucintamente as razões do agravante.

Colha-se a respeito, os comentários de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> As decisões interlocutórias proferidas em audiência, desde que em ato processual autônomo, são impugnáveis pelo recurso de agravo retido, que deve ser interposto obrigatoriamente pela forma oral. Compete ao agravante deduzir imediatamente a minuta do agravo, isto é, as razões do recurso. (CPC Comentado, RT, 10. ed., 2007, p. 882).

Manuseando o caderno processual verifica-se que a decisão recorrida foi proferida em audiência (f. 164-165), tendo consignado o Juízo da causa que "*decidio assim foi dada a palavra às partes que nada requereram.*". A insurgência, entretanto, foi manifestada apenas por petição, acostada às f. 168-171.

À luz dessas considerações, entendo que o agravo retido não merece ser conhecido.

Apelação

Insurge-se a apelante contra a caracterização da responsabilidade civil, pois não houve ato ilícito ou mesmo lesão moral indenizável. Também, que caso superadas essas questões, deveriam ser reduzidos a indenização pelo dano moral e honorários advocatícios.

Quanto ao primeiro ponto, defende a recorrente que nunca recebeu qualquer solicitação de transporte aéreo do segurado ou seus familiares e que a apelada, ademais, não fez prova desse fato constitutivo do seu direito.

A prova entretanto, existe. Trata-se de depoimento prestado por Salvador Divino de Araújo:

> Segundo orientação médica, o Sr. Neri teria que ser removido com urgência, de avião, para Campo Grande. A filha do Sr. Neri disse que ele tinha UNIMED com direito a resgate aéreo com UTI. O depoente então pegou com uma sobrinha do Sr. Neri a carteira do mesmo e ligou para o n. 0800 da UNIMED, solicitando o serviço. Disseram que iriam mandar o avião naquele momento, mas começou a demorar. Pressionado pelo médico, o depoente ligou novamente e então disse que iria arrumar um avião ali mesmo, porque não podiam mais esperar, o que autorizaram e ficaram de ressarcir posteriormente. Foi então providenciado o avião e a remoção para Campo Grande. (f. 182)

Não prospera a alegação de suspeição da testemunha lançada nas razões de apelação, posto que extemporânea, sem mencionar que a alegada "amizade íntima" entre ela e a apelada não se fez acompanhar de qualquer elemento de convicção.

Por outro lado, embora diga a apelante que nunca houve qualquer solicitação de transporte aéreo do beneficiário do plano de saúde, não carreou aos autos prova, ainda que indiciária, desse fato. Não se presta para tanto o documento de f. 113 (informação prestada pela empresa Helimed), primeiro porque quem recebe ou deveria receber a ligação era a própria Unimed, de sorte que poderia exibir documento expedido por concessionário de serviço público contendo informações sobre ligações recebidas pelo 0800 disponilizado e originadas de terminais (fixos e móveis) da região onde se encontrava o contratado. Segundo, porque unilateralmente elaborada, posto que a Helimed é mero preposto da Unimed.

Não bastassem essas circunstâncias, não se pode olvidar que trata-se de relação de consumo, onde a responsabilidade do fornecedor de serviços é objetiva, e a defesa dos direitos do consumidor deve ser facilitada, inclusive com a inversão do ônus da prova a seu favor, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quanto for ele insuficiente, segundo regras ordinárias de experiência (art. º, VII, CDC). A inversão do ônus da prova, aliás, é um critério de julgamento, como já assentou o Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE DE TRÂNSITO - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - 2º GRAU DE JURISDIÇÃO - POSSIBILIDADE - CRITÉRIO DE JULGAMENTO. Sendo a inversão do ônus da prova uma regra de julgamento, plenamente possível seja decretada em 2º grau de jurisdição, não implicando esse momento da inversão em cerceamento de defesa para nenhuma das partes, ainda mais ao se atentar para as peculiaridades do caso concreto, em que se faz necessária a inversão do ônus da prova diante da patente hipossuficiência técnica da consumidora que não possui nem mesmo a documentação referente ao contrato de seguro. Agravo regimental improvido. (AgRg nos EDcl no Ag n. 977.795/PR, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 23.9.2008, DJ de 13.10.2008).

Destarte, soa bastante verossímil a tese de recusa da apelante em prestar o serviço para o qual foi contratada e devidamente remunerada, tanto que o mesmo problema (negativa ou falha na prestação do serviço) já ocorrera antes, conforme se infere dos documentos de f. 122-126, carreados pela própria apelante. Não bastasse isso, a hipossuficiência da apelada em relação a Unimed Cascavel, com capital social estimado em R$ 500.000,00 (conforme estatuto social, f. 64-94).

De tudo quanto exposto, não vejo razão para afastar a responsabilidade civil da apelante pelos danos causados.

Dito disso, entendo que também não assiste razão à apelante quanto à caracterização do dano moral. É que o dano, aqui, não decorre do simples inadimplemento contratual, com a negativa ou falha na prestação do serviço, mas da própria circunstância de extrema vulnerabilidade emocional em que se encontrava a vítima, lutando pela vida do ente querido, circunstância comumente ignorada por prestadores de serviços médicos e outras vezes até vergonhosamente explorada por eles.

No caso dos autos tem-se que o plano de saúde foi contratado desde 1996, com previsão de transporte aéreo para os casos de necessidade médica. Essa cláusula traz aos contratantes e seus parentes uma sensação de segurança, pois cientes de que na eventualidade de uma necessidade médica seria o contratante (falecido esposo da apelada) removidos a um centro especializado ou melhor aparelhado para atender sua enfermidade. Viu a apelante, entretanto, abalada essa segurança justamente no único momento de real necessidade, qual seja a oportunidade em que seu marido foi vitimado por acidente automobilístico, que infelizmente, ceifou-lhe a vida, mesmo depois de adequado atendimento médico, alcançado exclusivamente graças à sua iniciativa pessoal.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem agasalhado essa tese:

> CIVIL. INDENIZAÇÃO. PLANO DE SAÚDE. CIRURGIA. AUTORIZAÇÃO. AUSÊNCIA. LEGITIMIDADE. ESPÓLIO. DANOS MORAIS. CONFIGURAÇÃO. QUANTUM. DISSÍDIO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO E COMPROVAÇÃO. 1. "O espólio detém legitimidade para suceder o autor em ação de indenização por danos morais. (REsp n. 648.191/RS, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 6.12.2004). 2. É possível a reparação moral quando, como no caso presente, os danos não decorrem de simples inadimplemento contratual, mas da própria situação de abalo psicológico em que se encontra o doente ao ter negada injustamente a cobertura do plano de saúde que contratou." (AgRg no Ag n. 797.325/SC, Quarta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 4.9.2008, DJ de 15.9.2008).

Ainda,

> DIREITO CIVIL. PLANO DE SAÚDE. COBERTURA. RECUSA INJUSTIFICADA. DANO MORAL. POSSIBILIDADE. - Mero descumprimento contratual não gera dano moral. Entretanto, se há recusa infundada de cobertura pelo plano de saúde -, é possível a condenação para indenização psicológica. (AgRg no Ag n. 846.077/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 5.6.2007, DJ de 18.6.2007, p. 263).

À luz destas considerações, entendo suficientemente caracterizado o abalo moral, apto a ensejar reparação civil.

No que concerne ao *quantum*, não se conforma a apelante com a condenação ao pagamento de R$ 20.000,00 a título de danos morais. Mais uma vez não se assiste razão. Deve-se levar em conta 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.

O nosso ordenamento jurídico não traz parâmetros jurídicos legais para a determinação do *"quantum"* a ser fixado a título de dano moral, pois trata-se de questão subjetiva que deve obediência somente aos critérios estabelecidos na jurisprudência e doutrina. Confira:

APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - ERRO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - LANÇAMENTO INDEVIDO DE NOMES EM ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - SERASA - DANO MORAL - ARBITRAMENTO - DISSABOR CARACTERIZADO - MAJORAÇÃO - DESCABIDA - RECURSOS IMPROVIDOS - Constitui ato lesivo à honra, ensejando a reparação por danos morais, o lançamento indevido do nome de cliente no órgão de restrição ao crédito (SERASA), por erro da instituição financeira. Em tema de indenização por dano moral, deve o julgador estipular um valor proporcional entre a lesão experimentada pelas vítimas e a situação econômica do ofensor. (TJMS, AC n. 2004.004211-6, Campo Grande, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Hildebrando Coelho Neto, julgado em 14.12.2004) destaquei.

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. Segundo consta dos autos, a apelada recusou-se ou dificultou o atendimento à solicitação de transporte aéreo, contratualmente previsto, para atendimento de emergência médica, a denotar repudiável descaso com seu cliente e consumidor, causando severos constrangimentos à apelante em um momento de extrema fragilidade emocional, tendo em vista o estado de saúde debilitado do seu ente querido e que, infelizmente, veio a falecer, não obstante o pronto atendimento médico (proporcionado por esforço exclusivo da apelada).

Diante disso, levando-se em consideração as circunstâncias que estão a emoldurar o caso em comento, entendo como justo manter em **R$ 20.000,00** o valor da indenização pelo dano moral, montante que bem atende 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. Respeita, ainda, critérios de razoabilidade, considerando-se não só as condições econômicas do ofensor e do ofendido, mas o grau da ofensa e suas conseqüências, para que não constitua, a reparação do dano, em fonte de enriquecimento ilícito para o ofendido, mantendo uma proporcionalidade entre causa e efeito.

No que tange à verba honorária, verifica-se que o montante de 15% sobre o valor da condenação, de fato e a despeito do inconformismo da apelante, guarda consonância com os parâmetros estabelecidos no § 3º do art. 20 do CPC, especialmente, o grau de zelo do profissional, a natureza e importância da causa e o trabalho desenvolvido pelo advogado, motivo pelo qual também não merece reforma.

De tudo quanto exposto, **conheço do recurso e nego-lhe provimento**, ratificando os termos da sentença invectivada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NÃO CONHECERAM DO AGRAVO RETIDO 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. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sideni Soncini Pimentel, Vladimir Abreu da Silva e Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 8 de julho de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.018807-5 - Três Lagoas
Quinta Turma Cível
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – POSSE JUSTA – COMODATO TÁCITO OU CESSÃO DE USO – ESBULHO NÃO CONFIGURADO – RECURSO IMPROVIDO.

Exercendo o requerido, posse justa sobre o imóvel, a qual decorre de comodato tácito ou permissão de uso, não há falar em esbulho possessório a autorizar a reintegração de posse.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 8 de julho de 2010.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

A CESP – Companhia Energética de São Paulo - apela da sentença proferida nos autos da Ação de Reintegração de Posse que move em face de José Carlos Pereira Crespo. Alega que ingressou com a presente demanda em razão da ocupação irregular de área de preservação permanente; que o apelado permanece na área, contrariando normas de segurança, bem como desrespeitando a posse da apelante; que é legítima possuidora da área adquirida por meio de desapropriação; que o esbulho está demonstrado através das fotos que instruem a inicial; que se encontram presentes os requisitos contidos nos artigos 926 e 927, I a IV, ambos do Código de Processo Civil; que os apelados construíram benfeitorias e estas, evidentemente, vêm causando certa degradação ambiental, sendo deles o dever frente à apelante de recuperar a área degradada. Pugna pelo provimento, para procedência do pedido inicial, com inversão do ônus da sucumbência.

O apelado, nas contrarrazões, requer o improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator)

A Cesp - Companhia Energética de São Paulo - pretende a reforma da sentença que julgou improcedente o pedido feito na Ação de Reintegração de Posse ajuizada em face de José Carlos Pereira Crespo.

O juiz da causa fez considerações históricas e evolutivas sobre o direito de propriedade, tecendo um panorama da situação dos ribeirinhos (Rancheiros) em face da usina de Jupiá, construída pela Cesp, após desapropriação, bem como crítica quanto à política da empresa em relação a eles, concluindo pela inexistência de prova cabal da turbação ou esbulho da posse da apelante pelos apelados, por constatar a ocorrência de permissão.

Destaque-se que se tratando de ação de reintegração de posse, incumbe ao autor provar a sua posse, o esbulho praticado pelo requerido, a data do esbulho e a perda da posse (art. 927 do CPC).

Em que pese toda a tese esposada pelo ilustre julgador de primeira instância, entendo que, no caso dos autos, independentemente da evolução histórica dos acontecimentos, o que realmente interessa para a solução da demanda concerne ao preenchimento ou não dos requisitos legais para o manejo da reintegração de posse por quem se diz esbulhada na sua posse, visto que no ordenamento jurídico pátrio é vedado ao juízo o julgamento por equidade.

Observo que no presente caso o apelado estava na posse da área descrita na inicial e objeto do pedido nela apresentado com o conhecimento e permissão da ora apelante Cesp, proprietária do bem, após processo regular de desapropriação.

Resta inequívoco, através da notificação de f. 32 que a Cesp realizou inspeção no imóvel no ano de 2006, constatando a existência de benfeitorias e anuindo a estas, ainda que de forma indireta. Assim, chego à conclusão que no caso, com tal postura da apelante, passou a existir de fato um comodato firmado entre as partes de forma tácita, ou cessão de uso.

E se o bem foi entregue em comodato ou cessão de uso, a posse dos apelados é justa e de boa-fé, pois, segundo consta, inexiste nos autos qualquer prova de que em momento posterior a Cesp, principalmente após a realização de nova inspeção, tenha tentado novo contato ou notificado os apelados de que não concordaria mais com a ocupação da área em questão por eles, já que as condições não teriam sido cumpridas, e, consequentemente, solicitado sua restituição, após determinado prazo (constituição em mora), fato que afasta, a meu juízo, a existência do alegado esbulho, requisito indispensável à proteção possessória pretendida.

Nessas condições, mantida a coisa com o possuidor direto, somente se houver recusa na restituição do bem, após a devida notificação fixando prazo, e a não restituição nesse prazo concedido, é que ocorrerá mudança na causa de sua posse, tornando-se eles possuidores precários. A posse precária, portanto, é aquela que decorre do abuso de confiança, de mudança arbitrária e ilícita na *causa possessionis*, convolando-se a posse justa em posse injusta, viciosa, em razão da recusa na restituição, a que se obrigara o possuidor.

Contudo, como os apelados ignoravam o vício da sua posse, mantendo-se na parte do lote inclusive com a anuência expressa da apelante, sua posse e as benfeitorias nela construídas continuam sendo de boa-fé, nos termos do disposto no art. 1.201, *caput*, do Código Civil, que reza: *"É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa"*.

Feitas essas considerações, não se pode deferir à apelante a reintegração na posse do bem, pois, como já dito, uma vez que não houve prévia recusa dos possuidores em restituir a coisa, não restou configurado o esbulho possessório, afastando a incidência da regra do art. 1.210 do Código Civil: *"O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado",* bem como dos artigos 926 e 927, II, do CPC.

Pelo exposto, **conheço e nego provimento ao recurso** interposto, mantendo incólume, mesmo que por outros fundamentos, a sentença em todos seus termos e efeitos.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Revisor)

Divirjo do voto da lavra do eminente relator, pois, reputo estarem presentes os requisitos legais autorizadores da reintegração na posse.

Observa-se pelas provas carreadas aos autos que a apelante detém a posse indireta da área objeto do litígio e que vem sendo esbulhada por parte dos apelados, desde 28.6.2005, data do recebimento da notificação (aviso de recebimento de f. 32).

Portanto, enquanto permitida a relação com a coisa, não há esbulho, que apenas se configura a partir do momento em que é suprimida a permissão ou tolerância, como ocorrido no presente caso, em que os apelados foram notificados para que desocupassem a área.

O Exmo Sr. Des. Dorival Renato Pavan, quando do julgamento da Apelação Cível n. 2009.031478-6, assim se manifestou acerca da questão:

> Vale dizer, ainda, que embora a apelante tenha de certa forma se omitido e, com isso, tolerado a ocupação indevida da área, não se legitima a posse de bem público com o passar do tempo, de maneira que o requerimento adequado pelo proprietário deve ser observado.
>
> Tanto é assim que o ilustre jurista Silvio de Salvo Venosa (**Direito Civil: direitos reais**, 7. ed., São Paulo: Atlas, 2007, Coleção direito civil, v.5) ensina:
>
> Enquanto permitida a relação com a coisa, não há esbulho. Suprimida a permissão ou tolerância, abre-se a ensancha à defesa da turbação, que então passa a existir. [...] Quem permite ou tolera a apreensão da coisa não renuncia a sua posse. Suponhamos a hipótese do proprietário que permite que terceiro transite por seu terreno; ou o possuidor de um livro que autoriza alguém a lê-lo. Tais atos, por si sós, não devem induzir posse, porque até mesmo a posse precária deve decorrer da vontade do agente.
>
> A mera permissão ou tolerância não podem converter-se em posse.

Por outro lado, é preciso considerar que os dados técnicos também demonstram o esbulho praticado.

O nível de funcionamento normal da usina é de 280,00 metros do nível do mar e, de acordo com normas técnicas, o nível máximo a que pode chegar o reservatório é de 280,50 metros do nível do mar.

Em virtude disso, a apelante, a fim de garantir a segurança, desapropriou áreas a partir da cota de 281,50 metros do nível do mar e, em alguns lugares, a partir da cota de 283,50 metros do nível do mar.

Segundo o Relatório de Inspeção Ambiental e Patrimonial (f. 34-44), as benfeitorias encontram-se na área da borda livre e na faixa de segurança, isto é, dentro da faixa dos 281,50 metros do nível do mar, área esta, como dito, desapropriada, e, portanto, pertencente à apelante.

Cristalina, então, a posse da apelante, o esbulho praticado e, por conseqüência, a perda da posse, o que impõe o acolhimento do pedido de reintegração.

Nesse sentido vem se posicionando este tribunal em casos análogos:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE C/C PEDIDO DE RECUPERAÇÃO AMBIENTAL DA ÁREA C/C PERDAS E DANOS C/C COMINAÇÃO DE PENA PECUNIÁRIA – POSSE DA ÁREA PELA CESP – DEMONSTRADA – ESBULHO PRATICADO QUE SEQUER FORA CONTRADITADO EM SEDE RECURSAL – REINTEGRAÇÃO – MEDIDA QUE SE IMPÕE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

> Restando satisfatoriamente demonstrados a posse exercida pela autora e o esbulho praticado pelo requerido, que sequer fora contraditado em sede recursal, não pairam dúvidas quanto a necessidade de que seja determinada a reintegração almejada na peça exordial. (AC n. 2009.022952-8, Três Lagoas, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Rêmolo Letteriello, julgado em 8.9.2009).
>
> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE COM PEDIDO LIMINAR C/C PEDIDOS DE DEMOLIÇÃO DE CONSTRUÇÕES, PERDAS E DANOS E COMINAÇÃO DE PENA PECUNIÁRIA – AUSÊNCIA DE CONTESTAÇÃO – PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS FATOS ALEGADOS NA INICIAL – POSSE – ESBULHO – COMPROVAÇÃO NOS AUTOS – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA – RECURSO NÃO-PROVIDO.
>
> Ainda que a aplicabilidade dos efeitos da revelia seja relativa, daí não se segue que o instituto do artigo 319 do diploma processual civil não deva ser utilizado pelo magistrado, inclusive por meio do julgamento antecipado da lide. Deve ser julgado procedente o pedido formulado em ação de reintegração de posse se comprovados os requisitos colacionados na norma do artigo 927 do Código de Processo Civil. (AC n. 2008.035303-9, Três Lagoas, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Rêmolo Letteriello, julgado em 26.2.2009).
>
> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – CERCEAMENTO DE DEFESA – ÁREA DESTINADA À CONSTRUÇÃO DA HIDRELÉTRICA DE PORTO PRIMAVERA – RECURSO IMPROVIDO. Não ocorre o cerceamento de defesa quando os elementos probatórios encartados aos autos ao tempo da prolação da sentença já autorizavam um juízo de mérito acerca da demanda possessória.
>
> Não há necessidade de prova testemunhal quando os próprios réus apelantes confessam ter plena ciência de que a área ocupada destinava-se à construção da Usina Elétrica de Porto Primavera, inferindo-se, daí, a posse precária, sem *animus domini*, por eles exercida.
>
> Tratando-se de ocupação de áreas públicas sem a devida autorização, não há direito à permanência, configurado o esbulho pela não-devolução da área ocupada após a devida notificação. (AC n. 2003.013170-1, Brasilândia, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 25.10.2004).

Por outro lado, os precedentes abaixo colacionados indicam que o Superior Tribunal de Justiça adota idêntica orientação:

> Tratando-se de ocupação de área públicas sem a devida autorização, afastada pelo exame da prova dos autos as alegações do réu, não há direito à permanência, configurado o esbulho pela não devolução das áreas ocupadas após a devida notificação (conforme REsp n. 341.395-DF, Terceira Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 18.6.2002, DJU de 9.9.2002).
>
> Consoante demonstram os autos, a área em disputa foi objeto de desapropriação amigável realizada pela recorrida com a ex-proprietária, quem seja, a empresa Cisalpina Agrícola S.A., conforme escritura pública que se encontra às f. 14-27, decorrente de autorização contida em decreto expropriatório objetivando a construção da Usina Hidrelétrica de Porto Primavera (conhecida como Engenheiro Sérgio Mota). Não vislumbro, nesse contexto, o alardeado cerceamento de defesa.

Entretanto, não há falar em violação ao direito fundamental ao lazer. Não se busca por meio desta ação impedir o acesso da população à água, o que poderá ocorrer nos termos do plano de entorno que deve ser realizado pela apelante. Ocorre que tal direito não autoriza a edificação

de imóvel particular que traga comodidade e acesso ao lago, com risco de potencial prejuízo ao meio ambiente e às medidas de segurança e de preservação que a apelante, enquanto poder desapropriante, tem a obrigação de realizar.

Vale considerar, no entanto, que a apelante não demonstrou a situação anterior da área nem os danos efetivamente produzidos e que não se pode dizer que tenham os apelados agido de má-fé, de forma que não há que se falar em indenização por perdas e danos em favor da apelante.

Por fim, tendo em vista o objeto da pretensão ora em análise, vale frisar que o conhecimento da questão ambiental – para fins de indenização e determinação da recuperação ambiental - que envolve o presente caso não compete a este juízo, de maneira que o fato de os requeridos preservarem a área não influi na solução do caso.

Na mesma esteira, é irrelevante se discutir se a área em litígio constitui ou não área de preservação permanente, devendo tal matéria ser tratada em outro âmbito.

Aqui, basta a constatação de que houve a desapropriação e que esta incidiu sobre a parcela do imóvel ocupado pelos apelados, que se recusam injustificadamente a desocupar a área da qual tinham simples detenção, convolando-se o esbulho, pós-notificação, que dá ensejo à pretensão reintegratória.

Não obstante a natureza do presente feito, é induvidoso que a pretensão reintegratória tem por objetivo o cumprimento de obrigações a que a autora está subordinada, enquanto poder desapropriante, adotando medidas necessárias tendentes a evitar a degradação ambiental, que fatalmente irá ocorrer caso permita-se a ocupação de forma desordenada da margem do lago que forma a usina, com frustração dos fins da própria desapropriação e, mais do que isto, com possibilidade de tal desocupação desordenada ser causa de grave dano ecológico, que fatalmente ocorre em casos tais, onde prevalece a sanha desordenada e desenfreada da atividade comercial e exploradora do homem, sem comedimentos, em detrimento do meio ambiente.

Ademais, tendo em vista que não foi requerido pelos apelados, não há falar em condenação da apelante ao pagamento de indenização por eventuais benfeitorias. Aquelas que se encontram no imóvel poderão ser demolidas pela apelante, tão logo ingresse na posse do imóvel, o que deverá ocorrer às suas expensas.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para reformar a sentença proferida e julgar procedente, em parte, o pedido formulado na inicial, a fim de reintegrar a autora na posse da área descrita na inicial.

Certificado o trânsito em julgado, expeça-se mandado de reintegração na posse em favor da apelante.

Fixo multa diária de R$1.000,00 (mil reais), limitada ao período máximo de quinze dias, caso venha a ocorrer nova turbação ou esbulho.

Condeno os apelados ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios que fixo em R$ 2.000,00 (dois mil reais), considerando a natureza da causa e o trabalho realizado, o que faço com fundamento no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Vogal)

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sideni Soncini Pimentel, Vladimir Abreu da Silva e Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 8 de julho de 2010.

***

Apelação Cível n. 2008.022603-1 - Campo Grande
Segunda Turma Cível
Relator Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA - ENTIDADE RELIGIOSA – IMUNIDADE TRIBUTÁRIA ASSEGURADA PELO INCISO VI, "B", DO ART. 150 DA CF/1988 – IMÓVEL QUE SERVE TAMBÉM COMO RESIDÊNCIA – FINALIDADE ESSENCIAL PARA A LIBERDADE DE CULTO ASSEGURADA CONSTITUCIONALMENTE – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – FIXAÇÃO EQUÂNIME – RECURSO NÃO PROVIDO.

Se a imunidade tributária do art. 150, inciso VI, alínea "b" e seu § 4º da Constituição brasileira serve de instrumento para se dar efetividade à liberdade religiosa do art. 5º, VI, do Texto Maior, então a interpretação a ser feita é no sentido amplo, sob pena de restringir e do mecanismo não cumprir seu fim, que é efetivar, e não obstacularizar.

Se junto ao templo insere-se imóvel que serve de residência para os que ministram o culto religioso, não restam dúvidas de que esse imóvel serve de finalidade essencial para a liberdade de culto, constitucionalmente assegurada.

Nas ações em que é vencida a Fazenda Pública, devem os honorários ser fixados com fundamento no § 4º do artigo 20 do CPC, valendo- se de critérios valorativos conjugados com as alíneas a, b e c do § 3º do mesmo artigo, sendo adequada a fixação em valor maior ao atribuído à causa levando-se em consideração o valor econômico pretendido na demanda.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 13 de julho de 2010.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Município de Campo Grande inconformado com a sentença que julgou procedente o pedido formulado na ação declaratória de inexistência de obrigação tributária, declarando-a inexistente no que diz respeito ao Imposto Predial Territorial Urbano, ajuizada por União Missionária *Neo*-testamentária, recorre a esta Corte.

Alega, em síntese, que o imóvel em questão é utilizado para fins residenciais, não atendendo às finalidades essenciais, nos termos do art. 150, VI, *b*, § 4º, que estabelece que as vedações compreendem o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.

Sustenta que a fixação dos honorários advocatícios em R$ 1.000,00 (mil reais), não se atentou para os critérios dos §§ 3º e 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, uma vez que o valor da causa foi fixado em R$ 500,00 (quinhentos reais), devendo, portanto, ser reduzido.

Prequestiona os dispositivos legais mencionados.

Pugna pelo conhecimento do recurso e seu provimento, para reformar a sentença.

VOTO

O Sr. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Município de Campo Grande-MS, pretendendo a reforma da sentença que julgou procedente o pedido formulado na ação declaratória de inexistência de obrigação tributária proposta por União Missionária *Neo*-testamentária, que restou assim decidida:

> Ante todo o exposto, julgo procedente o pedido para declarar a inexistência de relação jurídico-tributária entre a autora e o Município de Campo Grande no que diz respeito ao Imposto Predial Territorial Urbano incidente sobre o imóvel localizado na Rua Dr. Arlindo de Andrade, 725, Vila Marisa, inscrição imobiliária n. 0522024002-0, eis que se trata de imóvel imune a este imposto. Condeno o réu a restituir à autora os valores pagos a título de IPTU nos últimos cinco anos. Valores que serão apurados em liquidação de sentença, aplicando-se a correção monetária pelo INPC/IBGE, a partir do pagamento indevido, e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir do trânsito em julgado da sentença, nos termos dos artigos 161, § 1º, e 167 do Código Tributário Nacional e das Súmulas n. 162 e n. 188 do Superior Tribunal de Justiça. (f. 64)

Entendo que a sentença não merece quaisquer reparos.

Isso porque restou demonstrado nos autos que a imunidade tributária aplica-se à recorrida que comprovou a vinculação do imóvel com a finalidade essencial do templo.

Ives Gandra da Silva Martins leciona:

> A imunidade, portanto, descortina fenômeno de natureza constitucional que retira do poder tributante o direito de tributar, sendo, pois, instrumento de política nacional que transcende os limites fenomênicos da tributação ordinária. Nas demais hipóteses desonerativas, sua formulação decorre de mera política tributária de poder público, utilizando-se de mecanismo ofertados pelo Direito.
>
> Na imunidade, portanto, há um interesse nacional superior a retirar, do campo de tributação, pessoas, situações, fatos considerados de relevo, enquanto nas demais formas desonerativas há apenas a veiculação de uma política transitória, de índole tributária definida pelo próprio Poder Público, em sua esfera de atuação. (MARTINS, Ives Gandra da Silva. Imunidades Tributárias, São Paulo: Editora **Revista dos Tribunais**: Centro de Extensão Universitária, 1998. Pesquisas tributárias. Nova Serie, n. 4, pág. 32).

E, mais adiante, ao referir-se à expressão *"rendas relacionadas com* as *finalidades essenciais",* constante do § 4º do art. 150 da Constituição Federal, Ives Gandra afirma:

> O § 4º, todavia, ao falar em atividades relacionadas, poderá ensejar a interpretação de que todas elas são relacionadas, na medida em que destinadas a obter receitas para a consecução das atividades essenciais.

> Como na antiga ordem, considero não ser esta a interpretação melhor na medida em que poderia ensejar concorrência desleal proibida pelo art. 173, § 4º da Lei Suprema.
>
> Com efeito, se uma entidade imune explorasse atividade pertinente apenas ao setor privado, não haveria a barreira e ela teria condições de dominar mercados e eliminar a concorrência ou pelo menos obter lucros arbitrários, na medida em que adotasse idênticos preços de concorrência, mas livre de impostos.
>
> Ora, o Texto Constitucional atual objetivou, na minha opinião, eliminar, definitivamente, tal possibilidade, sendo que a junção do princípio estatuído nos arts. 173, § 4º e 150, § 4º, impõe a exegese de que as atividades, mesmo que relacionadas indiretamente com aquelas essenciais das entidades imunes enunciados nos incs. b e c do art. 150, VI, se forem idênticas ou aná1ogas às de outras empresas privadas, não gozariam de proteção imunitória.
>
> Exemplificando: se uma entidade imune tem um imóvel e o aluga. Tal locação não constitui atividade econômica desrelacionada de seu objetivo nem fere o mercado ou representa uma concorrência desleal. Tal locação do imóvel não atrai, pois, a incidência do IPTU sobre gozar a entidade de imunidade para não pagar imposto de renda.
>
> A mesma entidade, todavia, para obter recursos para suas finalidades decide montar uma fábrica de sapatos, porque o mercado da região está sendo explorado por outras fábricas de fins lucrativos, com sucesso. Nessa hipótese, a nova atividade, embora indiretamente referenciada, não é imune, l porque poderia ensejar a dominação de mercado ou eliminação de concorrência sobre gerar lucros não tributáveis exagerados se comparados com os de seu concorrente. (Op. cit., p. 45-48).

O Profº. Ives assinala que *"por esta linha de raciocínio todos os lucros e ganhos de capital obtidos em aplicações financeiras e destinados às finalidades das entidades imunes são rendimentos e ganhos imunes. É de se entender que o § 4º é um complemento do § 3º, assim redigido*": Tratando-se da hipótese de imunidade tributária estabelecida pelo art. 150, VI, "b" e "e", e o § 4º da Constituição Federal de 1988, tem-se que:

> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
>
> [...]
>
> VI- instituir impostos sobre:
>
> [...]
>
> b) templos de qualquer culto;
>
> c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;
>
> [...]
>
> § 4º. As vedações expressas no inciso VI, alíneas b e c, compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.

No caso dos autos, assevera o recorrente que o imóvel em questão, por ser residencial, não atende às finalidades essenciais das entidades mencionadas no texto constitucional, o que a meu ver não procede.

Nesse aspecto, Aliomar Baleeiro esclarece:

> Não se devem considerar templo apenas a igreja, sinagoga ou edifício principal, onde se celebra a cerimônia pública, mas também a dependência acaso contígua, o convento, os anexos por força de compreensão, inclusive a casa ou residência do pároco ou pastor, desde que não empregados em fins econômicos.

Em obra anterior, **O Direito Tributário da Constituição Financeira**, RJ, 1959, p. 182, Baleeiro enfatiza que *"o templo se integra de tudo o que é necessário, compatível ou comp1ementar, sejam outros edifícios anexos, sejam instalações e pertences, para esse fim"*. (BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar,** Forense, RJ, 1977, p. 176).

Destarte, o IPTU não pode incidir sobre os templos de qualquer culto, como é o caso da recorrida, em consequência da mencionada regra de imunidade, até porque, a constituição federal assegura a livre manifestação religiosa das pessoas, não podendo ser obstaculizado o exercício de cultos religiosos.

Nessa linha de raciocício, a utilização para fins residenciais dos religiosos não desnatura a sua atividade essencial, ou seja, não desfiguram a imunidade subjetiva da entidade.

Nesse sentido:

> Tributário. Imposto predial. Instituição de assistência social. Imóveis por ela locados. Imunidade tributária. O imposto predial onera o proprietário em razão do bem im6vel que ele possui, sem relacionamento com a renda porventura dele auferida. É o que resulta do art 24, I, da Constituição Federal. E o disposto no art. 119, III, c, da Constituição dispõe, limitando o poder de tributar da União, Estados e Municípios é que não podem eles cobrar impostos de instituições de assistência social, observados os requisitos da lei. Não importa existir cláusula contratual de locação que estipule obrigação de o inquilino pagar o imposto se for e1e devido, pois tal transferência condicional do gravame não retira a imunidade do titular do benefício. (STF, RExtra n. 97708, Segunda Tuma, julgado em 18.5.1984, Rel. Min. Passarinho, RTJ 111/695).

Sobre o tema, destaco o entendimento jurisprudencial desta Corte:

> APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – NÃO INCIDÊNCIA DE IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DO INCISO VI, "B", DO ART. 150 DA CF/1988 À RESIDÊNCIA DOS RELIGIOSOS – AFASTADA – RECURSOS IMPROVIDOS.
>
> Se a imunidade tributária do art. 150, inciso VI, alínea "b" e seu § 4º da Constituição brasileira serve de instrumento para se dar efetividade à liberdade religiosa do art. 5, VI, do Texto Maior, então a interpretação a ser feita é no sentido amplo, sob pena de restringir e do mecanismo não cumprir seu fim, que é efetivar, e não obstacularizar.
>
> Se junto ao templo insere-se imóvel que serve de residência para os que ministram o culto religioso, não restam dúvidas de que esse imóvel serve de finalidade essencial para a liberdade de culto, Constitucionalmente assegurada. (TJMS, AC n. 2007.016452-5, Campo Grande, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Joenildo de Souza Chaves, julgado em 19.5.2009).
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DECLARATÓRIA – PRELIMINAR – FALTA DE INTERESSE DE AGIR – ADMISSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA QUANDO PRESENTES OS REQUISITOS QUE A AUTORIZAM – PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA – GARANTIA DA EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL – TEMPLOS DE QUALQUER CULTO – IMUNIDADE TRIBUTÁRIA ESTENDIDA AOS PRÉDIOS DE PROPRIEDADE DA IGREJA – RECURSO PROVIDO.

Tratando-se de pretensão jurisdicional onde o que se busca é a declaração da imunidade tributária do imóvel, não há o que se falar em falta de interesse processual na busca desta pretensão, pelo fato de não existir débitos tributários do referido imóvel, isto porque, o que se busca é a declaração da não incidência tributária de referido tributo sobre o imóvel.

Apesar das restrições contidas na Lei n. 9.494/97, a jurisprudência dessa Corte é firme no sentido de que quando presentes os requisitos que autorizam a concessão da tutela antecipada, deve ela ser concedida, ainda que em face do Poder Público, como garantia da tutela jurisdicional efetiva.

Estando presente a verossimilhança das alegações e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, impõe-se a concessão da liminar, em sede de tutela antecipada, para que a agravante se abstenha de qualquer desconto no benefício de aposentadoria complementar do agravado.

A imunidade tributária prevista no art. 150, VI, 'b', CF, abrange prédio de comprovada propriedade da igreja, ademais quando localizado em área contígua à do templo, porquanto a vedação de instituição de impostos dá-se não só sobre a edificação destinada ao culto, mas também abarca o patrimônio, renda e serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades. (TJMS, Ag n. 2009.015542-9, Campo Grande, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, julgado em 1º.10.2009).

No tocante aos honorários advocatícios, o recorrente postula sua redução, sob o argumento de que não foram fixados de acordo com os critérios assentados nos §§ 3º e 4º do art. 20 do Código de Processo Civil.

O art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil é claro ao dispor quem *"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 equitativa do juiz, atendidas as normas da alínea a, b, c do parágrafo anterior."*

Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – FORNECIMENTO DE REMÉDIOS – MUNICÍPIO – HONORÁRIOS – RECURSO PROVIDO.

O Estado (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) não pode utilizar-se de subterfúgios, como o de que o remédio deve constar no rol da cesta básica, como justificativa para descumprir com a sua obrigação, porquanto, em sendo a saúde um dever do Estado, deve este implementar políticas sociais e econômicas que visem a garantir aos cidadãos, em especial àqueles sem recurso econômicos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar.

São devidos os honorários advocatícios à parte vencedora nas causas em que a Fazenda Pública for vencida, devendo ser fixados segundo critério da equidade, levando-se em consideração o disposto nas letras a, b, e c do parágrafo 3º do art. 20 do CPC. (TJMS, AC n. 2009.016102-0, Dourados, Terceira Turma Cívelm, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, julgado em 3.9.2009).

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO DE COBRANÇA – RECONHECIMENTO DA DÍVIDA PELO MUNICÍPIO – JUROS MORATÓRIOS – TERMO INICIAL – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – FIXAÇÃO DE ACORDO COM O ARTIGO 20, § 4º, DO CPC.

De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, versando os autos acerca de inadimplemento de obrigação positiva e líquida, devem os juros de mora incidir a partir do vencimento de cada parcela em atraso, e não somente a partir da citação, nos termos do art. 960 do CC/1916, vigente ao tempo das contratações.

> Nas ações em que é vencida a Fazenda Pública, devem os honorários ser fixados com fundamento no § 4º do artigo 20 do CPC. Nessas condições, valendo-se de critérios valorativos conjugados com as alíneas a, b e c do § 3º do mesmo artigo, impõe-se a reforma da sentença para majorar a verba advocatícia que não remunera com justeza o serviço prestado pelo titular do direito postulatório. (TJMS, AC n. 2005.002825-4, Bandeirantes, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, julgado em 16.10.2008).

Com efeito, e notório que nas ações em que é vencida a Fazenda Pública, devem os honorários ser fixados com fundamento no § 4º do artigo 20 do CPC. Nessas condições, o arbitramento de tal montante deve ser feito de forma eqüitativa pelo magistrado, valendo-se para tanto de critérios valorativos, conjugando-os com as alíneas a, b e c do § 3º do mesmo artigo.

Destarte, atendendo aos dispositivos legais invocados, entendo razoável que os honorários advocatícios sejam fixados no valor de R$ 1.000,00 (mil reais), mormente levando-se em consideração o conteúdo econômico da demanda – devolução de parcelas de Imposto Predial e Territorial Urbano relativo aos últimos cinco anos.

Por tais razões, conheço do recurso e nego-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Tânia Garcia de Freitas Borges, Julizar Barbosa Trindade e Luiz Carlos Santini.

Campo Grande, 13 de julho de 2010.

***

Apelação Cível n. 2008.025939-1 - Campo Grande
Segunda Turma Cível
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE DE VEÍCULO AUTOMOTOR – AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO DA VENDA JUNTO AO DETRAN NO PRAZO LEGAL – RESPONSABILIDADE DO ANTERIOR PROPRIETÁRIO – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Não havendo a comunicação de transferência da propriedade do veículo junto ao DETRAN, é de responsabilidade do vendedor os débitos e restrições cadastrais do veículo.

No âmbito administrativo é necessária a comunicação, pelo anterior proprietário, ao DETRAN sobre a transferência do veículo, tendo em vista o que dispõem os art. 123, I e § 1º, e 134, ambos do CTB.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 29 de junho de 2010.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relatora

RELATÓRIO

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Assis Correa Barros Neto inconformado com a decisão proferida nos autos da ação declaratória, movida contra Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul - Detran-MS, que julgou improcedente o pedido, recorre a este Tribunal.

Sustenta em síntese, que os débitos e restrições cadastrados no veículo VW Gol, placa CIB 5636, do qual era o antigo proprietário, devem ser transferidos para Silvana Rodrigues Duarte, compradora que adquiriu tal bem em 8.12.2005, deixando, contudo, de comunicar a venda ao Detran-MS.

Alega que o órgão competente teve conhecimento da venda do veículo, conforme consta dos documentos acostados aos autos, às f. 12, 27, 28 e 32, e ainda, que o mesmo expediu multa por deixar de efetuar o registro de transferência de propriedade do veículo no prazo de 30 (trinta) dias, (f.12), portanto não há falar em desconhecimento ou falta de comunicação de venda.

Ao final requer a reforma da decisão *a quo* a fim de determinar o cancelamento dos débitos em nome do autor, condenando-se o apelado ao pagamento das custas e honorários advocatícios.

VOTO

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (Relatora)

Afirma o apelante que os documentos acostados aos autos confirmam a referida comunicação da venda do veículo junto ao órgão competente e ainda, que posterior multa de trânsito lançada pelo Detran-MS (por deixar de transferir o veículo no prazo de 30 dias), ratifica tal alegação, de forma que a decisão singular deve ser reformada para determinar o cancelamento dos débitos em seu nome.

Sustenta o recorrente, que transferiu a posse do carro modelo Gol, placas CIB 5636, em 18.12.2005, à Silvana Rodrigues Duarte, razão pela qual não pode ser responsabilizado pelos débitos existentes posteriormente a essa data.

No entanto, extrai-se dos autos que o autor juntou cópia do recibo de transferência de veículo (f.13), onde consta o nome de Silvana Rodrigues Duarte como compradora, porém quem assina como proprietário e comprador é o recorrente. Demais disso, a data que consta do recibo é diversa da alegada na inicial, pois afirma o autor que a venda foi realizada no dia 8.12.2005 e o recibo data de 8.12.2006, ou seja, um ano depois.

Aliás, como bem observou a sentença singular, *"quando se efetua a venda de qualquer veículo, deve-se levar a cópia do DUT – Documento Único de Transferência -, devidamente assinada pelo comprador e pelo vendedor, com firma reconhecida, ao Detran, para informar a transferência no prazo de 30 dias* " (f.69).

Desta forma, no âmbito administrativo é necessária a comunicação da venda ao Detran, pelo anterior proprietário, quando o comprador não efetua a transferência do veículo, tendo em vista o que dispõem os artigos 123, inciso I e § 1º, e 134, ambos do CTB, que seguem:

> Art. 123. Será obrigatória a expedição de novo Certificado de Registro de Veículo quando:
>
> I - for transferida a propriedade;
>
> [...]
>
> § 1º. No caso de transferência de propriedade, o prazo para o proprietário adotar as providências necessárias à efetivação da expedição do novo Certificado de Registro de Veículo é de trinta dias, sendo que nos demais casos as providências deverão ser imediatas.
>
> Art. 134. No caso de **transferência de propriedade**, o **proprietário antigo deverá encaminhar ao órgão executivo de trânsito do Estado dentro de um prazo de trinta dias**, cópia autenticada do comprovante de transferência de propriedade, devidamente assinado e datado, **sob pena de ter que se responsabilizar solidariamente pelas penalidades impostas e suas reincidências até a data da comunicação**. [destacado aqui].

Nesse sentido, alguns julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

> APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. ação anulatória. MULTA DE TRÂNSITO. ALIENAÇÃO DE VEÍCULO. ausência de comunicação ao detran no prazo legal. Responsabilidade do anterior proprietário.
>
> Ausente a comunicação de transferência da propriedade do veículo junto ao DETRAN, é de responsabilidade do vendedor a multa por infração de trânsito.
>
> Não obstante a transferência da propriedade para efeitos civis dependa apenas da tradição, no âmbito administrativo é necessária a comunicação, pelo anterior proprietário, ao

DETRAN sobre a transferência do veículo, tendo em vista o que dispõem os art. 123, I e § 1º, e 134, ambos do CTB.

Apelação provida liminarmente. (TJRS, AC n. 70035062231, Vigésima Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Carlos Eduardo Zietlaw Duro).

AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MULTA DE TRÂNSITO. ALIENAÇÃO DE VEÍCULO. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO DA VENDA JUNTO AO DETRAN NO PRAZO LEGAL. RESPONSABILIDADE DO ANTERIOR PROPRIETÁRIO. ALIENAÇÃO SEQUER DEMONSTRADA.

Ausente a comunicação de transferência da propriedade do veículo junto ao DETRAN, é de responsabilidade do vendedor a multa por infração de trânsito.

Não obstante a transferência da propriedade para efeitos civis dependa apenas da tradição, no âmbito administrativo é necessária a comunicação, pelo anterior proprietário, ao DETRAN sobre a transferência do veículo, tendo em vista o que dispõem os art. 123, I e § 1º, e 134, ambos do CTB.

Caso concreto em que não há qualquer indício da realização da venda alegada.

Agravo desprovido. (TJRS, Ag n. 70033474131, Vigésima Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Carlos Eduardo Z. Duro).

No mesmo sentido é o posicionamento deste Tribunal de Justiça, *in verbis:*

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO CUMULADA COM DANOS MORAIS – TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE DE VEÍCULO AUTOMOTOR – AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO DO PROPRIETÁRIO ANTIGO JUNTO AO ÓRGÃO EXECUTIVO – INFRAÇÕES DE TRÂNSITO COMETIDAS APÓS A VENDA – PONTOS INSERIDOS NO PRONTUÁRIO DO PROPRIETÁRIO – AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADE – DANO MORAL E MATERIAL – NÃO CONFIGURADO – MULTA APLICADA NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – INTUITO PROTELATÓRIO – NÃO CONFIGURADO – EXPURGADA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM FAVOR DA DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL – POSSIBILIDADE – MINORAÇÃO DE HONORÁRIOS – APRECIAÇÃO EQÜITATIVA DO MAGISTRADO – MANTIDO O PERCENTUAL FIXADO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Cabe ao apelante o dever de comunicar ao órgão executivo de trânsito a venda de seu veículo automotor, portanto não dá para imputar exclusivamente aos requeridos a conduta ilícita pelo lançamento das infrações e da pontuação inerente em seu prontuário no órgão executivo de trânsito.

Não estando o dano material devidamente configurado nos autos, inexiste a obrigação de repará-lo.

O simples fato de recorrer na tentativa de resguardar direitos e obrigações não constitui ato protelatório.

Desde o advento da Lei Complementar Estadual n. 111, de 17 de outubro de 2005, os honorários advocatícios arbitrados nas causas defendidas pela Defensoria Pública Estadual são fixados em favor do respectivo órgão.

O arbitramento da honorária, em razão do sucumbimento processual, está sujeito a critérios de valoração, perfeitamente delineado na lei processual, e sua fixação é ato do juiz. (TJMS, AC n. 2007.034599-8, Campo Grande, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Rêmolo Letteriello).

Portanto, restando demonstrado que cabia ao apelante o dever legal de comunicar ao órgão executivo de trânsito a venda de seu veículo automotor, providência que não foi por ele adotada, aliado ao fato de que o recibo de transferência acostado aos autos, contém data diversa daquela informada na inicial e não foi assinado pela eventual compradora, não há como compelir o Detran ao lançamento dos débitos em nome de terceira pessoa, estranha aos registros mantidos no órgão de trânsito.

Ante o exposto, nego provimento ao presente recurso, mantendo inalterada a sentença *a quo*.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relatora, a Exma. Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Tânia Garcia de Freitas Borges, Julizar Barbosa Trindade e Luiz Carlos Santini.

Campo Grande, 29 de junho de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.017211-3 - Bandeirantes
Segunda Turma Cível
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – QUEDA NA PRODUÇÃO DE LAVOURA DE SOJA – APLICAÇÃO DE HERBICIDA – COMPROVADA INEFICÁCIA DO PRODUTO PARA COMBATER DE FORMA EFICAZ A PRAGA FERRUGEM ASIÁTICA – MANEJO DO PLANTIO E APLICAÇÃO DO PRODUTO ACOMPANHADO POR PROFISSIONAL HABILITADO – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA DETERMINADA NA SENTENÇA – AINDA QUE AFASTADA A REGRA PROCESSUAL DO ARTIGO 333, I DO CPC, O AUTOR PROVOU O FATO CONSTITUTIVO DO SEU DIREITO – PARTE REQUERIDA QUE NÃO SE DESINCUMBIU DO ÔNUS DE PROVAR OS FATOS IMPEDITIVOS, MODIFICATIVOS OU EXTINTIVOS DO DIREITO DO AUTOR – ARTIGO 333, II, CPC – INDENIZAÇÃO PELOS PREJUÍZOS ADVINDOS DA INEFICÁCIA DO PRODUTO COMERCIALIZADO – DEVIDA – REDUÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO – AFASTADA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Uma vez caracterizada a relação de consumo havida entre as partes, deve-se aplicar o Código de Defesa do Consumidor ao caso dos autos, bem como a inversão do ônus da prova.

Pode o magistrado determinar tal inversão no momento em que for proferir a sentença, tendo em vista que neste momento terá melhores condições de analisar o proveito desta inversão.

Restando comprovado o fato constitutivo do direito do autor postulado em juízo, qual seja, a ineficiência do produto que adquiriu para combater a praga ferrugem asiática que acometeu sua lavoura, caberia a parte requerida provar efetivamente o fato extintivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, contudo, não tendo desincumbido de seu ônus, a manutenção da sentença de procedência da pretensão indenizatória é medida que se impõe.

Correspondendo o valor indenizatório à perda da produção experimentada pela lavoura de soja, este deve ser mantido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 10 de agosto de 2010.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relatora

RELATÓRIO

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Cheminova Agro Brasil Ltda., inconformada com a sentença proferida pelo Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Bandeirantes, nos autos da ação de indenização que lhe moveu Mauro Lenharo, apela a este Tribunal.

Afirma que não lhe incumbe o ônus da prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor no caso dos autos, mormente por ser uma prova "impossível".

Aduz que não teve sequer a oportunidade de acompanhar os trabalhos periciais desenvolvidos nos autos da Medida Cautelar de Produção Antecipada de Provas n. 025.06.500204-5 em apenso.

Aponta ser equivocada a inversão de ônus da prova somente em sede de sentença pois, assim, não teve oportunidade de produzir outras provas.

Afirma que o produto *Impact* não foi o causador da quebra de produtividade sofrida pelo apelado e, inclusive, colaciona um estudo feito pelo professor da Universidade Federal do Mato Grosso, que discorre acerca da eficiência do produto em comento.

Assinala que o apelado fez a primeira aplicação com os produtos *Sphere* e *Carbendazin* e somente na segunda aplicação utilizou o produto *Impact*, sendo de se ressaltar que a mistura de dois ou mais produtos pode provocar uma reação química cujos efeitos toxicológicos são desconhecidos, podendo até prejudicar o resultado efetivo do produto.

Argumenta que não restou efetivamente provado nos autos que a queda da produção da lavoura de soja do apelado ocorreu por ineficiência do produto *Impact,* destinado a combater a ferrugem asiática.

Aduz que o Código de Defesa do Consumidor não é aplicável ao caso dos autos, porquanto o apelado não é o destinatário final.

Alternativamente, caso seja mantida a sentença, pretende a redução da condenação, ao argumento de que a perda da lavoura corresponde aproximadamente a 4,2 sacas/ha, o que equivale em torno de R$ 54.759,10 (cinquenta e quatro mil, setecentos e cinquenta e nove reais e dez centavos).

Em contrarrazões, o apelado refuta os argumentos da apelante e pugna pelo não provimento do apelo.

VOTO

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (Relatora)

Cuida-se de apelação cível interposta por Cheminova Agro Brasil Ltda contra a sentença proferida nos autos da ação de indenização movida por Mauro Lenharo, em razão do produto *Impact* comercializado pela requerida não ter combatido a ferrugem asiática em sua lavoura de soja, o que ocasionou uma brusca queda em sua produção.

O dispositivo da sentença objurgada restou assim redigido, *in verbis*:

> Posto isso e o mais que dos autos consta, nos moldes do art. 269, I, do CPC, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a presente ação de indenização movida por Mauro Lenharo contra Cheminova Brasil S.A., para condená-lo ao pagamento de R$ 14.250,00 (catorze mil duzentos e cinquenta reais) – gastos com aquisição do produto – e R$ 136.897,76 (indenização pela diminuição na safra de soja do autor), acrescidos os valores de correção monetária pelo IGPM-FGV e juros moratórios de 1% ao mês, ambos devidos a partir da citação.
>
> Condeno, ainda, a requerida, ao pagamento das custas e das despesas processuais, além de honorários advocatícios, que, nos moldes do art. 20, § 3º, do CPC, fixo em 10% sobre o valor da condenação. (f. 247)

Inconformada, recorreu a requerida.

Contudo, a meu ver, razão não assiste à recorrente.

É completamente descabida a alegação da apelante de que não teve sequer a oportunidade de acompanhar os trabalhos periciais desenvolvidos nos autos da Medida Cautelar de Produção Antecipada de Provas n. 025.06.500204-5 em apenso.

Isto porque, eventual erro no procedimento da medida cautelar de produção de provas em apenso deveria ter sido manifestado pela via adequada, no momento oportuno e naqueles autos, portanto, não pode agora a apelante pretender desafiar provimento jurisdicional prolatado em outros autos, mormente quando instada a se manifestar acerca de eventual interesse de designação de audiência para esclarecimentos do laudo, informou que não havia interesse na designação de audiência prevista no artigo 435 do CPC e requereu a homologação do laudo pericial produzido, tendo ocorrido, pois, a preclusão temporal para desafiar tal ato.

Cumpre ressaltar, que nos autos da cautelar de produção antecipada de prova, a apelante foi devidamente citada, apresentou quesitos ao perito judicial, os quais foram respondidos, tendo ainda manifestado desinteresse na designação de audiência para esclarecimentos do laudo e somente após todos esses atos é que o juiz *a quo* homologou por sentença o laudo pericial de f. 51-78, complementado às f. 122-126 (autos da ação cautelar). Destarte, não há que se falar em cerceamento de defesa no tocante à prova pericial, anotando-se, ainda, que não foi manejado recurso contra a sentença homologatória daquele laudo.

No tocante ao argumento da apelante de que o Código de Defesa do Consumidor não é aplicável ao caso dos autos, porque o autor é produtor rural e não consumidor, verifico que razão não lhe assiste.

Com efeito, estabelece o art. 2 da Lei n. 8.078/90 que "*consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*". E o parágrafo único dispõe ainda que "*equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo*".

No caso vertente não há como afastar a condição de consumidor do apelado, pois é incontestável que o produtor agrícola que compra fungicida para a sua lavoura é destinatário final do produto (*Impact*), eis que o utilizou na sua terra, encerrando a cadeia produtiva, pois o fungicida não será objeto de transformação ou beneficiamento.

Em casos análogos, esta Corte vem remansosamente decidindo, *in verbis*:

> EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – INVERSÃO DO ONUS DA PROVA – CABIMENTO – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR APLICABILIDADE – PRODUTOR AGRÍCOLA – AQUISIÇÃO DE FUNGICIDA – DESTINATÁRIO FINAL – IMPROVIMENTO.
>
> Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor ao caso, pois o agravado, produtor agrícola, adquiriu fungicida para utilizar em sua lavoura, sendo, portanto, destinatário final deste produto. (AgRg em Ag n. 2010.011147-6/0001-00, Ponta Porã, Rel. Des. Luiz Carlos Santini, julgado em 25.5.2010).

No mesmo sentido, é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, veja-se:

> RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS ORIUNDOS DE QUEBRA DE SAFRA AGRÍCOLA. DEFENSIVO AGRÍCOLA INEFICAZ NO COMBATE À "FERRUGEM ASIÁTICA". APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. REDAÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 927 DO CÓDIGO CIVIL. FUNDAMENTAÇÃO

DO ACÓRDÃO NÃO IMPUGNADA. SÚMULA N. 283/STF. ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. PRESCINDIBILIDADE ATESTADA PELO ACÓRDÃO. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL. SÚMULA N. 284/STF. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARBITRAMENTO IRRISÓRIO. NÃO-OCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE CORRELAÇÃO NECESSÁRIA COM O VALOR DA CAUSA.

1. Com relação à apontada ofensa ao artigo 2 do Código de Defesa do Consumidor, ao argumento de não-incidência da norma consumerista ao caso concreto, o acórdão recorrido apresentou fundamento, suficiente à manutenção de suas conclusões, que não foi impugnado pela recorrente: "mesmo que o caso não configurasse relação de consumo, a responsabilidade da Apelada seria objetiva, afinal ninguém há de negar que a fabricação de fungicidas se subsume à atividade de risco referida no parágrafo único do art. 927 do Código Civil.

Incidência da Súmula n. 283 do Supremo Tribunal Federal.

2. A jurisprudência desta Terceira Turma encontra-se pacificada no sentido de que se equiparam ao consumidor "todas as pessoas que, embora não tendo participado diretamente da relação de consumo, venham sofrer as conseqüências do evento danoso, dada a potencial gravidade que pode atingir o fato do produto ou do serviço, na modalidade vício de qualidade por insegurança." (REsp n. 181.580/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Castro Filho).

[...]

(REsp n. 1096542/MT, Terceira Turma, Rel. Min. Paulo Furtado (Des. Convocado do TJBA), julgado em 20.8.2009, DJ de 23.9.2009).

CIVIL. RELAÇÃO DE CONSUMO. DESTINATÁRIO FINAL. A expressão destinatário final, de que trata o art. 2, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor abrange quem adquire mercadorias para fins não econômicos, e também aqueles que, destinando-os a fins econômicos, enfrentam o mercado de consumo em condições de vulnerabilidade; [...] (STJ, REsp n. 716877/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 22.3.2007).

Direito do Consumidor. Recurso especial. Conceito de consumidor. Critério subjetivo ou finalista. Mitigação. Pessoa Jurídica. Excepcionalidade. Vulnerabilidade. Constatação na hipótese dos autos. Prática abusiva. Oferta inadequada. Característica, quantidade e composição do produto. Equiparação (art. 29). Decadência. Inexistência. Relação jurídica sob a premissa de tratos sucessivos. Renovação do compromisso. Vício oculto.

- A relação jurídica qualificada por ser "de consumo" não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro.

- Mesmo nas relações entre pessoas jurídicas, se da análise da hipótese concreta decorrer inegável vulnerabilidade entre a pessoa-jurídica consumidora e a fornecedora, deve-se aplicar o CDC na busca do equilíbrio entre as partes. Ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo.

- São equiparáveis a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais abusivas.

> - Não se conhece de matéria levantada em sede de embargos de declaração, fora dos limites da lide (inovação recursal). Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp n. 476428/SC, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 19.4.2005).

Destarte, não merece reparos a sentença recorrida neste ponto.

Não prospera também a insurgência da apelante, no que tange ao momento processual para se determinar a inversão do ônus da prova, porquanto pode o magistrado determinar tal inversão na oportunidade em que for proferir a sentença, tendo em vista, que neste momento, terá melhores condições de analisar o proveito desta inversão.

Além disso, a apelante, na qualidade de fornecedora, deveria estar atenta à proteção da Lei n. 8.078/90 ao consumidor, parte mais frágil na relação de consumo, sendo que lhe assiste a obrigação de adotar a cautela de provar todos os fatos que entenda necessários à sua defesa antes de proferir da sentença, evitando que futuramente possa ser surpreendida com a mencionada inversão.

A propósito, sobre o assunto precisa é a lição de Nery Junior e Nery[1], *in verbis*:

> Não há momento para o juiz fixar o ônus da prova ou sua inversão (CDC art. 6 - VIII), porque não se trata de regra de procedimento. O ônus da prova é regra de juízo, isto é, de julgamento, cabendo ao juiz, 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.

E mais adiante enfatizam que: "*Em suma, o fornecedor (CDC art. 3), já sabe, de antemão, que tem de provar tudo o que estiver a seu alcance e for de seu interesse nas lides de consumo. Não é pego de surpresa com a inversão na sentença.*"

Nesse sentido:

> Processo Civil. Preliminar. Inversão ônus da prova. sentença nula inocorrência. Prova pericial. Desnecessidade. Rejeição. aparelho de telefone celular móvel. Defeito. Responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor. art. 12 e 18, CDC. Sentença confirmada. Recurso improvido. Unânime. 1. A inversão do ônus da prova não fora determinada na sentença e sim na audiência de instrução e julgamento, e mesmo que assim fosse "não há que se falar em cerceamento de defesa em face da inversão do ônus da prova adotada na sentença, quando a responsabilidade da fornecedora de reparar o dano, ou de restituir o valor recebido, decorre de vício de qualidade do produto que o torne impróprio ou inadequado ao consumo a que se destina, vez que a responsabilidade no caso é objetiva, a dispensar a produção de prova. quando a causa não é complexa e, portanto, desnecessária a produção de prova pericial, vez que em nada contribuirá para o seu deslinde, não há que se falar em extinção do processo sem julgamento do mérito." 2. A responsabilidade do fornecedor do produto é objetiva e solidária, nos termos dos art. 12 e 18, do CDC. Outrossim, não obstando a recorrente qualquer fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da recorrida, impõe manter indene a r. sentença por seus próprios e judiciosos argumentos. 3. Recurso conhecido, mas improvido. unânime. (AC n. 20040110767990, DF, Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, julgado em 25.5.2005, Rel. Alfeu Machado, DJU de 20.6.2005, pág. 124).

Assim, mostra-se acertada a sentença ao reconhecer a relação de consumo havida entre as partes e por consequência, aplicar o Código de Defesa de Consumidor ao caso dos autos.

Consequentemente, uma vez reconhecida que a relação entre as partes é de consumo, sendo aplicável o Código de Defesa do Consumidor, fica afastada a aplicação do artigo 333, I, do Código de Processo Civil ao caso dos autos.

1 *In*, Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante. 9. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 531.

De qualquer modo, constata-se que o autor cumpriu a contento a determinação contida no artigo 333, I do CPC, veja que pelas provas coligidas aos autos, verifica-se que o autor teve uma brusca queda em sua produção de soja, em razão do ataque da praga ferrugem asiática em sua lavoura, apesar de ter utilizado o produto *Impact* para combatê-la, mas este não foi eficaz.

Assim, cabia à requerida fazer prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, consoante exegese do artigo 333, II do CPC, entretanto, não se incumbiu de tal ônus.

Ademais, constata-se que à f. 225, a apelante requereu o julgamento antecipado da lide, nos termos do artigo 330, inciso I do Código de Processo Civil. Portanto, pode-se inferir que não há ressonância em sua irresignação, quando alega que não restou provado a ineficácia do produto por ela comercializado, ainda mais quando requereu o julgamento do feito no estado em que se encontrava.

Outrossim, ressalta-se que não se pode alegar nem cerceamento de defesa, quem concordou e muito menos quem requereu o julgamento da lide no estado em que se encontrava à época da sentença proferida. Nesse sentido ensinam Theotônio Negrão e José Roberto F. Gouvêa[2] com respaldo em jurisprudência, *in* Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor*: "Não pode alegar cerceamento de defesa quem concordou com o julgamento antecipado da lide e teve sentença contrária."* (art. 330, nota 3ª).

Corroborando o acerto da sentença invectivada, ao compulsar os autos da cautelar de produção antecipada de provas n. 025.06.500204-5, verifica-se que o Laudo Pericial elaborado pelo perito judicial foi categórico ao afirmar que: *"3.1) houve efetiva quebra de produtividade na safra 2005/2006 para a cultura de soja implantada no imóvel rural denominado FAZENDA RETIRO na ordem de 10,39 sc/ha (623,40 Kg/ha) causada por infestação da doença conhecida como ferrugem da soja asiática. Os demais fatores que poderiam ter causado essa quebra de produtividade foram afastados de acordo com as observações apontadas no intem II." (f. 63)*

Ainda, consignou que: *Dos dados acima anotados vemos que as condições climáticas para a safra 2005/206 foram bem favoráveis a uma boa produção. As temperaturas se mantiveram constantes, sem grandes picos máximos ou mínimos e não ocorreu nem chuvas excessivas ne, estiagens prolongadas que pudessem prejudicar o bem desenvolvimento vegetativo."* (f. 42)

Dessa vistoria podemos destacar que, de maneira geral, a cultura mostrava-se em bom estado de manejo, com adensamento adequado, boa granação das vagens. [...] (f. 54)

Na FAZENDA RETIRO observamos, a existência de curvas de nível planejadas e bem conservadas, plantio em nível, boa cobertura vegetal e incidência insignificante de erosão laminar, ou seja, pelos resultados obtidos das análises de solos, teríamos a apontar que nada nas características físico-químicas dos solos justificaria a produtividade abaixo de níveis médios para a região, como demonstrado no item "2.4". (f. 59)

Portanto, pelas afirmações atestadas no laudo pericial judicial é imperioso reconhecer que a quebra na produção da lavoura do autor-apelado foi causada pela infestação da praga ferrugem da soja asiática, porquanto as condições de plantio, o clima e o preparo do solo eram bem favoráveis para uma boa produção naquela época.

Nesse contexto, resta analisar se o produto *Impact* utilizado pelo autor em sua lavoura de soja para combater a praga ferrugem da soja asiática alcançou o seu mister.

Os documentos coligidos aos autos demonstram que o plantio, bem como a aplicação do herbicida *Impact* foi acompanhado por profissional da área (f. 20-21 – autos da ação cautelar), conforme recomendado no próprio manual do produto, tendo inclusive seguido os parâmetros de aplicação nele descritos.

2 *In*, **Código de Processo Civil e legislação em vigor**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 433.

Assim, como apontado no laudo pericial, *in verbis*:

> [...] vemos que o defensivo em questão atenderia as necessidades de controle preventivo e curativo contra a ferrugem asiática da soja, desde que atendidas as recomendações de dosagem, nível de infestação, período e maneira de aplicação, ou seja, o correto uso do mesmo deveria permitir o eficaz controle da doença e a manutenção do desenvolvimento vegetativo normal da cultura com consequente produção em nível esperado. (f. 38-39 dos autos da ação cautelar)

Destarte, mostra-se inequívoco nos autos que o autor procedeu a todas recomendações do produto, atendendo assim ao comando legal do artigo 333, I do CPC, sendo que caberia à apelante provar qualquer fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333,II do CPC), mas não o fez.

Nem mesmo o estudo confeccionado pelo prof. Dr. Daniel Cassetari Neto, da Universidade Federal de Mato Grosso anexado pela apelante apenas na fase recursal (f. 283-287) tem o condão de provar que o produto *Impact* não foi o causador da quebra de produtividade sofrida pelo apelado, porquanto não deve ser analisado nesta fase processual por ter ocorrido a preclusão temporal para a juntada de prova documental bem como, por não se tratar de documentos novos.

Ademais, como bem consignou o juiz *a quo, in verbis*:

> Portanto, uma vez provada a efetiva utilização do produto pelo autor e havendo fortes evidências e fundada suspeita de que o dano teria sido oriundo da falha de qualidade do produto colocado no mercado, cumpriria à ré a produção de provas em sentido contrário.
>
> Enfim, pelas provas produzidas aos autos, tenho que houve uma evidente quebra na produção de soja na safra 2005/2006, que ocorreu por conta da ineficácia do produto *IMPACT*, fabricado pela requerida, já que regularmente aplicado na lavoura.
>
> A única causa atribuída à quebra de produção foi a incidência da doença da ferrugem asiática, que não foi combatida pelo fungicida *IMPACT*, adquirido exatamente para tal fim.
>
> Assim, é inconteste a aplicação do herbicida, em questão, bem como o prejuízo na soja ocorreu em virtude de sua ineficácia.
>
> Diante disso, o dano resta devidamente comprovado nos autos, qual se conclui que o prejuízo foi visualizado na colheita da safra 2005/2006, na propriedade do autor, devendo a requerida – fabricante do herbicida – indenizar o causador. (f. 245-246)

Assim, restando evidente nos autos que a queda na produção da lavoura ocorreu em razão da ineficácia do produto *IMPACT* em combater a praga ferrugem asiática que acometeu a lavoura de soja do autor, remanesce o dever de indenizar da requerida, fabricante do produto.

A propósito, sobre o assunto já decidiu, *in verbis:*

> EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. **APLICAÇÃO DE FUNGICIDA**. INEFICÁCIA DO PRODUTO. **INFESTAÇÃO** NA LAVOURA DE FERRUGEM E DA PRAGA DENOMINADA 'BICHO MINEIRO'. **QUEDA DE PRODUTIVIDADE.** INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. INVIABILIDADE. NÃO INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. FATO EXTINTIVO DO DIREITO DOS AUTORES. ALEGADO NA PEÇA CONTESTATÓRIA E NÃO PROVADO. ÔNUS PROCESSUAL DA EMPRESA-RÉ. ART. 333 DO CPC. APLICABILIDADE. INDENIZAÇÃO DEVIDA. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. - Compete a cada uma das partes, no desempenho de seu papel e após a formação da relação processual, promover e comprovar sua alegação nos exatos termos do art. 333 do Código de Processo Civil, diante da inaplicabilidade do instituto da inversão do ônus da prova. - Restando comprovado o fato constitutivo do

> direito dos autores deduzido em juízo, qual seja, a ineficiência do produto, caberia a empresa-ré provar, efetivamente, o fato extintivo alegado na peça de defesa, qual seja, que a infestação da praga deu-se por culpa exclusiva dos apelantes, por terem agido com desídia na aplicação do produto ou fora de suas especificações técnicas. (AC n. 1.0692.06.001467-1/001, Comarca de Tombos/MG, Rel. Des. Nicolau Masselli) (destacou-se).

Por fim, resta analisar o pedido alternativo da apelante, em que pretende a redução da condenação, ao argumento de que a perda da lavoura corresponde aproximadamente a 4,2 sacas/ha, o que equivale em torno de R$ 54.759,10 (cinquenta e quatro mil, setecentos e cinquenta e nove reais e dez centavos).

O valor fixado a título de indenização pelo magistrado *a quo* não merece reparos.

Ao contrário do que alega a apelante, o autor utilizou como parâmetro para pedir o valor indenizatório, a perda de sacas de soja por hectare assinalada no laudo pericial, qual seja, 10,39 sc/ha, mais o valor dispendido com a aquisição do produto *IMPACT*, no importe de R$ 14.250,00 (catorze mil, duzentos e cinquenta reais).

A propósito, constou no laudo pericial judicial que: "*A comparação entre a média de produtividade para a região e a produtividade alcançada para a lavoura em questão demonstra a diferença de* **10,39 sc/ha** *produzidos a menos na FAZENDA RETIRO.*" (f. 39-40 dos autos da ação cautelar)

Assim, a perda de produção na lavoura do autor foi na média de 10,39 sc/ha e não 4,2 sc/ha como afirmou a apelante, aliás sem nenhum respaldo técnico e sem ao menos trazer qualquer prova que pudesse corroborar o alegado.

Desse modo, correspondendo a área de cultivo da lavoura de soja do autor em 338 (trezentos e trinta e oito hectares) hectares, o valor de R$ 136.897,76 (cento e trinta e seis mil, oitocentos e noventa e sete reais e setenta e seis centavos) pretendido a título de indenização pela perda de produção da lavoura está correto, porquanto equivale aproximadamente a 3.512 (três mil, quinhentos e doze) sacas de soja.

Por todo o exposto, conheço do presente recurso de apelação mas, nego-lhe provimento, mantendo incólume a sentença combatida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relatora, a Exma. Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Tânia Garcia de Freitas Borges, Julizar Barbosa Trindade e Luiz Carlos Santini.

Campo Grande, 10 de agosto de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.017330-4 - Campo Grande
Quinta Turma Cível
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINAR DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – AFASTADA – FUNCIONÁRIO PÚBLICO ESTADUAL – PRISÃO PROVISÓRIA – SUSPENSÃO PAGAMENTO VENCIMENTOS – PREVISÃO LEGAL – RECURSO IMPROVIDO.

Se o apelante se insurgiu satisfatoriamente quanto aos fundamentos da sentença, não há falar em inobservância ao princípio da dialeticidade

"A previsão do Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Mato Grosso segundo a qual, em havendo a prisão preventiva de um servidor, sua remuneração deve ser reduzida em um terço, não ofende os princípios constitucionais da irredutibilidade de vencimentos e da não-culpabilidade." (REsp n. 413.398/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 19.12.2002).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 29 de julho de 2010.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Sergio Franco Soquere interpõe recurso de apelação, irresignado com a sentença proferida pelo Juízo da 5ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos desta Comarca, que denegou a segurança impetrada em face do Diretor - Presidente da Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário - Agepen-MS.

Alega em suas razões que o dispositivo da Lei Estadual n. 1102/90 que embasa a decisão de primeiro grau, afronta o preceito contido no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal.

Sustenta que o processo administrativo não foi concluído, exsurgindo certo que o afastamento do apelante e a determinação de suspensão do pagamento de sua remuneração ocorreram em função da existência de ação penal e que, em atendimento ao princípio da presunção de inocência e garantia da irredutibilidade do salário, a perda do cargo e dos direitos a ele inerentes somente se pode dar após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Prequestiona os artigos 5º, LVII e 37, XV da Constituição Federal.

Em contrarrazões (f. 138-45), a apelada alega ofensa ao princípio da dialeticidade, uma vez que o apelante somente rediscute a matéria, não impugnando a decisão e seus fundamentos. No mérito, pela manutenção da sentença.

A Procuradoria-Geral de Justiça (f. 158-64) opina pelo não acolhimento da preliminar suscitada e, no mérito, pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator)

Trata-se de apelação cível contra sentença que denegou a segurança impetrada por Sergio Franco Soquere em face do Diretor Presidente da Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário - Agepen-MS.

Ao impetrar o *writ* o impetrante alegou que é funcionário público estadual e encontra-se preso, não havendo, contudo, trânsito em julgado da sentença.

Entretanto o impetrado suspendeu, de forma inexplicável, o pagamento dos seus salários, sob o fundamento de medida prevista em lei.

A ordem mandamental foi denegada (f. 119-21).

Inicialmente, cumpre a análise da preliminar aventada em contrarrazões pelo apelado, de ofensa ao princípio da dialeticidade, tendo em vista que as razões interpostas pelo apelante não impugnaram a sentença e seus fundamentos.

No entanto, não lhe assiste razão.

É cediço que o procedimento recursal é semelhante ao inaugural. Assim, a peça do recurso assemelha-se à petição inicial e, por isso, deve conter os fundamentos de fato e de direito que embasam o inconformismo do recorrente com relação ao pronunciamento judicial, atendendo, assim, ao princípio da dialeticidade do recurso.

Nas suas razões recursais, o apelante expôs claramente os fundamentos de fato e de direito que se contrapõem à sentença e que ensejariam a sua reforma. Assim, não há se falar em ofensa ao princípio de dialeticidade, motivo pelo qual, afasto a preliminar.

O artigo 78, inciso I, da Lei Estadual n. 1.102/1990, dispõe que o funcionário perderá a remuneração dos dias que faltar ao serviço.

Logo adiante, no artigo 178, XIV, da mesma Lei, está prescrito que será considerado como efetivo exercício o afastamento por motivo de recolhimento à prisão, se absolvido no final.

Ao que parece, portanto, da leitura dos dispositivos legais retromencionados, apenas com a decisão final do processo criminal é que será possível observar se o apelante terá direito ou não à percepção dos vencimentos, já que teria a condição da absolvição para que os dias de custódia provisória sejam considerados como dias trabalhados.

Em princípio, não há lei estadual que disponha de modo diverso, a permitir que o apelante continue a perceber sequer parte dos vencimentos enquanto se encontre provisoriamente preso, de sorte que a suspensão do pagamento se mostra correta.

Nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. DELEGADO DA POLÍCIA CIVIL. PRISÃO PREVENTIVA. REDUÇÃO EM UM TERÇO DE SEU SUBSÍDIO. ART. 64 DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 04/90. CONSTITUCIONALIDADE.

1. A previsão do Estatuto dos Servidores Públicos do Estado do Mato Grosso segundo a qual, em havendo a prisão preventiva de um servidor, sua remuneração deve ser reduzida em um terço, não ofende os princípios constitucionais da irredutibilidade de vencimentos e da não-culpabilidade. Com efeito, trata-se de redução temporária de vencimentos decorrente de sua ausência ao serviço e, em caso de absolvição, haverá o pagamento do um terço reduzido.

2. "*Não há falar, em hipóteses tais, em força maior. Isso porque, em boa verdade, é o próprio agente público que, mediante sua conduta tida por criminosa, deflagra o óbice ao cumprimento de sua parte na relação que mantém com a Administração Pública.*" (REsp n. 413.398/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 19.12.2002).

3. Recurso ordinário improvido.[1]

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. PRISÃO PREVENTIVA. SUSPENSÃO DO PAGAMENTO DA REMUNERAÇÃO AO AGENTE PÚBLICO. LEGALIDADE. NÃO CONHECIMENTO.

1. "*Força maior: é o evento humano que, por sua imprevisibilidade e inevitabilidade, cria para o contratado impossibilidade intransponível de regular execução do contrato.*" (*in* Hely Lopes Meirelles, **Direito Administrativo Brasileiro**, Malheiros Editores, 18. Ed. 1993, página 221).

2. No serviço público, assim como, de resto, nas relações empregatícias reguladas pela Consolidação das Leis do Trabalho, a remuneração/salário é a própria contraprestação pelo serviço/trabalho.

3. Em sendo assim, não prestado o serviço pelo agente público, a conseqüência legal é a perda da remuneração do dia em que esteve ausente, salvo se houver motivo justificado.

4. E, por induvidoso, a ausência do agente público no serviço devido ao cumprimento de prisão preventiva não constitui motivação idônea a autorizar a manutenção do pagamento da remuneração. Com efeito, não há falar, em hipóteses tais, em força maior. Isso porque, em boa verdade, é o próprio agente público que, mediante sua conduta tida por criminosa, deflagra o óbice ao cumprimento de sua parte na relação que mantém com a Administração Pública. Por outras palavras, não há falar em imprevisibilidade e inevitabilidade, afastando, por isso mesmo, um dos elementos essenciais ao reconhecimento da alegada força maior.

5. A Lei n. 8.112/90, em seu artigo 229, assegura à família do servidor ativo o auxílio-reclusão, à razão de dois terços da remuneração, quando afastado por motivo de prisão preventiva. A pretensão, todavia, há de ser deduzida pelos próprios beneficiários.

6. Em caso de absolvição, o servidor terá direito à integralização da remuneração (artigo 229, parágrafo 1º, da Lei n. 8.112/90).

7. Recurso não conhecido.[2]

Vale a pena ainda frisar, que a pretensão do apelante, de continuar recebendo seus vencimentos dos cofres públicos, mesmo não exercendo sua função perante a administração pública, implica em não-cumprimento da contraprestação que lhe é devida na qualidade de servidor público estadual, o que implica em seu enriquecimento ilícito em detrimento do Estado, o que não se admite.

1 STJ, MS n. 21778/MT, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 31.10.2007, DJ de 26.11.2007, p. 247.

2 STJ, REsp n. 413398/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 4.6.2002, DJ de 19.12.2002, p. 484.

Observo que no serviço público e também nas demais relações empregatícias, o salário é a contraprestação pelo serviço prestado. Vale dizer, não prestado o serviço pelo agente público a consequência legal é a perda da remuneração do dia em que esteve ausente.

Além do mais, a medida de suspensão do pagamento do salário do apelante não tem a ver com o juízo acerca da sua inocência ou culpabilidade, uma vez que considera apenas o fato da ausência do mesmo ao serviço, sem previsão legal de justificativa.

Ante o exposto e de acordo com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. DECISÃO COM O PARECER.

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. Desembargadores Vladimir Abreu da Silva, Luiz Tadeu Barbosa Silva e Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 29 de julho de 2010.

***

Apelação Cível n. 2010.020230-6 - Bataiporã
Quinta Turma Cível
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – HABILITAÇÃO DE CRÉDITO EM DESAPROPRIAÇÃO – DISCUSSÃO ACERCA DA POSSE E PROPRIEDADE DO BEM – IMPOSSIBILIDADE – INDEFERIMENTO DA INICIAL – EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO – RECURSO IMPROVIDO.

O pedido de habilitação de crédito tem sua legitimidade proveniente de sucessão hereditária, a teor do que dispõe o artigo 1.055, do Código de Processo Civil.

Deve ser indeferida a inicial da habilitação de crédito, por carência de ação, em que o requerente pretende a discussão acerca da posse e propriedade do imóvel, a qual tem que ser apurada mediante a propositura de ação de conhecimento.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 5 de agosto de 2010.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Genecio Luiz Vanderlei interpõe recurso de apelação, irresignado com a sentença proferida pelo Juízo da Comarca de Batayporã, que indeferiu de plano a petição inicial, da ação de habilitação de crédito em desapropriação, autos n. 027.04.001057-7/00001, proposta em face de Joaquim Basílio Avíncola Ferreira e outro, por ser o apelante carecedor de ação.

Alega que restou demonstrado o exercício da posse mansa e pacifica, capacitando-o ao exercício do direito sobre o imóvel, sendo legitimado a pleitear a indenização independentemente da inscrição na matrícula do imóvel.

Sustenta que os honorários advocatícios devem ser distribuídos proporcionalmente, nos termos do artigo 23, do Código de Processo Civil.

Ao final, requer o provimento do recurso, reformando-se a sentença proferida.

Intimados, os apelados deixaram transcorrer, *in albis,* o prazo para a apresentação de contrarrazões.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Genecio Luiz Vanderlei, irresignado com a sentença proferida pelo Juízo da Comarca de Batayporã, que indeferiu de plano a petição inicial, da ação de habilitação de crédito em desapropriação, autos n. 027.04.001057-7/00001, proposta em face de Joaquim Basílio Avíncola Ferreira e outro, por ser o apelante carecedor de ação.

O pedido de habilitação de crédito tem lugar nos casos de sucessão hereditaria, a teor do que dispõe o artigo 1055 e seguintes, do Código de Processo Civil, que nas palavras de Antonio Carlos Marcato é classificada como: *"ação de conhecimento, uma vez que os interessados almejam uma sentença que, aplicando regra de direito material, lhes reconheça a condição de sucessores do falecido para o processo que tramitava"* [1].

A pretensão contida nos autos visa a discussão acerca da posse e propriedade do imóvel objeto da desapropriação, bem como o recebimento do valor indenizatório, todavia não é o legítimo proprietário constante em sua matrícula, devendo, portanto, primeiramente buscar a declaração da propriedade do bem para depois pugnar pela indenização.

Outrossim, como bem considerado pelo juízo singular:

Veja-se, ainda, que na inicial sequer fez referência a valor, ou ainda nem apontou ou qualificou a parte passiva, ou ainda pleiteou pela sua citação. Ademais, o pedido, ao que se verifica, não é consequência lógica da causa de pedir.

Assim, verifica-se que o apelante é carecedor de ação, não gozando de interesse processual para propor a presente demanda, devendo ser mantida a sentença que indeferiu a petição inicial e extinguiu o feito sem resolução do mérito.

Ante o exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

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. Desembargadores Vladimir Abreu da Silva, Luiz Tadeu Barbosa Silva e Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 5 de agosto de 2010.

***

1 MARCATO, Antonio Carlos. **Código de Processo Civil Interpretado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

Apelação Cível n. 2010.025964-2 - Maracaju
Quinta Turma Cível
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO – ILEGITIMIDADE ATIVA – AFASTADA – APLICAÇÃO DO ARTIGO 515, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – CÓDIGO CIVIL DE 1916 – DÉBITO CONTRAÍDO POR UM DOS CÔNJUGES – PENHORA DE BEM ADQUIRIDO DURANTE À CONSTÂNCIA DO CASAMENTO – REGIME DE SEPARAÇÃO DE BENS – AUSÊNCIA DE PREVISÃO EXPRESSA ACERCA DA INCOMUNICABILIDADE DOS BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DO MATRIMÔNIO – CONSTRIÇÃO QUE DEVE OBSERVAR A MEAÇÃO DO CÔNJUGE – RECURSO PROVIDO.

O cônjuge é parte legítima para figurar no polo passivo dos embargos de terceiro que visam à defesa de direito oriundo da meação.

Apesar dos cônjuges adotarem o regime de separação de bens, a incomunicabilidade do patrimônio adquirido durante a vigência do casamento depende da existência de cláusula expressa prevista no pacto antenupcial (art. 259 do CC de 1916).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar provimento ao recurso para anular a sentença, julgando procedente o pedido, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 23 de setembro de 2010.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Denise Maljaars interpõe recurso de apelação, irresignada com a sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Maracaju, que extinguiu sem resolução de mérito os embargos de terceiro, autos n. 014.08.002535-1, opostos em face do Banco do Brasil S.A., em razão da ilegitimidade da apelante para figurar no pólo ativo da demanda.

Alega que a legitimidade para figurar no polo ativo dos embargos decorrem do direito a meação do bem, pois adquirido com esforço comum de ambos, fazendo parte integrante do patrimônio do casal, na proporção de 50% para cada um.

Salienta que o juízo singular deixou de observar que inexistem nos autos provas de que o bem penhorado tenha sido adquirido com esforço único do executado.

Ao final, requer o provimento do recurso, reformando-se a sentença proferida.

Intimado, o apelado apresentou contrarrazões, pugnando pela manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Denise Maljaars, irresignada com a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Maracaju, que extinguiu, sem resolução de mérito, os embargos de terceiro, autos 014.08.002535-1, opostos em face do Banco do Brasil S.A., em razão da ilegitimidade da apelante para figurar no polo ativo da demanda.

Inicialmente, analiso a legitimidade da apelante para figurar no polo ativo da presente demanda.

Dispõe o artigo 1.046, do Código de Processo Civil:

> Art. 1.046. Quem, não sendo parte no processo, sofre turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, sequestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer lhes sejam manutenidos ou restituídos por meio de embargos.
>
> § 1º Os embargos podem ser de terceiro senhor e possuidor, ou apenas possuidor.
>
> § 2º Equipara-se a terceiro a parte que, posto figure no processo, defende bens que, pelo título de sua aquisição ou pela qualidade e que os possuir, não podem ser atingidos pela apreensão judicial.
>
> § 3º Considera-se também terceiro o cônjuge quando defende a posse de bens dotais, próprios, reservados ou de sua meação.

No presente caso, verifica-se que a pretensão da apelante consiste na defesa de seu direito à meação do bem constritado nos autos da ação de execução n. 014.07.002077-2, em razão de sua aquisição ter se dado durante a constância do casamento com o executado Jan Johannis Maljaars, celebrado no ano de 1988 (v. certidão de f. 26).

A direito pretendido nos presentes embargos tem fundamento na figura do § 3º do dispositivo legal em referência, por tratar-se a embargante de cônjuge do executado e defender os direitos inerentes à meação de bem adquirido durante a vigência do casamento.

Visando defender direito próprio, oriundo da meação, deve ser reconhecida a legitimidade da apelante para figurar no pólo ativo da presente demanda, de modo a permitir a análise do mérito da causa, aferindo-se a procedência ou não do direito pretendido.

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, externado no enunciado da Súmula n. 134, que assim dispõe: *"Embora intimado da penhora em imóvel do casal, o cônjuge do executado pode opor embargos de declaração para defesa de sua meação"*.

Portanto, reconheço a embargante como sendo parte legítima para a oposição dos presentes embargos de terceiro.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para declarar insubsistente a sentença proferida.

Considerando que a pretensão formulada nos autos versa acerca de matéria exclusivamente de direito, comportando julgamento de plano por este tribunal, a teor do que dispõe artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil.

A apelante opôs os presentes embargos de terceiro em decorrência da penhora que recai sobre o imóvel rural matriculado sob n. 7.424, ficha 1, livro 2, do 1º Cartório de Registro de Imóveis de Maracaju, alegando, para tanto, que o bem teria sido adquirido durante a constância do casamento.

Conforme consta dos autos, a embargante contraiu matrimônio com o executado em 17 de setembro de 1988, oportunidade em que foi adotado pelos nubentes o regime de separação de bens (f. 26). Durante sua constância, mais precisamente em 16 de novembro de 1994, Jan Johanes Maljaars, adquiriu, a título oneroso, o imóvel penhorado na execução em apenso, sobre o qual vem insurgindo-se a apelante acerca ilegalidade da constrição que recai sobre a integralidade do bem, em decorrência do direito à meação.

Considerando que a embargante Denise Maljaars contraiu matrimônio com Jan Johannis Maljaars, em 17 de setembro de 1988, sob regime de separação de bens, fixado entre os cônjuges, a controvérsia deve ser analisada à luz do Código Civil de 1916.

Washington de Barros Monteiro classifica o regime de separação de bens como sendo aquele em que *"cada conjuge conserva exclusivamente para si os bens que possuía quando casou, sendo também incomunicáveis os bens que cada um deles veio a adquirir na constância do casamento"*. E continua: *"Estabelecido o regime da separação, por comando da lei ou por convenção das partes, conserva cada cônjuge a plena propriedade, a integral administração e a inteira fruição de seus próprios bens. Só para alienação de imóveis requerer-se-á anuência do consorte"*.

O Código Civil de 1916 dispõe em seu artigo 276 que: *"Quando os contraentes casarem, estipulando separação de bens, permanecerão os de cada cônjuge sob a administração exclusiva dele, que os poderá livremente alienar, se forem móveis (artigos 235, I, 242, II e 310)"*.

Outrossim, prescreve o artigo 259, do mesmo diploma legal, que: *"Embora o regime não seja o de comunhão de bens, prevalecerão, no silencio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento"*.

Colhe-se da inteligência dos dispositivos legais invocados que, nos casos em que seja adotado pelos nubentes o regime de separação de bens, a incomunicabilidade daqueles adquiridos durante a constância do casamento depende de cláusula expressa nesse sentido.

Conforme consta dos autos, o bem penhorado na execução em apenso foi adquirido durante a constância do casamento, de modo que, em regra pertenceria a ambos os cônjuges, salvo na hipótese da previsão expressa inserida na escritura pública de pacto antenupcial, dispondo acerca da incomunicabilidade dos bens que fossem adquiridos na constância do casamento.

Assim, não existindo prova da existência de cláusula, inserida no pacto antenupcial, prevendo a incomunicabilidade dos bens adquiridos na constância do casamento, presume-se a comunicabilidade dos bens adquiridos na constância do casamento, a teor do que dispõe o artigo 259 do Código Civil de 1916.

Nesse sentido é o ensinamento de Washington de Barros Monteiro: "*Para que prevaleça a separação pura, de mister se torna que as partes se revelem claras e explícitas, no sentido de excluir a comunicação dos adquiridos na constância do casamento. Se elas não se expressam peremptoriamente no pacto antenupcial, aplicar-se-ão, no silêncio do contrato, os princípios da comunhão quanto aos aquestos, na constância do matrimônio (art. 259")*.

Note-se que o título objeto da execução em apenso foi emitido tão somente por parte do executado, sendo este o único responsável pelo adimplemento do débito, de modo que qualquer medida judicial de constrição patrimonial deve ser levada a efeito apenas sobre o patrimônio do executado, respeitando-se a meação do cônjuge.

Ante o exposto, julgo procedentes os embargos de terceiro opostos por Denise Maljaars em face do Banco do Brasil S.A., a fim de que a penhora efetivada nos autos da ação de execução n. 014.07.002077-2 recaia tão-somente sobre os 50% (cinquenta por cento) do imóvel de propriedade do executado; excluindo-se a meação da apelante.

Declaro resolvido o mérito, nos termos do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil.

Condeno o apelado ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, que fixo em R$ 3.000,00 (três mil reais), tendo em vista o grau de zelo do profissional, a expressão econômica da causa e o proveito patrimonial auferido; o que faço com fundamento no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO PARA ANULAR A SENTENÇA, JULGANDO PROCEDENTE O PEDIDO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Vladimir Abreu da Silva, Luiz Tadeu Barbosa Silva e Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 23 de setembro de 2010.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL



Apelação Criminal n. 2009.019913-9 - Dourados
Segunda Turma Criminal
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

EMENTA - APELAÇÃO – PENAL – FURTO E TENTATIVA DE FURTO – VALOR ÍNFIMO DA *RES FURTIVA* – RÉU REINCIDENTE E COM PÉSSIMOS ANTECEDENTES CRIMINAIS – ABSOLUTA INAPLICABILIDADE DO ENTENDIMENTO BAGATELAR – CONTINUIDADE DELITIVA – *QUANTUM* ESTABELECIDO EM CONFORMIDADE COM O NÚMERO DE DELITOS PRATICADOS – ADEQUAÇÃO POSSÍVEL – REGIME PRISIONAL – RIGOR EM FACE DA NEGATIVIDADE DA VIDA PREGRESSA – PARCIAL PROVIMENTO.

Aquele que faz do crime o seu modo de viver – trazendo a reincidência e péssimos antecedentes em sua vida *anteacta* – não se aplica a excludente supralegal da bagatela, evitando-se assim acobertar a impunidade, sob pena de tornar letra morta e vazia o dever de proteção que o Estado deve ao indivíduo em face da agressão de terceiros.

Na continuidade delitiva deve o julgador proceder à exasperação da pena tendo em vista o número de crimes praticados.

Ainda que, com base na pena aplicada, fosse possível o cumprimento da reprimenda em regime mais brando, o fato do acusado ser reincidente obriga o estabelecimento do regime inicial fechado ante a prática de nova conduta delitiva.

Apelação defensiva a que se dá parcial provimento, realinhando-se a pena aplicada de conformidade com o número de crimes cometidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, prover em parte o recurso.

Campo Grande, 21 de junho de 2010.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Alexandre Nunes Escobar interpõe apelação criminal objetivando a reforma da sentença que o condenou a pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, pela prática das condutas descritas no art. 155 (duas vezes) e art. 155 c.c. art. 14, II, c.c. art. 71, todos do Código Penal.

Aduz que o princípio da insignificância pode ser reconhecido mesmo diante de maus antecedentes.

Alternativamente, alega que não houve fundamentação para justificar o quantum de exasperação referente à continuidade delitiva requerendo a redução.

Finalmente, almeja o abrandamento do regime prisional.

Contrarrazões pelo parcial provimento, apenas para reduzir o *quantum* de aumento referente à continuidade delitiva (f. 177-194).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina no mesmo sentido (f. 202-209).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Alexandre Nunes Escobar**,** objetivando a reforma da sentença que o condenou a pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime fechado, pela prática das condutas descritas no art. 155 (duas vezes) e art. 155 c.c. art. 14, II, c.c. art. 71, todos do Código Penal.

Infere-se dos autos que, aos 9 dias de setembro de 2008, no supermercado SUPER MIX, em Dourados, o recorrente tentou subtrair um par de chinelos marca "Mormai", avaliado em R$ 29,19 (vinte e nove reais e dezenove centavos), somente não consumando o delito por circunstâncias alheias à sua vontade, porquanto surpreendido pelo segurança do local.

Consta que, no mesmo dia, no Supermercado Ouro Verde, o acusado subtraiu 2 (dois litros) de uísque, avaliados em R$ 49,18 (quarenta e nove reais e dezoito centavos), e, em seguida dirigiu ao Supermercado Jóia de onde subtraiu 2 (duas) latas de leite condensado e 3 (três) pacotes de bolachas *wafer*, avaliados em R$ 8,75 (oito reais e setenta e cinco centavos).

Aduz o recorrente que a existência de maus antecedentes não impossibilita a aplicação do princípio da insignificância.

É certo que o Direito Penal, consubstanciado na última força interventiva do Estado sobre os indivíduos, uma vez que limita a esfera de liberdade, não se deve ocupar com condutas que não impliquem efetiva ofensa ao bem jurídico protegido pela norma.

A doutrina muito discorre sobre o assunto, especialmente quando trata dos princípios da lesividade, da intervenção mínima, dentre outros.

A corrente garantista ainda fala em tipicidade material, instituto complexo, no qual uma das dimensões apregoa que, para a configuração de uma conduta típica, não basta a descrição formal da lei, mas a repercussão significativa do ato sobre o bem tutelado.

Como desdobramento dessa teoria, *"excluem-se dos tipos penais aqueles fatos reconhecidos como de bagatela, nos quais tem aplicação o princípio da insignificância."* [1]

Entrementes, não se pode olvidar que a ordem constitucional também outorgou ao Estado o dever de proteger os direitos fundamentais contra a agressão de terceiros, como sintetiza o Min. Gilmar Mendes, calcado na doutrina alemã:

1 GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. p. 160.

> Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção, expressando também um postulado de proteção [...] também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela [...] pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção: [...] dever de segurança, que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante a adoção de medidas diversas. [2]

Portanto, a interpretação sistemática do ordenamento jurídico não autoriza a aplicação indiscriminada do princípio da insignificância (instrumento de política criminal), que deve se harmonizar com a proteção estatal, cuja essência, a meu ver, reside no combate à impunidade.

Nesse ponto, vale invocar as lições expostas por Cesare Beccaria na obra-prima dos delitos e das penas, que, ao seu tempo, já alertava que o controle da criminalidade não passa pela dureza das penas, mas pela certeza de sua aplicação, premissa que subsiste ainda mais atual.

Apregoa o iluminista:

> A certeza de um castigo, ainda que moderado, despertará sempre uma impressão maior, do que o receio de outro mais cruel, ligado à esperança da impunidade; pois os males ainda que mínimos, quando são certos, assustam sempre os ânimos dos homens, e a esperança, dom celestial que freqüentemente é a única que permanece dentro de nós, afasta sempre a idéia dos males maiores, notadamente quando a impunidade, que a avareza e a freqüência concedem com freqüência, aumenta a sua força. [3]

Nesse passo, é intuitivo que o postulado da bagatela não deve acobertar a impunidade, sob pena de abalar gravemente a ordem social.

Em outras palavras, aquele que faz do crime de pequena monta o seu modo de vida não merece o beneplácito do Poder Judiciário, porque sempre apostará na impunidade e irremediavelmente continuará delinquindo, violando de maneira global e impactante o patrimônio jurídico de seus pares, conduta que sem dúvida não se considera insignificante.

No presente caso, os bens que o apelante tentou subtrair realmente são de baixo valor econômico, tudo avaliado em R$ 87,12 (oitenta e sete reais e doze centavos) f. 32-33).

No entanto, deve ficar registrado que o acusado ostenta consideráveis antecedentes criminais, havendo ações penais instauradas em seu desfavor pela prática dos crimes de furto, lesão corporal, tentativa de estupro e tentativa de estupro (incidência 002 – f. 87, incidência 005 – f. 88, incidência 007 – f. 89, e incidência 009 – f.89), sendo **reincidente** (incidências 001 e 003 - f. 87, incidência 004 – f. 88, incidência 006 – f. 89).

Destarte, não incide o princípio da insignificância na espécie, remanescendo a tipicidade da conduta perpetrada pelo apelante, conforme vem decidindo reiteradamente a jurisprudência pátria:

> Embora a *res furtiva* seja de pequeno valor, os péssimos antecedentes do acusado, o qual é reincidente em crimes contra o patrimônio, inviabilizam a aplicação do princípio da insignificância. [4]

> Não basta a ausência de ofensa significante ao bem jurídico, o que é analisado, no mais das vezes, pelo valor do bem atacado, mostrando-se imprescindível o exame dos aspectos

2 **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 557-558.

3 D**os delitos e das penas**. São Paulo: Bushatsy, 1978. p. 213.

4 TJMS, ACr n. 2007.029930-9, Fátima do Sul, Primeira Turma Criminal, Rel.ª Des.ª Marilza Lúcia Fortes, DJ de 26.11.2007. p. 29.

> subjetivos relativos ao criminoso, tais como maus antecedentes e vida pregressa voltada ao cometimento de ilícitos, considerando que uma gama de pequenos ilícitos, de maneira conjunta, não pode ser considerada ínfima aos valores albergados pelo ordenamento jurídico, sob pena de se abrir espaço à impunidade, ou mesmo de esvaziar o *jus puniendi* estatal para o combate à criminalidade e à repressão dos fatos delituosos.
>
> Réu com antecedentes relativos ao crime de furto não faz jus ao reconhecimento da insignificância de sua conduta. [5]
>
> Ainda que se considere o delito como de pouca gravidade, tal não se identifica com o indiferente penal se, como um todo, observado o binômio tipo de injusto/bem jurídico, deixou de se caracterizar a sua insignificância, como sói ocorrer na hipótese dos autos quando se trata de crime de furto duplamente qualificado, por concurso de agentes e pelo rompimento de obstáculo, ostentando, o réu, diversos registros em sua folha de antecedentes por crime contra o patrimônio, o que vem a revelar que o caso de que cuidam os autos não é um episódio isolado em sua vida.
>
> A aplicação do princípio da insignificância, diante de todo este contexto, acaba por representar um estímulo à atividade criminosa, na medida em que nada contribui para a prevenção e reprovação do crime. [6]

Destarte, agiu com acerto o magistrado.

O apelante requer, outrossim, a redução do *quantum* de aumento referente à continuidade delitiva, pois não teria a exasperação fundamentação adequada.

Ao proceder à dosimetria da pena a juíza decidiu *"pela continuação delitiva (art. 71 do CP) majoro as penas em 1/3 (um terço)"* (f. 157).

No reconhecimento da continuidade delitiva *"o juiz aplica a pena de um só, aumentando-a de um sexto a dois terços. O critério de aumento é o número de crimes"* [7] e, portanto, assiste razão ao recorrente ao afirmar que foi inadequada a exasperação procedida em sua pena.

Sendo certo que o apelante praticou 3 (três) crimes em continuidade julgo que o aumento da pena na fração de 1/5 (um quinto) é suficiente para reprovação e prevenção do delito praticado.

Assim, procedo à adequação da pena partindo da reprimenda parcial de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 30 (trinta) dias-multa, a qual exaspero em 1/5 (um quinto) em razão da continuidade delitiva resultando na pena de 3 (três) anos de reclusão e 36 (trinta e seis) dias-multa.

Finalmente, almeja o abrandamento do regime prisional.

Nos termos do art. 33, § 2º, do Código Penal, se for reincidente, *"o condenado deve iniciar o cumprimento da sua pena sempre no regime fechado, pouco importando o montante de sua pena. E tem sido posição majoritária na doutrina e na jurisprudência não poder o réu reincidente receber outro regime, mormente quando apenado com reclusão, que não seja o fechado."*

Sobre o assunto, essa E. Turma Criminal já decidiu, por unanimidade, que *"correta é a fixação do regime inicialmente fechado para o cumprimento da pena, em observância ao artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, em se tratando de reincidente."* [8]

5 TRF Terceira Região, ACr n. 24.124/SP, Quinta Turma, Rel.ª Des.ª Fed. Suzana de Camargo Gomes, DJU de 23.5.2007. p. 735.

6 TJDF, ACr n. 275.301, Primeira Turma Criminal, Rel. Des. João Egmont, DJU de 11.7.2007. p. 100.

7 BARROS, Flávio Augusto Monteiro **Codigo de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 547.

8 ACr n. 2007.027421-1, Bataguaçu, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Carlos Eduardo Contar, julgado em 23.1.2008.

Ante o exposto, **dou parcial provimento** ao recurso interposto por Alexandre Nunes Escobar para adequar a reprimenda imposta.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, PROVERAM EM PARTE O RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargador Carlos Eduardo Contar, Juiz Manoel Mendes Carli e Desembargador Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 21 de junho de 2010.

***

Apelação Criminal n. 2010.004846-5 - Cassilândia
Segunda Turma Criminal
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

EMENTA - APELAÇÃO – PENAL – FURTO DE ENERGIA – AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO *QUANTUM* DE ENERGIA – VIOLAÇÃO DO ART. 41, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – REJEITADA – INSUFICIÊNCIA DE PROVAS QUANTO À MATERIALIDADE – PERÍCIA NÃO REALIZADA – PRESCINDIBILIDADE – TESTEMUNHAS QUE CONFIRMAM VERSÃO DADA PELO RÉU – ABSOLVIÇÃO – PROVIMENTO.

Não viola o art. 41, do Código de Processo Penal, a denúncia que deixa de mencionar a quantidade de energia que teria sido furtada pelo réu; podendo a materialidade delitiva ser melhor avaliada durante a instrução processual.

Muito embora a prova pericial seja tecnicamente mais adequada para a aferição de consumo de energia elétrica, por meio de desvios ou outros métodos fraudulentos, esta não é imprescindível à materialização do delito.

Se as provas testemunhais e documentais não foram capazes de indicar que a origem da queda de consumo de energia elétrica deu-se por fraude nos equipamentos de medição, impõe-se a absolvição do réu, mormente se se comprovou que o imóvel passava por reformas no período tido como suspeito.

Apelação defensiva a que se dá provimento, absolvendo-se o acusado, ante a insuficiência de provas quanto à materialidade delitiva.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, prover o recurso defensivo.

Campo Grande, 14 de junho de 2010.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Trata-se de apelação criminal interposta por Ailton de Almeida Junior**,** contra a sentença que o condenou pela prática do crime de furto de energia elétrica, previsto no art. 155, §§ 2º e 3º, do Código Penal, aplicando-lhe a pena de 4 (quatro) meses de detenção, em regime aberto, bem como ao pagamento de 3 (três) dias-multa, que, por sua vez, foi substituída por uma pena restritiva de direito.

Alega, preliminarmente, que o processo é nulo, ante a ausência de descrição da quantidade de energia elétrica que foi subtraída, circunstância que inviabiliza a demonstração da materialidade delitiva e o exercício do direito de defesa.

No mérito, pede a absolvição, sustentando que não há provas suficientes para a sua condenação, haja vista inexistir laudo pericial que comprove a materialidade delitiva.

O apelado pugna pelo provimento do recurso (f. 164-169).

No mesmo sentido é a manifestação da Procuradoria Geral de Justiça (f. 175-181).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator)

Ailton de Almeida Junior irresignado com a sentença que o condenou pela prática do crime de furto de energia elétrica, previsto no art. 155, §§ 2º e 3º, do Código Penal, aplicando-lhe a pena de 4 (quatro) meses de detenção, em regime aberto, bem como ao pagamento de 3 (três) dias-multa – substituída por uma pena restritiva de direito – interpõe a presente apelação criminal.

Infere-se da denúncia que – aos 11 de julho de 2008, por volta das 14horas, na Rua Pedro Pereira de Almeida, 427, centro, em Cassilândia – o apelante subtraiu energia elétrica pertencente à Enersul S.A.

Restou apurado que o eletricista Jurandir Francisco da Silva, funcionário da empresa que presta serviços à ENERSUL S.A., constatou que no local havia um fio de condução elétrica desviando energia na direção da residência do réu, sem passar pelo medidor de consumo, sendo que no referido imóvel funcionava uma *lan house* e uma locadora, contendo um total de 7 (sete) computadores, ar condicionado e 2 (dois) congeladores.

Esses aparelhos geravam um consumo que oscilava entre R$ 100,00 (cem reais) a R$ 150,00 (cento e cinquenta reais) por mês, valor incompatível com o que era registrado na conta de energia elétrica do apelante.

O processo resultou na condenação do recorrente, que apela, pugnando pela anulação do processo e pela sua absolvição.

A preliminar de nulidade do processo deve ser rejeitada.

Segundo o apelante, não constou na denúncia a quantidade exata de energia elétrica que teria sido subtraída.

Entretanto, a inicial não precisa ser um retrato exato dos fatos, até porque para dar maior clareza quanto à conduta imputada ao réu, o Código de Processo Penal prevê a instrução, oportunidade em que serão avaliados os valores e outras circunstâncias relacionadas com a subtração de energia.

Assim, a denúncia não desrespeitou o art. 41, do Código de Processo Penal, porquanto a ausência do *quantum* específico de kilowatt/hora é prescindível para a propositura e prosseguimento da ação penal, bem como ao exercício do direito de defesa.

Ante o exposto, **rejeito** a preliminar de nulidade.

Quanto ao mérito, assiste razão ao apelante, mas não pelo fundamento principal apresentado no recurso.

O recorrente entende que a prova pericial é imprescindível para atestar a materialidade do delito; todavia, embora seja uma prova mais completa e segura, a perícia não é a única forma de se comprovar que houve furto, pois as testemunhas podem dizer se houve mais ou menos consumo de energia numa determinada época, o que poderia coincidir ou não com o valor registrado na fatura respectiva.

Mas é exatamente a prova testemunhal que aponta uma realidade diversa daquela apontada na denúncia e encampada pela sentença. Isso porque, o ponto principal que levou á condenação do apelante está no conteúdo do depoimento prestado por Jurandir Francisco Silva (f. 67-71), entretanto, a fragilidade das declarações prestadas é tão patente que nem seria necessário ouvir terceiras pessoas para constatar a insuficiência de provas quanto à materialidade delitiva.

A referida testemunha disse que a Enersul constatou a redução do consumo de energia na residência do apelante, onde também funcionavam uma *lan house* e uma locadora, e que, o fio mencionado como o transmissor de energia sem medição estava cortado.

Também afirmou que no momento da primeira inspeção o medidor não acusou nada de anormal, e na segunda vez, não foi realizada nenhuma medição, mas somente a retirada dos fios.

Por outro lado, Jurandir supôs que dentro da casa havia um disjuntor para proteger a remessa de energia pelo fio desviado, mas não entrou na casa para verificar isso. Ademais não teve condições de dizer se o fio que foi cortado servia para abastecer a residência ou o comércio (f. 68).

Assim, os relatórios fornecidos pela Enersul somente atestam que houve redução de consumo, mas não há condições de aferir qual foi o motivo exato para essa ocorrência; a prova pericial daria maior exatidão quanto a esse aspecto, e na sua falta a prova testemunhal poderia fornecer dados no mesmo sentido. Porém, a principal fonte da acusação constatou que existia um fio cortado, e que, para checar eventual desvio de energia a existência de um disjuntor no interior da residência seria necessária, pois este equipamento serve para proteger a transmissão energética supostamente desviada da rede.

Além disso, a testemunha Ariana Aparecida Ribeiro de Almeida, foi enfática ao dizer que o fio que foi cortado não estava ligado, também afirmou que o consumo era mais elevado, anteriormente, por causa da geladeira de refrigerantes e dos computadores da *lan house*, mas esses equipamentos foram desligados entre 2 (dois) e 3 (três) meses, lapso em que o estabelecimento de entretenimento estava fechado (f. 71-73).

Pedro Paulino do Amaral confirmou que o comércio esteve fechado por mais de 2 (dois) meses (f. 74); Rival do Amaral Oliveira, por sua vez, fez reformas no imóvel referido na denúncia, e não constatou a existência de nenhum disjuntor no local, mas confirmou que a *lan house* fechou por 2 (dois) ou 3 (três) meses (f. 75-76).

Sebastião de Queiroz, que é vendedor de uma empresa de refrigerantes, relatou que o comércio do apelante fechou por um determinado período e por isso a geladeira da "coca-cola" foi retirada do local (f. 77-78); o que reforça a justificativa do recorrente de que a redução do consumo teve como fator primordial a não utilização de certos equipamentos num determinado período.

Ailton de Almeida, mesmo sendo apenas informante, declarou que a *lan house* estava fechada por alguns meses que antecederam à vistoria da Enersul (f. 82-85), mencionando que a empresa fez medições, depois que o mesmo conseguiu reduzir o consumo mediante a desativação de eletrodomésticos que gastavam mais energia.

O depoente acrescentou que no imóvel questionado não há disjuntor além daquele existente no padrão externo (f. 83), e explicou que não haveria como existir um aparelho no telhado, porque a telha era "chumbada com cimento", e nesse caso todas as vezes que fosse preciso ligar ou desligar a energia, o telhado deveria ser danificado.

Assim, as simples notas de débito (f. 97-98), os históricos de consumo e o termo de ocorrência (f. 99-101), não são aptos à comprovação da materialidade delitiva, mesmo quando analisadas em conjunto com o depoimento da testemunha Jurandir Francico da Silva.

A queda de consumo é um fator que pode ter diversas origens, sendo uma delas o desvio de energia – conhecido popularmente como "gato" – mas a subtração de energia por esse método não está comprovado nos autos, tendo em vista a não realização de prova pericial.

Assim, com base nesses fundamentos, não há outro caminho a não ser absolver o apelante da imputação prevista no art. 155, § 3º, do Código Penal, com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

Diante do exposto, **dou provimento** ao recurso interposto por Ailton de Almeida Júnior, para absolvê-lo da imputação referente ao crime previsto no art. 155, § 3º, do Código Penal, nos termos da fundamentação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, PROVERAM O RECURSO DEFENSIVO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargador Carlos Eduardo Contar, Juiz Manoel Mendes Carli e Desembargador Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 14 de junho de 2010.

***

Apelação Criminal n. 2010.012939-4 - Campo Grande
Segunda Turma Criminal
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

EMENTA - APELAÇÃO – PENAL E PROCESSO PENAL – VIAS DE FATO – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO – RETRATAÇÃO DA VÍTIMA – DENÚNCIA OFERECIDA INDEVIDAMENTE – NULIDADE ABSOLUTA DO PROCESSO – DECLARAÇÃO *EX OFFICIO* – RECURSOS DAS PARTES PREJUDICADOS.

Constatada a ocorrência de nulidade absoluta do processo, em decorrência do oferecimento de denúncia pelo *Parquet*, quando ausente a indispensável representação da vítima, inviabiliza-se a análise dos pedidos dos recursos e, de ofício, decreta-se a nulidade do feito instaurado sem as cautelas devidas.

Apelação interposta pelo *Parquet* e pela Defesa a que se nega provimento, decretando-se a nulidade do feito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, julgar prejudicado o recurso.

Campo Grande, 21 de junho de 2010.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

O Ministério Público Estadual e D. A. de A. interpõem apelação**,** objetivando a reforma da sentença que condenou o acusado à pena de 15 (quinze) dias de prisão simples, no regime aberto, pela prática de vias de fato no âmbito das relações domésticas e familiares (art. 21, do Decreto-Lei n. 3.688/41 c/c Lei n. 11.340/06)

O Órgão Ministerial aduz que a reprimenda corporal imposta não poderia ser substituída por restritiva de direitos, porquanto a contravenção de vias de fato é praticada necessariamente com violência.

Assim, almeja a exclusão da pena substitutiva concedendo-se ao acusado a suspensão condicional da pena.

D. A. de A. requer, preliminarmente, a suspensão condicional do processo e, no mérito, a absolvição por insuficiência de provas.

Contrarrazões pelo provimento do recurso ministerial, e pelo não provimento do apelo defensivo (f. 126-138 e f. 151-157).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina no mesmo sentido (f. 164-176).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator)

Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público Estadual e por D. A. de A. objetivando a reforma da sentença que condenou o réu à pena de 15 (quinze) dias de prisão simples, no regime aberto, pela prática de vias de fato no âmbito das relações domésticas e familiares (art. 21, do Decreto-Lei n. 3.688/41 c.cLei n. 11.340/06).

Narra a denúncia que, aos 14 de agosto de 2007, na rua Doutor Paulo de Melo, n. 308, Jardim Alto São Francisco, em Campo Grande, o acusado incidiu em vias de fato contra Cirlei Moraes Pereira, sua esposa, agredindo-a em diversas regiões do corpo.

No caso *sub exame* o réu foi processado pela prática da contravenção penal de vias de fato (art. 21, do Decreto-Lei n. 3.688/41).

Certo é que, nos termos do art. 17, do Decreto-Lei n. 3.688, nos casos de contravenções penais a ação penal é pública, ou seja, movida pelo Representante Ministerial independente da vontade da vítima, ante a prevalência do interesse público em matéria penal.

Não obstante, casos excepcionados pela própria legislação, facultaram à parte intervir no processo – ou antes do seu início – a fim de titularizar o *Parquet* como sujeito ativo do feito, transformando a ação penal em procedimento condicionado à representação do ofendido.

Assim é que, doravante, passo a entender a respeito da aplicação do princípio da proporcionalidade, no tocante aos feitos relativos à violência doméstica. Isto porque, se antes já proclamava que nos crimes de lesão corporal leve praticados dentro do ambiente interno de convivência do ofensor e vítima era necessária a representação formal da parte ofendida, contrassenso será permanecer acolhendo a ação penal incondicionada para infrações de menor potencial ofensivo, como são as vias de fato.

Em que pese, pois, a letra fria da norma, com a edição da malfadada Lei n. 11.340 ao invés de solucionar ou facilitar o emprego de determinados institutos acaba por tumultuar e prejudicar o próprio interesse de todos os envolvidos.

De qualquer forma, para que não se tenha decisões conflitantes, creio que o melhor será atender aquilo que já tem sido exposto por muitos, no sentido de ser indispensável em qualquer caso de violência praticada no âmbito doméstico, a manifesta vontade da vítima – seja para fins de processamento do crime de lesão corporal leve, seja para fins de apuração das vias de fato; consoante proclamam arestos existentes, *in verbis*:

> RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – LEI MARIA DA PENHA – CONTRAVENÇÃO PENAL DE VIAS DE FATO – INEXISTÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO – DECLARAÇÃO DA VÍTIMA DIANTE DA AUTORIDADE POLICIAL DE QUE NÃO QUERIA INICIAR A PERSECUÇÃO PENAL – AUSÊNCIA DA CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE DA AÇÃO PENAL – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA DECADÊNCIA DO DIREITO DE REPRESENTAÇÃO – RECURSO DESPROVIDO.
>
> 1. A vedação contida na Lei n. 11.340/2006 de não aplicação da Lei n. 9.999/1995 se restringe aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, o que exclui, em princípio, as contravenções. O artigo 88 da Lei dos Juizados exige a representação da vítima como condição para o início da ação penal nos casos de lesões corporais leves ou lesões culposas deve ser interpretado extensivamente para incluir as figuras contravencionais, para atender ao princípio da proporcionalidade.

2. Caracterizando-se a conduta do art. 21 da Lei de Contravenções Penais e inexistindo a representação da vítima, desaparece a condição de procedibilidade da ação penal, sendo incensurável a decisão que extinguiu a punibilidade do autor do fato.

3. Recurso improvido. [1] (Destaques não originais)

APELAÇÃO CRIMINAL EM OUTROS PROCESSOS – VIAS DE FATO – LEI MARIA DA PENHA – REPRESENTAÇÃO E AUDIÊNCIA PREVISTA NO ART. 16 DA LEI N. 11.340/06 – NECESSIDADE – RECURSO MINISTERIAL QUE VISA A VEDAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO DE PENA POR PENA ALTERNATIVA – CONCESSÃO DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO PARA O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL.

A ação penal referente à contravenção de vias de fato é pública condicionada à representação, por força da Lei n. 9.099/95, que não foi derrogada pela Lei n. 11.340/06, sendo necessária a realização da audiência do art. 16 da referida Lei. Se houve retratação da representação, não pode subsistir a ação penal proposta. [2] (Destaques não originais)

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – CONTRAVENÇÃO – VIAS DE FATO – RITO DA LEI N. 9.099/95 – REPRESENTAÇÃO – CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE – DELITO PRATICADO NO ÂMBITO DOMÉSTICO – APLICA-SE A LEI N. 11.340/06 – DESISTÊNCIA DA VÍTIMA – PROCESSO ARQUIVADO – RECURSO IMPROVIDO.

1. Com o advento da Lei n. 9.099/95, a contravenção vias de fato previsto no art. 21 da Lei de Contravenções Penais passou a ser considerado delito de menor potencial ofensivo.

2. Embora o art. 17 da LCP prescreva para a contravenção em pauta a ação penal pública, seu processamento há que ser compatibilizado com o sistema instituído pela Lei n. 9.099/95, o qual prevê para o delito de lesão corporal leve a representação, condição de procedibilidade estendida à contravenção vias de fato sob pena de infringência ao princípio da proporcionalidade, pois este delito, com efeito, é mais brando que aquele, e também reclama a representação da vítima.

3. Praticada a contravenção no âmbito familiar há que ser aplicada a Lei n. 11.340/6, especificamente os arts. 12, I e art. 16.

4. Desistindo a vítima na audiência de ratificação de prosseguir com o feito seu arquivamento é medida que se impõe.

5. Recurso improvido. [3] (Destaques não originais)

Compulsando os autos constatei que por ocasião da prática delitiva, aos 14 de agosto de 2007, Cirlei Moraes Pereira registrou ocorrência e no mesmo ato representou em desfavor do acusado D. A. DE A. manifestando expressamente seu desejo de vê-lo processado (f. 6).

Não obstante a ocorrência, em 22 de agosto de 2007, a vítima Cirlei compareceu novamente à delegacia de polícia e declarou: *"RATIFICA o conteúdo do boletim de ocorrência n. 13.264/2007/DEPAC, entretanto neste momento RETRATA-SE de sua representação formulada anteriormente no conteúdo do boletim em tela pelo fato de estar convivendo no momento em harmonia com seu companheiro; que afirma que não tem interesse de continuar com a persecução penal."* (f. 8 – destaques não originais).

1 TJDF, ACr n. 356.729, Primeira Turma Criminal, Rel. Des. George Lopes Leite, DJDFTE de 19.6.2009. p. 183.

2 TJMS, ACr n. 2010.009464-4, Primeira Turma Criminal, Rel. Des. João Carlos Brandes Garcia, DJ de 3.5.2010. p. 49.

3 TJDF, ACr n. 342.011, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Nilsoni de Freitas, DJDFTE de 18.3.2009. p. 164.

Nos termos do art. 102, do Código Penal, e do art. 25, do Código de Processo Penal, a retratação do direito de representação pode ser apresentada pelo ofendido até o oferecimento da denúncia e, no presente, a exordial acusatória foi ofertada ao 1º de outubro de 2007 (f. 3), portanto, muito posterior à retratação da vítima.

Atento a ocorrência o juiz singelo se pronunciou pelo aguardo do transcurso do prazo decadencial *"tendo em vista que a vítima informou na delegacia de polícia que não pretendia exercer seu direito de representação, ficando ciente que poderia fazê-lo até 13 de fevereiro de 2008"* (f. 28).

Em 28 de fevereiro de 2008, foi certificado que *"decorreu o prazo para a vítima exercer seu direito de representação"* (f. 29).

Surpreendentemente, aos 19 de março de 2008, o juiz singelo totalmente ciente da inviabilidade da ação penal declarou inconstitucional o art. 41, da Lei n. 11.340/06, para permitir a aplicação da Lei n. 9.099/95, e designou audiência determinando a intimação da vítima *"para comparecer na audiência designada a fim de informar ao juízo se tem interesse em retratar-se da representação oferecida contra o acusado (art. 16 da Lei n. 11340/06)"* (f. 30-31).

A audiência foi realizada e não foi colhida qualquer declaração da vítima, sendo apenas o acusado citado para responder a ação no prazo de 10 (dez) dias (f. 43).

Ofertada a defesa preliminar foi redesignada audiência para 15 de junho de 2009, *"para a tomada de declarações da ofendida"* (f. 50). A audiência não se realizou *"em razão do avançado da hora"*, sendo remarcada para 3 de agosto de 2009 (f. 64).

Na data aprazada Cirlei foi ouvida e confirmou os fatos narrados na denúncia, salientando *"que atualmente vítima e acusado ainda estão convivendo juntos; que após os fatos não teve outra agressão"* (f. 82). Não houve menção ao desejo da vítima de prosseguir com a ação penal.

Tais ocorrências demonstram vício grave que inquina todo o processo de nulidade [4], evidenciando serem os recursos totalmente descabidos, porquanto o processo em si é inútil, já que instaurado arbitrariamente.

Acerca da mencionada nulidade discorre a doutrina:

> Sem denúncia ou queixa não há falar em processo penal, entendendo a doutrina que o preceito faz referência à denúncia ou queixa em que estejam ausentes os requisitos que a lei reputa essenciais para sua validade. Ausentes quaisquer elementos essenciais, haverá nulidade absoluta.
>
> A falta de representação, bem como a ausência de requisição do Ministro da Justiça (embora não prevista em lei), condições de procedibilidade acarreta igualmente a nulidade do feito [5] (Destaques não originais)

Assim, de ofício declaro nula a ação penal originária, por força da inafastável ausência de condição de procedibilidade, ante a explícita retratação da vontade da vítima, ocorrida em 22 de agosto de 2007 (f. 8), corroborado, ainda, pelo transcurso do prazo para exercer o seu direito de representação (f. 29).

Ante o exposto, *ex officio* decreto a nulidade absoluta do processo-crime, em face da inexistência de condição indispensável de procedibilidade e, em consequência, julgo prejudicados os recursos interpostos tanto pela acusação, quanto pela defesa.

4 **Código de Processo Penal**: "Art. 564 - A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: III - por falta das fórmulas ou termos seguintes: a) a denúncia ou a queixa e a representação e, nos processos de contravenções penais, a portaria ou o auto de prisão em flagrante".

5 BONFIM, Edilson Mougenot. **Código de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 764.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, JULGARAM PREJUDICADO O RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Carlos Eduardo Contar, Manoel Mendes Carli e Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 21 de junho de 2010.

***

Apelação Criminal n. 2009.032671-2 - Cassilândia
Segunda Turma Criminal
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – PECULATO – DESVIO DE DINHEIRO PÚBLICO PARA PAGAMENTO DE DÍVIDA PARTICULAR – PAGAMENTO ANTECIPADO DE COMBUSTÍVEL – ART. 1, I, DECRETO-LEI N. 201/67 – MATÉRIAS PREJUDICIAIS AO MÉRITO – VERBA DO FUNDEF – INCOMPETÊNCIA DE JUÍZO – PRERROGATIVA DE FUNÇÃO – ART. 84, §§ 1º E 2º, CPP – INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO STF – ADI N. 2797 – JUSTIÇA FEDERAL – ERRO NA PROPOSITURA DA AÇÃO – EVENTOS LIGADOS À LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS CÍVEL E CRIMINAL – IMPRESTABILIDADE DOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS ANTERIORES À DENÚNCIA – INQUÉRITO POLICIAL – PARTICIPAÇÃO DE MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO – VALIDADE – DECRETO-LEI N. 201/67 – NORMA ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO DE 1988 – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – RECEPÇÃO PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL – *BIS IN IDEM* – CONDENAÇÃO ANTERIOR POR PECULATO – FATOS DIVERSOS – IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO – INDENIZAÇÃO À VÍTIMA – ART. 387, IV, CPP – ARBITRAMENTO NA SENTENÇA – INEXISTÊNCIA DE PEDIDO – DECISÃO *ULTRA PETITA* – NULIDADE PARCIAL DA SENTENÇA CONDENATÓRIA – MÉRITO – PAGAMENTO ANTECIPADO DE DESPESA PÚBLICA – LEI N. 4.320/64 – AUSÊNCIA DE HIPÓTESES LEGAIS DE ADIANTAMENTO – PROCEDIMENTO EXPRESSO EM LEI – DOLO ANALISADO, CASO A CASO – CONDENAÇÃO DEPENDENTE DE LASTRO PROBATÓRIO – REDUÇÃO DE PENA-BASE – CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DUPLAMENTE VALORADA – *BIS IN IDEM* CARACTERIZADO – SITUAÇÃO IDÊNTICA DO CO-RÉU – ART. 580, CPP – EFEITOS ESTENDIDOS, *EX OFFICIO* – PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUPERIOR A 4 ANOS – IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO E DE SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS – *EMENDATIO LIBELLI* – ART. 383, CPP – ABSOLVIÇÃO DO PREFEITO MUNICIPAL – ADEQUAÇÃO TÍPICA AO ART. 312, CP – SENTENÇA PARCIALMENTE ANULADA E, NO RESTANTE, PARCIALMENTE, REFORMADA.

Não há falar em foro por prerrogativa de função, depois do término do mandato do Prefeito Municipal, com base nos §§ 1º e 2º, do art. 84, do CPP, visto que a inconstitucionalidade destes dispositivos legais já foi reconhecida pelo Plenário do STF (ADI n. 2797).

Não obstante o FUNDEF ser composto por verba oriunda da União Federal, não há falar em competência da Justiça Federal para processamento e julgamento da acusação de peculato, eis que a verba já havia sido transferida e incorporada ao Erário Municipal (Súmula n. 209 do STJ).

Ainda que os eventos narrados na denúncia possuam ligação com a Lei de Improbidade Administrativa, não há nenhuma ilegalidade na condenação criminal, ante a independência existente entre as esferas cível e criminal.

A participação de membros do *Parquet* nas investigações policiais não invalida as evidências colhidas. A discussão jurisprudencial existente é referente à validade de elementos informativos colhidos em procedimento administrativo investigativo instaurado pelo Promotor de Justiça. Todavia, a participação de membro do Ministério Público na produção de elementos probatórios, em sede de Inquérito Policial, é perfeitamente admissível.

O fato de o Decreto-lei n. 201/67 ter sido produzido em período anterior à promulgação de nova Constituição não lhe retira a validade. A legislação anterior que for compatível com as diretrizes da nova ordem constitucional deve ser recepcionada. Precedentes do STF.

Não há *bis in idem* pelo simples fato de ocorrer nova condenação pelo mesmo tipo penal, se os fatos narrados em cada denúncia são diversos. Ainda que as condutas delitivas sejam semelhantes, havendo multiplicidade de fatos criminosos, deve-se reconhecer a validade de múltiplas condenações.

O art. 387, IV, do CPP, com redação dada pela Lei n. 11.719/08, possibilita a fixação de *quantum* destinado à reparação dos danos causados à vítima, na sentença penal condenatória. Entretanto, é imprescindível o respeito aos princípios da inércia da jurisdição e da ampla defesa. O arbitramento de *quantum* na sentença, sem nenhum pedido ou defesa das partes durante todo o processo, torna a decisão *ultra petita* e deve ser excluído da decisão.

A Lei n. 4.320/64 determina que "*o pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação*" (art. 62). Assim sendo, o pagamento realizado, dolosamente, antes da entrega do produto caracteriza o crime de peculato, mormente quando o caso não se enquadra na hipótese de adiantamento (art. 68).

A condenação pelo crime de peculato pressupõe a demonstração, sem espaço para dúvidas, de que o acusado agiu com dolo no desvio ou na apropriação do dinheiro público.

Caso um mesmo fato seja utilizado para fundamentar a existência de mais de uma circunstância judicial do art. 59, do CP, a pena-base deve ser reduzida. Com base no art. 580, do CPP, se a mesma situação ocorre em relação ao co-réu, os efeitos da redução de pena devem ser estendidos a ele.

Havendo condenação à pena privativa de liberdade superior a 4 (quatro) anos, não há como aplicar regime prisional mais ameno que o semi-aberto e nem como substituir da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista as restrições temporais estabelecidas pelo art. 33, § 2º, 'b' e pelo art. 44, I, ambos do Código Penal.

Havendo comprovação da ocorrência de peculato, mais a absolvição do Prefeito Municipal deve-se aplicar o instituto da *emendatio libelli* (art. 383, do CPP), para que a tipificação legal da condenação ocorra com fundamento no art. 312, do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, afastar as preliminares, por unanimidade. Vencido o vogal, apenas quanto ao julgamento da preliminar *ultra petita*, a qual foi acolhida, por maioria. Providos os recursos de José Donizete e de Ivete. Unânime. Negado provimento aos recursos de Waldimiro, Jorge e Ronilda. Unânime.

Campo Grande, 26 de julho de 2010.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Waldimiro José Cotrim Moreira, Jorge Yoshishilo Kobayashi, José Donizete Ferreira Freitas, Ivete Rocha Vargas de Souza e Ronilda Ribeiro Machado interpõem recurso de Apelação Criminal, inconformados com a sentença (f. 1336-1366) que os condenou pela prática do crime previsto no art. 1, I, do Decreto-lei n. 201/67.

Os recorrentes José Donizete Ferreira Freitas, Waldimiro José Cotrim Moreira e Jorge Yoshishilo Kobayashi foram condenados às penas de 6 (seis) anos de reclusão e de 100 (cem) dias-multa. Já as recorrentes Ivete Rocha Vargas de Souza e Ronilda Ribeiro Machado foram condenadas às penas de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão e de 70 (setenta) dias-multa.

O apelante Jorge Yoshishilo Kobayashi, em suas razões recursais (f. 1412-1429), em apertada síntese, sustenta que deve ser absolvido, por ausência de dolo, falta de provas do fato criminoso ou por atipicidade da conduta, visto que não tinha consciência de que o dinheiro que recebia do acusado Waldimiro seria oriundo do FUNDEF, bem como não tinha nenhuma atribuição de fiscalizar as despesas ou autorizar pagamentos.

O apelante Waldimiro José Cotrim Moreira, em suas Razões Recursais (f. 1431-1452), em apertada síntese, sustenta que: 1) não praticou o crime pelo qual foi condenado, devendo ser absolvido; 2) a sentença seria *extra petita*, na medida em que estabeleceu indenização para reparação de dano à vítima, com fundamento no art. 387, IV, do CPP, mesmo não havendo nenhum pedido neste sentido; 3) não há fundamentação para a fixação da pena acima do mínimo legal.

A apelante Ivete Rocha Vargas de Souza, em suas Razões Recursais (f. 1453-1503), em apertada síntese, sustenta que: 1) haveria nulidade no feito, por erro na propositura da ação, já que a denúncia teria efetuado pedidos relativos à Lei de Improbidade Administrativa e a condenação fora criminal; 2) as provas produzidas em sede de Inquérito Civil, pelo Ministério Público Estadual, seriam imprestáveis; 3) haveria nulidade da ação, por incompetência absoluta de juízo, em razão do foro por prerrogativa de função; 4) haveria incompetência de juízo estadual, também, pelo fato de as verbas desviadas serem do FUNDEF, devendo os autos serem remetidos à Justiça Federal; 5) o Decreto-lei n. 201/67 estaria revogado, impossibilitando a condenação, eis que teria sido produzido por ato privativo do Poder Executivo, sob regime de exceção, violando o princípio da legalidade; 6) no mérito, sustenta não existirem provas suficientes para a sua condenação; 7) a pena privativa de liberdade deveria ser substituída por restritiva de direitos; 8) a pena corporal deveria ser reduzida ao mínimo legal, pois a recorrente seria uma funcionária pública exemplar; 9) deve ser excluída a obrigação de reparar o dano a vítima.

A apelante Ronilda Ribeiro Machado, em suas razões recursais (f. 1504-1519), em apertada síntese, sustenta que: 1) teria ocorrido o *bis in idem*, visto que já fora anteriormente condenada por outra ação penal, que tramitou perante este Tribunal; 2) não teria praticado a conduta prevista no art. 1, I, do Decreto-lei n. 201/67.

O apelante José Donizete Ferreira Freitas, em suas razões recursais (f. 1566-1580), em apertada síntese, sustenta que: 1) não tinha a obrigação de fiscalizar as contas do FUNDEF; 2) não haveria prova suficiente de que ele tivesse autorizado ou permitido a realização de empenho com notas fiscais frias; 3) tendo em vista que, no seu entendimento, todos os argumentos defendidos em alegações preliminares, alegações finais e embargos de declaração "*não foram enfrentados pelo eminente julgador da instância inferior*" (*sic* – f. 1579), ratifica todos estes argumentos.

O Ministério Público Estadual, em suas contrarrazões recursais (f. 1520-1558), em apertada síntese, pugna pelo improvimento dos recursos.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (f. 1585-1593), opina pelo improvimento dos recursos.

VOTO

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

Trata-se de recursos de apelação criminal interpostos por Waldimiro José Cotrim Moreira, Jorge Yoshishilo Kobayashi, José Donizete Ferreira Freitas, Ivete Rocha Vargas de Souza e Ronilda Ribeiro Machado, inconformados com a sentença (f. 1336-1366) que os condenou pelo crime previsto no art. 1, I, do Decreto-lei n. 201/67.

Consta na denúncia que, no dia 7 de novembro de 2006, Waldimiro José Cotrim Moreira e Jorge Yoshishilo Kobayashi, Secretário de Finanças e Contador do Município de Cassilândia respectivamente, desviaram a quantia de R$ 67.873,73 (sessenta e sete mil, oitocentos e setenta e três reais e setenta e três centavos), em proveito próprio.

A exordial narra, ainda, que os acusados Ana Regina Arantes, Ronilda Ribeiro Machado e Ivete Vargas Rocha de Souza tiveram participação efetiva para que o desvio de dinheiro público se concretizasse.

A Seção Criminal deste Tribunal de Justiça, em julgamento da admissibilidade do Feito Não Especificado de n. 2007.017828-7, realizado no dia 3 de setembro de 2007, entendeu que a competência para julgamento da ação de n. 007.07.000993-3 era deste Sodalício e determinou a subida imediata dos autos. Após o recebimento dos autos nesta Corte, foram devidamente autuados na classe feito não especificado e receberam o número 2007.027742-0.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em sua manifestação (f. 724-732), pugnou pelo reconhecimento da litispendência em relação ao crime de usura (art. 4 '*a*' (crime de usura) e § 2º, IV, '*a*', segunda figura (praticado por funcionário público) da Lei de n. 1.521/51) imputado ao acusado Jorge Yoshishilo Kobayashi e o que constava na Ação Penal de n. 2007.029858-9.

A Procuradoria-Geral de Justiça requereu, ainda, o aditamento da denúncia (f. 733-738), com a finalidade de estabelecer nova tipificação às condutas delitivas e incluir entre os réus o Sr. José Donizete Ferreira de Freitas, Prefeito Municipal de Cassilândia àquela época, adequando a tipificação das condutas ao art. 1, I (desvio de verba pública em proveito próprio e alheio), do Decreto-lei de n. 201/67.

A Seção Criminal deste Tribunal, em julgamento unânime, realizado no dia 18 de março de 2008, reconheceu a litispendência, suscitada pelo *Parquet*, ratificou o recebimento da denúncia, recebeu o aditamento, incluindo José Donizete Ferreira Freitas e adotando a nova tipificação legal, e determinou a anulação de todos os atos processuais praticados após o recebimento da denúncia em 1ª instância (f. 548-554).

Remetidos à Secretaria deste Sodalício, os autos foram devidamente classificados como Ação Penal e receberam o número 2008.010259-7. O processo teve tramitação regular e, em 19 de fevereiro de 2009, esta relatoria declinou a competência para o juízo de 1ª instância, em face do reconhecimento de incompetência superveniente, em decorrência da conclusão do mandato do Alcaide (f. 1.162-1.163).

Remetidos os autos à 2ª Vara da Comarca de Cassilândia, o juízo singular proferiu sentença (f. 1.336-1.366v.), julgando parcialmente procedente a denúncia, para condenar todos os recorrentes e absolver a acusada Ana Regina Arantes.

Existem diversos fundamentos defensivos nos recursos dos acusados, entretanto, antes de analisar o mérito, algumas questões preliminares devem ser superadas, por ordem de prejudicialidade.

1 – MATÉRIAS PREJUDICIAS AO MÉRITO:

1.1 – Da incompetência do juízo:

Ainda que não tenha sido colocada no início da peça recursal, a análise da preliminar de incompetência – fundamentada na violação de foro por prerrogativa de função e, também, na violação de competência da Justiça Federal –, suscitada por Ivete Rocha Vargas de Souza, deve preceder as demais. Isso porque só há sentido em se apreciar os demais pedidos, se este for o juízo competente para a tarefa.

A apelante entende que houve violação à competência do juízo em razão de suposto foro por prerrogativa de função e pelo fato de as verbas desviadas serem do FUNDEF, devendo os autos serem remetidos à Justiça Federal.

Inicialmente, a alegação de existência de foro por prerrogativa de função não merece maiores digressões. A recorrente sustenta sua pretensão nos parágrafos do art. 84, do CPP:

> Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade.
>
> § 1º. A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.
>
> § 2º. A ação de improbidade, de que trata a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º.

Não obstante a recorrente embasar seu pedido em tais dispositivos de lei, é certo que o Plenário do Pretório Excelso já reconheceu a sua inconstitucionalidade, há tempos. Para melhor compreensão da questão, transcreve-se trecho da extensa e didática ementa da ADIn, relatada pelo eminente Min. Sepúlveda Pertence:

> III. Foro especial por prerrogativa de função: extensão, no tempo, ao momento posterior à cessação da investidura na função dele determinante. Súmula n. 394/STF (cancelamento pelo Supremo Tribunal Federal). Lei n. 10.628/2002, que acrescentou os §§ 1º e 2º ao artigo 84 do C. Processo Penal: pretensão inadmissível de interpretação autêntica da Constituição por lei ordinária e usurpação da competência do Supremo Tribunal para interpretar a Constituição: inconstitucionalidade declarada.
>
> 1. O novo § 1º do art. 84 CPP constitui evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula n. 394 por decisão tomada pelo Supremo Tribunal no Inq 687-QO, 25.8.97, Rel. o em. Ministro Sydney Sanches (RTJ 179/912), cujos fundamentos a lei nova contraria inequivocamente.
>
> 2. Tanto a Súmula n. 394, como a decisão do Supremo Tribunal, que a cancelou, derivaram de interpretação direta e exclusiva da Constituição Federal.
>
> 3. Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior.
>
> 4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal - guarda da Constituição -, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de

alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição - como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames.

5. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 CPP, acrescido pela lei questionada e, por arrastamento, da regra final do § 2º do mesmo artigo, que manda estender a regra à ação de improbidade administrativa.

IV. Ação de improbidade administrativa: extensão da competência especial por prerrogativa de função estabelecida para o processo penal condenatório contra o mesmo dignitário (§ 2º do art. 84 do CPP introduzido pela Lei n. 10.628/2002): declaração, por lei, de competência originária não prevista na Constituição: inconstitucionalidade.

1. No plano federal, as hipóteses de competência cível ou criminal dos tribunais da União são as previstas na Constituição da República ou dela implicitamente decorrentes, salvo quando esta mesma remeta à lei a sua fixação.

2. Essa exclusividade constitucional da fonte das competências dos tribunais federais resulta, de logo, de ser a Justiça da União especial em relação às dos Estados, detentores de toda a jurisdição residual.

3. Acresce que a competência originária dos Tribunais é, por definição, derrogação da competência ordinária dos juízos de primeiro grau, do que decorre que, demarcada a última pela Constituição, só a própria Constituição a pode excetuar.

4. Como mera explicitação de competências originárias implícitas na Lei Fundamental, à disposição legal em causa seriam oponíveis as razões já aventadas contra a pretensão de imposição por lei ordinária de uma dada interpretação constitucional.

5. De outro lado, pretende a lei questionada equiparar a ação de improbidade administrativa, de natureza civil (CF, art. 37, § 4º), à ação penal contra os mais altos dignitários da República, para o fim de estabelecer competência originária do Supremo Tribunal, em relação à qual a jurisprudência do Tribunal sempre estabeleceu nítida distinção entre as duas espécies.

6. Quanto aos Tribunais locais, a Constituição Federal - salvo as hipóteses dos seus arts. 29, X e 96, III -, reservou explicitamente às Constituições dos Estados-membros a definição da competência dos seus tribunais, o que afasta a possibilidade de ser ela alterada por lei federal ordinária. (STF, ADIn n. 2797, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 15.9.2005, DJ de 19.12.2006).

Aliás, destaca-se que, surpreendentemente, a própria apelante ressalta trecho do voto do eminente Ministro Sepúlveda Pertence na ADIn ementada acima, que é o sustentáculo de seu pedido (f. 1.478).

Vê-se, portanto, que a pretensão de reconhecimento de foro por prerrogativa de função não encontra nenhum sustentáculo legal ou jurisprudencial, devendo ser rejeitada.

Quanto à pretensão de reconhecimento da competência da Justiça Federal, porque a ação penal envolve verba do FUNDEF, melhor sorte não resta à apelante. Na realidade, a matéria já foi sumulada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> Súmula n. 209, do STJ: Compete à Justiça Estadual processar e julgar Prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal.

Conforme esclarecido em todo o trâmite processual, em que pese haver participação de verba originária da União Federal no FUNDEF, é certo que esta há incorporação ao patrimônio do Município de Cassilândia, antes de ser utilizada. Neste compasso, constata-se a completa impossibilidade de deslocamento da competência para a Justiça Federal.

Dessa forma, seja sob o fundamento da violação da prerrogativa de foro, seja em razão da matéria, a preliminar de incompetência de juízo deve ser rejeitada.

1.2 – Da nulidade do feito (erro na propositura da ação):

Ainda em sede preliminar, a apelante Ivete Rocha Vargas de Souza sustenta a existência de nulidade no feito, por erro na propositura da ação, já que a denúncia teria efetuado pedidos relativos à Lei de Improbidade Administrativa e a condenação fora criminal.

Para amparar seu raciocínio, a insurgente efetua longa explicação acerca das distinções existentes entre a ação civil pública e a ação civil por improbidade administrativa.

Ocorre, entretanto, que a explicação não possui utilidade para a solução da presente ação, que possui natureza jurídica de ação penal pública, para apuração do crime de peculato.

Nesse sentido, a denúncia é clara ao pedir a condenação dos acusados pelo crime de peculato, ora tipificado no art. 312, do Código Penal. Posteriormente, com o aditamento da denúncia (f. 733-738), houve a inclusão do Prefeito Municipal no polo passivo da demanda e, consequentemente, a alteração da tipificação penal para o crime de peculato previsto no Decreto-lei n. 201/67.

Dessa forma, a preliminar de nulidade do feito, por erro na propositura da ação, deve ser rejeitada.

1.3 – Da imprestabilidade das provas anteriores à denúncia:

A apelante Ivete Rocha Vargas de Souza, na sequência, argui a preliminar de imprestabilidade das provas produzidas em sede de Inquérito Civil, pelo Ministério Público Estadual.

Em primeiro lugar, é imperioso esclarecer que não há nenhum Inquérito Civil nos autos. Ainda que o *Parquet* tenha participado da produção dos elementos informativos que acompanham a denúncia, esses não foram produzidos em sede de Inquérito Civil, mas sim em Inquérito Policial.

É evidente nos autos que houve participação de membros do *Parquet* na confecção dos elementos informativos que acompanharam a denúncia. Entretanto, a matéria já foi amplamente debatida nestes autos e noutros referentes à atividade simbiótica entre a Polícia Civil e o Ministério Público. Concluiu-se que a participação de membros do *Parquet* nas investigações policiais não invalida as evidências colhidas.

Deve-se reconhecer que há discussão jurisprudencial, inclusive no próprio STF, acerca da validade de elementos informativos colhidos em procedimento administrativo investigativo instaurado pelo Promotor de Justiça. Todavia, não é esse o caso dos autos.

Dessa forma, a preliminar de imprestabilidade das provas anteriores à denúncia deve ser rejeitada.

1.4 – Da ocorrência de *bis in idem* na condenação:

A apelante Ronilda Ribeiro Machado sustenta que teria ocorrido o *bis in idem*, eis que já fora anteriormente condenada por outra ação penal, que tramitou perante este Tribunal.

Deve-se consignar que tanto a ação penal que tramitou perante este Tribunal (sob o n. 2007.29858-9) quanto à ação penal referente a este recurso de apelação versam sobre o crime previsto no art. 1, do Decreto-lei n. 201/67; entretanto, não tratam dos mesmos fatos.

O simples fato de uma pessoa ser acusada da prática de um crime não obsta sua acusação posterior, da prática de outra conduta tipificada no mesmo dispositivo legal. Nesse caso, a ocorrência de dupla condenação não significa *bis in idem*, mas reincidência específica.

Aliás, importante destacar que a alegação de litispendência já fora devidamente apreciada pelo juízo *a quo*, não sendo questionada pela recorrente:

> Litispendência. Ação Penal n. 2007.029858-9.
>
> A ação penal n. 2007.029858-9, em trâmite no TJMS, tem como objeto a condenação dos acusados nas mesmas penas da infração penal, cuja capitulação é a mesma deste processo, qual seja, Art. 1º do Decreto-Lei n. 201/67.
>
> No entanto, os fatos são distintos.
>
> Observe-se, que naquela ação penal, o objetivo era apurar, em síntese, os seguinte:
>
> A denúncia narra a existência de um grande esquema de corrupção da Prefeitura de Cassilândia que possuía a finalidade de se apropriar e desviar dinheiro da municipalidade para interesses particulares.
>
> [...]
>
> O principal artifício para alcançar o dinheiro do Erário seria a utilização do dinheiro em espécie que ficava no cofre e nos caixas da Prefeitura, já que a arrecadação de todos os tributos municipais era desvinculada da rede bancária. Na ausência de dinheiro em caixa, a acusação sublinha que cheques da Prefeitura – relativos aos diversos convênios – eram descontados diretamente na rede bancária e aplicados em finalidades outras, que não a do convênio.
>
> Para organizar as retiradas de dinheiro do caixa, eram elaborados 'vales', que ficavam aguardando a chegada de 'notas fiscais frias', elaboração de empenhos 'fraudulentos' e de processos licitatórios 'invertidos', a fim de justificar a saída de dinheiro público do Erário.
>
> Com relação a esta ação, a denúncia imputa aos acusados a seguinte infração penal:
>
> Segundo consta do incluso caderno investigatório, o denunciado Jorge Yoshishilo Kobayashi emprestou dinheiro a juros superiores aos permitidos legalmente para Waldimiro José Cotrim Moreira, razão pela qual Jorge era credor de Waldimiro.
>
> Para pagar tal dívida, o denunciado Waldimiro José Cotrim Moreira pagou o denunciado Jorge com dinheiro público, da conta municipal do FUNDEF.
>
> A denunciada Ana Regina Arantes ciente deste fato, realizou o pagamento da dívida com a emissão de dois cheques da conta do FUNDEF, conforme documentação anexa, participando de forma direta da subtração.
>
> Para ocultar a ilegalidade da situação, a denunciada Ronilda Ribeiro Machado teve participação material direta, pois entregou as notas fiscais 'frias' por determinação do denunciado Waldimiro José Cotrim Moreira, e assinou o emprenho como se estivesse realizando o regular pagamento pelas notas apresentadas.

> A denunciada Ivete Vargas Rocha de Souza também participou do ato criminoso, vez que a mesma recebeu as Notas Fiscais 'Frias', bem como atestou o recebimento do produto pela Administração Pública municipal mesmo sabendo que não houve qualquer entrega do produto constante das notas fiscais apresentadas. (f. 3-5).
>
> Dimana dos autos que a participação do Chefe do Poder Executivo José Donizete no delito foi extremamente arrojada, posto que, na qualidade de principal ordenador de despesas do município autorizava a emissão de cheques do Banco do Brasil S.A., da conta-corrente do FUNDEF, para abastecer o 'Caixa 2'. (f. 734).
>
> Isto é, são fatos diferentes que devem ser analisados e julgados separadamente, como de fato foram distintamente processados.
>
> Ademais, para que não pairem quaisquer dúvidas quanto à inexistência de litispendência, analisa-se, as condutas imputadas na denúncia individualmente.
>
> [...]
>
> Ronilda Ribeiro Machado
>
> Conduta analisada na Ação Penal n. 2007.029858-9: A conduta imputada à acusada Ronilda Ribeiro Machado é de providenciar as 'notas fiscais frias' necessárias para o funcionamento da atividade de expropriação do dinheiro público.
>
> [...]
>
> Verifica-se, desta forma, que a participação da acusada Ronilda Ribeiro Machado foi efetiva para que se conseguisse a expropriação do patrimônio público, por reconhecer que partiu dela a solicitação para que o acusado Aleuto Teixeira Lata fornecesse as referidas notas fiscais frias para a Municipalidade.
>
> Conduta analisada nesta ação penal: Para dar aparente legalidade ao esquema criminoso, a acusada, teria entregado notas fiscais 'frias', bem como, assinado o empenho como se estivesse realizando o regular pagamento das notas apresentadas.
>
> [...]
>
> Desta forma, não se operando a litispendência desta ação com relação à 2007.029858-9 (TJMS) quanto a quaisquer dos acusados, não há se falar em extinção do processo sem julgamento do mérito.

Assim sendo, observa-se grande similitude entre as condutas das duas denúncias, mas não são as mesmas condutas e, consequentemente, não há falar em litispendência e, muito menos, *bis in idem*.

Desta forma, a preliminar de ocorrência de *bis in idem* na condenação deve ser rejeitada.

1.5 – Da impossibilidade de condenação com base em tipo penal revogado (Decreto-lei n. 201/67):

Por fim, a recorrente Ivete Rocha Vargas de Souza argumenta que o Decreto-lei n. 201/67 estaria revogado, impossibilitando a condenação, eis que teria sido produzido por ato privativo do Poder Executivo, sob regime de exceção, violando o princípio da legalidade.

Deve-se notar que o simples fato de a norma infraconstitucional ter sido produzida em período anterior à promulgação de nova Constituição não lhe retira a validade.

Se a promulgação de uma nova Constituição acarretasse a revogação automática de toda legislação anterior, haveria o verdadeiro caos legislativo. Nesta ótica, a legislação anterior que for compatível com as diretrizes da nova ordem constitucional deve ser recepcionada.

Sobre o Decreto-Lei n. 201/67, em específico, o Plenário da Suprema Corte já se manifestou:

> DECRETO-LEI N. 201/67. VALIDADE. SÚMULA N. 496 DO STF. CASO DE EX-PREFEITO.
>
> I. O Decreto-lei n. 201 teve sua subsistência garantida pela Carta de 1967-69, e não é incompatível com a Constituição de 1988. É válido o processo que, nos seus termos, prossegue contra ex-prefeito, se o domínio versado não é o de verdadeiros delitos de responsabilidade (art. 4 e seguintes), mas o de crimes ordinários, processados pela Justiça e sujeitos a penas de direito comum (art. 1 a 3).
>
> II. O *habeas corpus* não é sede idônea para a revisão - e menos ainda para a revisão precoce - do processo penal. (STF, *HC* n. 69.850/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Francisco Rezek, julgado em 9.2.1994, DJ de 27.5.1994).

Desta forma, a preliminar de impossibilidade de condenação, porque tipo penal (Decreto-lei n. 201/67) estaria revogado, deve ser rejeitada.

1.6 – Do julgamento *extra petita* (art. 387, IV, CPP):

O apelante Waldimiro José Cotrim Moreira, ainda que não mencione claramente a matéria como preliminar, afirma que a sentença seria *extra petita*, na medida em que estabeleceu indenização para reparação de dano à vítima, com fundamento no art. 387, IV, do CPP, mesmo não havendo nenhum pedido neste sentido.

Mesmo não tendo tratado a matéria como preliminar, a apelante Ivete Rocha Vargas de Souza busca a exclusão da quantia fixada para ressarcimento da vítima, por fundamentos similares.

Esta preliminar merece acolhimento, mas não porque a decisão seria *extra petita* e sim porque é *ultra petita*. Sobre a questão, os ensinamentos de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira[1] são de clareza bastante didática:

> É muito comum confundirem-se, na teoria e na prática, as decisões *ultra* e *extra petita*. Mas há um critério que pode facilitar a compreensão desses dois fenômenos: *(a)* na decisão *ultra petita*, o magistrado analisa o pedido da parte ou os fatos debatidos nos autos, mas vai além deles, concedendo um provimento ou um bem da vida não pleiteado, ou ainda analisando outros fatos, também essenciais, não postos pelas partes; *(b)* na decisão *extra petita*, o magistrado, sem analisar o pedido formulado, delibera sobre o pedido não formulado, ou ainda, sem analisar fato essencial deduzido, decide com base em fato essencial não deduzido.

Dessa forma, ainda que o pedido tenha sido de reconhecimento de sentença *extra petita*, nota-se que toda a argumentação expendida foi de que a decisão seria *ultra petita*, o que não prejudica a sua análise.

Deve-se ressaltar que o reconhecimento da decisão *ultra petita* não tem o condão de invalidar a sentença penal condenatória por inteiro, mas apenas de excluir dela a parte dispositiva referente à indenização da vítima.

Inicialmente, cumpre mencionar a nova redação do art. 387, IV, CPP, após a alteração efetuada pela Lei n. 11.719/2008:

1 **Curso de Direito Processual Civil**. 4. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2009. p. 312. v. 2.

> Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: [...]
>
> IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;

Tenho me posicionado, reiteradamente, no sentido de que a utilização do art. 387, IV, do CPP, que permite a fixação de indenização mínima à vítima, só é possível quando houver pedido expresso – do órgão ministerial ou de um assistente de acusação –, em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Verifica-se que a alteração legislativa representou grande inovação no sistema processual brasileiro, eis que, em tese, permitiria a prestação da tutela jurisdicional de forma mais rápida e efetiva. Entretanto, pela falta de legislação expressa sobre o procedimento a ser adotado, a sua aplicação deve ocorrer de acordo com os princípios processuais constitucionais e infraconstitucionais.

O princípio da inércia da jurisdição preceitua que o Poder Judiciário não deve decidir de ofício, salvo em se tratando do poder geral de cautela, que não é o caso. Assim sendo, mesmo que não se exijam formalidades, para que haja fixação de algum *quantum* reparatório é imprescindível que exista um pedido, do Ministério Público ou do ofendido.

Ante a ausência de qualquer pedido neste sentido, a decisão do julgador sobre este aspecto é *ultra petita*, devendo ser reconhecida a nulidade parcial. Ademais, é *conditio sine qua non* o respeito ao princípio da ampla defesa em qualquer procedimento judicial. Isso porque, ainda que exista previsão legal que possibilite a fixação de *quantum* indenizatório mínimo na sentença, não é possível que o acusado seja surpreendido ao final do processo, sem que tenha oportunidade de defesa sobre isso durante toda a instrução probatória.

Calha à fiveleta o comentário de Guilherme de Souza Nucci[2]:

> Reparação dos danos: sejamos absolutamente realistas, sem nos impressionarmos com a pretensa reforma autêntica do processo no Brasil. Há muito, aguarda-se possa o juiz criminal decidir, de uma vez, não somente o cenário criminal em relação ao réu, mas também a sua dívida civil no tocante à vítima, de modo a poupar outra demanda na esfera cível. O que se faz? Menciona-se que o magistrado pode fixar um valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, levando em conta os prejuízos sofridos pela vítima. Ora, para o estabelecimento de um valor mínimo o juiz deverá proporcionar todos os meios de provas admissíveis, em benefício dos envolvidos, mormente do réu. Não pode arcar com qualquer montante se não tiver tido a oportunidade de se defender, produzir prova e demonstrar o que, realmente, seria, em tese, devido. [...]
>
> Procedimento para a fixação da indenização civil: admitindo-se que o magistrado possa fixar o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração penal, é fundamental haver durante a instrução criminal, um pedido formal para que se apure o montante civilmente devido. Esse pedido deve partir do ofendido, por seu advogado (assistente de acusação), ou do Ministério Público. A parte que o fizer precisa indicar valores e provas suficientes a sustentá-los. A partir daí, deve-se proporcionar ao réu a possibilidade de se defender e produzir a contraprova, de modo a indicar valor diverso ou mesmo a apontar que inexistiu prejuízo material ou moral a ser reparado. Se não houver formal pedido e instrução específica para apurar o valor mínimo para o dano, é defeso ao julgador optar por qualquer cifra, pois seria nítida infringência ao princípio da ampla defesa. (grifo nosso)

Portanto, por violação aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, deve ser reconhecida a nulidade da parte da sentença que fixa a indenização à vítima, por ser decisão *ultra petita*.

2 **Código de processo penal comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 691.

Este Sodalício tem posicionamento firme sobre o tema:

> Somente deve haver a condenação por danos prevista no artigo 387, IV, do CPP, quando houver pedido formal do Ministério Público ou da assistência da acusação, com a devida instrução processual, a fim de garantir a ampla defesa e o contraditório. (TJMS, ACr n. 2009.016665-9, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Carlos Eduardo Contar, Rel. Desig. Juiz Manoel Mendes Carli, julgado em 17.5.2010, DJ de 28.5.2010).
>
> Quanto ao valor fixado de reparação de danos, merece reparo a sentença, pois em que pese o dispositivo inserido pela Lei n. 11.719 de 20.6.2008, artigo 387, IV, do CPP, o valor, no caso em apreciação, foi fixado sem o devido contraditório, exigível para tanto. (TJMS, ACr n. 2009.031666-3, Primeira Turma Criminal, Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos, julgado em 2.3.2010, DJ de 25.3.2010).
>
> O art. 387, IV, do CPP, com redação dada pela Lei n. 11.719/08, possibilita a fixação de *quantum* destinado à reparação dos danos causados à vítima, na sentença penal condenatória. Entretanto, é imprescindível o respeito aos princípios da inércia da jurisdição e da ampla defesa. O arbitramento de quantum na sentença, sem nenhum pedido ou defesa das partes durante todo o processo, torna a decisão *ultra petita* e deve ser excluído da decisão. (TJMS, ACr n. 2009.005489-7, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, julgado em 27.4.2009, DJ de 5.5.2009).
>
> Para haver condenação à indenização, é necessário que haja pedido da vítima ou do Ministério Público, sendo que, em nenhum momento nos autos, houve tal pedido nem instrução específica, não tendo sido oportunizadas ao apelante, as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, fica, portanto, afastada. (TJMS, ACr n. 2008.034740-7, Primeira Turma Criminal, Rel.ª Des.ª Marilza Lúcia Fortes, julgado em 17.2.2009, DJ de 13.3.2009).

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios também possui precedente no mesmo sentido:

> PENAL – FURTO QUALIFICADO [...] INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO [...] Para indenização por danos morais e materiais mister se faz que haja pedido EXPRESSO, e ainda que seja oportunizado o contraditório. (TJDFT, ACr n. 20080310177455, Primeira Turma Criminal, Rel. Des. Edson Alfredo Smaniotto, julgado em 16.7.2009, DJ 18.9.2009).

Dessa forma, a preliminar de nulidade parcial da sentença, no ponto que em estabelece um *quantum* mínimo indenizatório para a vítima, com fundamento no art. 387, IV, do CPP, deve ser acolhida.

Tendo em vista que a nulidade é apenas de parte da sentença condenatória, deve-se prosseguir a análise do mérito recursal relativo aos demais pontos.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Revisor)

De acordo com o relator.

Acolho a preliminar de nulidade parcial da sentença de acordo com o relator.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Vogal)

Divirjo quanto à preliminar de nulidade parcial da sentença, por suposta ausência de pedido expresso por parte do Ministério Público Estadual para que se procedesse à fixação do *quantum* mínimo indenizatório para a vítima, pois entendo ter ocorrido requerimento neste sentido.

De outra banda, ainda que se conclua de maneira diversa, perfilho o entendimento, de acordo com o qual, o julgador não se encontra adstrito a tal pedido, podendo e devendo livremente estabelecer o *quantum* mínimo da indenização a ser paga à vítima.

Nesse sentido, trago à baila o seguinte julgado:

> A aplicação do previsto no art. 387, IV, do Código de Processo Penal, prescinde de requerimento expresso na denúncia ou queixa, uma vez que constitui, em face da reforma empreendida pela Lei n. 11.719/2008, requisito obrigatório da sentença, não havendo, portanto, qualquer ofensa aos princípios do contraditório e ampla defesa. [3]

Ante o exposto, afasto a preliminar de nulidade parcial da sentença. No mais, acompanho os termos do voto relator.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

2 – MÉRITO:

Conforme narrado linhas acima, a conduta delitiva tratada nesta ação penal é de que o recorrente Waldimiro José Cotrim Moreira – Secretário Municipal de Finanças – devia grande quantia em dinheiro a Jorge Yoshishilo Kobayashi – Contador Municipal. Para a quitação do débito, o Secretário Municipal teria se utilizado de dinheiro público, com o conhecimento do seu credor.

Quanto aos demais recorrentes – José Donizete Ferreira Freitas, Ivete Rocha Vargas de Souza e Ronilda Ribeiro Machado –, o órgão ministerial narra condutas – tanto na denúncia, quanto em seu aditamento (f. 733-737) – que teriam sido imprescindíveis para a apropriação indevida de dinheiro proveniente do Erário Municipal.

A vantagem percebida seria a quantia de quantia de R$ 67.873,73 (sessenta e sete mil, oitocentos e setenta e três reais e setenta e três centavos) proveniente do FUNDEF, que seria destinada ao abastecimento de combustível dos veículos que transportavam estudantes da rede públicas até as escolas.

Importante destacar que a conduta a ser analisada, nesta ação penal, não se confunde com a questão da emissão de "vales", para gastos diversos, que, posteriormente, eram "cobertos" com notas fiscais frias. A questão referente aos "vales" já foi tratada, à saciedade, no julgamento da Ação Penal de n. 2007.029858-9.

A presente ação penal versa sobre o narrado desvio de verbas do FUNDEF, mediante apresentação de "notas fiscais frias" do Auto Posto Petrobrás, para o pagamento de dívida particular do Secretário de Finanças.

Assim sendo, toda narrativa – acusatória e defensiva – acerca do esquema de corrupção existente dentro da Prefeitura Municipal é dispensável; não possuindo nenhuma relevância para a prestação da tutela jurisdicional adequada aos limites traçados pela exordial acusatória.

O que importa, nesta ação penal, é saber se houve ou não o desvio da verba pública em questão, para pagamento de dívida do Secretário de Finanças e, havendo comprovação, quem são os responsáveis.

No caso dos autos, de uma forma geral, a linha mestra de todas as defesas seria a inexistência de lesão ao patrimônio municipal, alegando que o procedimento normal era a liberação de dinheiro para o fornecedor de combustível antes do fornecimento, que geraria um crédito para os motoristas dos veículos escolares abastecerem durante o mês.

3 TJMT, ACr n. 6.246/2010, Segunda Câmara Criminal, Rel. Des. Carlos Roberto C. Pinheiro, julgado em 30.6.2010, DJ de 14.7.2010, p. 17.

Nesse ponto inicial, deve-se esclarecer que, mesmo que a comunidade local acredite ser este o procedimento correto, a Lei n. 4.320/64 (que estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal) determina procedimento absolutamente distinto.

Na realidade, em linhas gerais, a realização de uma despesa pública se inicia com a requisição de compra encaminhada ao ordenador de despesas. Após a autorização desse, é realizado o empenho (embasado em contrato – precedido de licitação ou certificação de sua dispensa ou inexigibilidade), autorizando a entrega do produto ou realização do serviço. Somente após isso é realizado o pagamento.

A Lei n. 4.320/64 preceitua:

> Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.
>
> Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.
>
> § 1º. Essa verificação tem por fim apurar:
>
> I - a origem e o objeto do que se deve pagar;
>
> II - a importância exata a pagar;
>
> III - a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação.
>
> § 2º. A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:
>
> I - o contrato, ajuste ou acordo respectivo;
>
> II - a nota de empenho;
>
> III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço. (grifos nossos).

Assim sendo, no caso do fornecimento de combustível, é nítido que o pagamento só pode ser realizado após a comprovação do abastecimento, esta é a liquidação exigida pela lei. Sobre o tema, José Teixeira Machado Jr. e Heraldo da Costa Reis[4] ensinam:

> Como é fartamente sabido e já dissemos, a despesa passa, entre outras, pelas seguintes fases: o empenho, já analisado; a liquidação, definida no caput do artigo acima transcrito; e o pagamento, que veremos adiante.
>
> A liquidação é, pois, a verificação do implemento de condição. Quando o órgão de pessoal prepara a folha de pagamento do mês, deduzindo faltas e impontualidades, está na verdade liquidando a despesa de pessoal do mês, embora na prática não se costume utilizar tal expressão em relação a esse tipo de despesa.
>
> Trata-se de verificar o direito do credor ao pagamento, isto é, verificar se o implemento de condição foi cumprido. Isto se faz com base em títulos e documentos. Muito bem, mas há um ponto central a considerar: é a verificação objetiva do cumprimento contratual. O documento é apenas o aspecto formal da processualística. A fase de liquidação deve comportar a verificação *in loco* do cumprimento da obrigação por parte do contratante. Foi a obra, por exemplo, construída dentro das especificações contratadas? Foi o material entregue dentro

4 **A lei n. 4.320 comentada**. 30. ed. Rio de Janeiro: IBAM, 2001. p. 144.

> das especificações estabelecidas no edital de concorrência ou de outra forma de licitação? Foi o serviço executado dentro das especificações? O móvel entregue corresponde ao pedido? E assim por diante. Trata-se de uma espécie de auditoria de obras e serviços, a fim de evitar obras e serviços fantasmas. Este aspecto da liquidação é da mais transcendente importância no caso das subvenções, exatamente para evitar o pagamento de subvenções e auxílios a entidades inexistentes. O documento da liquidação, portanto, deve refletir uma realidade objetiva.

Destarte, ainda que fosse um costume local o procedimento de pagar antecipadamente o fornecedor de combustível, gerando um crédito para cada perueiro, não é difícil perceber que a sua aplicação preceitua a Lei n. 4.320/64.

Pelo procedimento traçado na aludida lei, antes do abastecimento, o pagamento só poderia ser considerado lícito se fosse o caso de adiantamento:

> Art. 68. O regime de adiantamento é aplicável aos casos de despesas expressamente definidos em lei e consiste na entrega de numerário a servidor, sempre precedida de empenho na dotação própria para o fim de realizar despesas, que não possam subordinar-se ao processo normal de aplicação.

Importante mencionar ensinamento doutrinário sobre a excepcionalidade da utilização do adiantamento. Sobre esta questão, segue lição de José Teixeira Machado Jr. e Heraldo da Costa Reis[5]:

> Já o art. 65 definira o adiantamento como um dos meios de ser efetuado o pagamento, em casos excepcionais. É necessário, sobretudo, que a excepcionalidade não se transforme em regra, como acontece sempre. Deste modo:
>
> - a lei especificará os casos em que é aplicável o adiantamento, isto é, o tipo de despesa que pode ser paga por este meio;
>
> - a Administração determinará quem pode receber adiantamento e quando; o limite máximo do adiantamento e o prazo para prestação de contas.
>
> É preciso prestar atenção ao fato de que a própria lei exclui do adiantamento aquelas despesas que se subordinam ao processo normal de aplicação. Desta forma, aquisição de material e equipamento, realização de obras, etc. não devem ser pagas por meio de adiantamento, a não ser fora da sede do Município, quando então, se caracteriza a excepcionalidade.

No caso concreto, não se nota nenhuma das características apontadas pela doutrina como necessárias para embasar o adiantamento. Na realidade, pelo que se nota, o adiantamento em questão teria ocorrido, unicamente, por conveniência dos fornecedores de combustível, que possuíam fortes vínculos com o Secretário de Finanças. Conforme esclarece a sentença (f. 1.343):

> Constata-se, então, pelos documentos apresentados nos autos, e pelo depoimento de Luceni Quintina Correia que Waldimiro José Cotrim Moreira era sócio-proprietário da empresa Auto Posto Petrobrás, nesta cidade, e mesmo sendo Secretário de Finanças do Município, era sua empresa - ainda que em nome seu irmão Paulo Cotrim - quem fornecia grande parte do combustível à Administração Municipal local.

Importante perceber que, aparentemente, os funcionários da Prefeitura Municipal até tinham conhecimento da forma correta de se proceder, ou seja, prévio empenho, liquidação e posterior pagamento. Entretanto, buscavam "adequar" a contabilidade pública às exigências legais, diante das "peculiaridades" da gestão de recursos públicos.

5 **A lei 4.320 comentada**. 30. ed. Rio de Janeiro: IBAM, 2001. p. 151-152.

É o que se nota das declarações de Hidelma de Fátima Dutra, na fase inquisitiva (f. 310-311):

> QUE a depoente, esclarece que o empenho pode ter saído com data de novembro ou dezembro, fato comum na Prefeitura. Que, pelo Tribunal de Contas não se pode fazer o empenho com data posterior à da nota fiscal, mas com data anterior pode;

O depoimento, na fase judicial, do recorrente Jorge Yoshishilo Kobayashi é ainda mais enfático (f. 952-961):

> JUIZ: Como é que o senhor esclarece essa movimentação que consta aqui na emenda da denúncia de f. 734. O senhor já teve acesso a isso, já se defendeu previamente, em que há essa movimentação aqui nessa conta-corrente, pelo cheque n. 002199 de 41 mil; pelo cheque n. 002200 de 26 mil e pouquinho de 7 de dezembro de 2006. O que o senhor fala sobre essa movimentação- Como que ela ocorreu- Se está certa e como que foi que aconteceu.
>
> INTERROGANDO: Isso é uma contabilidade que vem sendo formalizada há dez anos já, desde a criação da lei, que até o dia 30 de dezembro nós somos obrigados pela Constituição a aplicar os 25% obrigatório pela lei. Então quando o fundo, os fundos têm essa obrigatoriedade, nós já antecipamos todos os gastos deles para não ter que correr até o final do ano e ficar devendo para alguém, ou ficar sem processar documentos. Então nós antecipamos todos esses lançamentos e isso é feito há dez anos atrás e continua sendo feito até hoje, não mudou a lei. Quer dizer esse procedimento é obrigatório dentro dos 365 do exercício.
>
> JUIZ: Esse movimento que fala na denúncia.
>
> INTERROGANDO: Sim.
>
> JUIZ: Então é considerado pelo senhor como normal.
>
> INTERROGANDO: Normal, perfeitamente viável.

O depoimento judicial do recorrente Waldimiro José Cotrim Moreira é no mesmo sentido (f. 961-968):

> JUIZ: E o senhor afirma, afirmou no comecinho que esse pagamento que foi feito aqui com esses cheques diz respeito ao combustível de novembro e dezembro.
>
> INTERROGANDO: Transporte escolar.
>
> JUIZ: Por que era pago em novembro, Sr. Valdir.
>
> INTERROGANDO: Eu não sei, é alguma coisa assim relativo à contabilidade né, porque em novembro começa a se fechar todas as contas, empenhos, enfim. Em novembro se fecha tudo né- E eu entendo que a educação nessa época tinha que fechar em novembro, então já foi adiantado todos os pagamentos.
>
> [...]
>
> DEFESA: Tenho, Excelência, o senhor já perguntou e ele respondeu até de maneira[...] Excelência, apenas para que não reste nenhuma dúvida. Se ele tem conhecimento que o pagamento do combustível foi feito antecipadamente.
>
> INTERROGANDO: Perfeitamente. Em função até mesmo do fechamento do balanço do FUNDEF em novembro. Veja bem, nos agimos assim, porque é assim que age a contabilidade conosco.
>
> [...]

> MP: A dúvida levantada Sr. Valdemiro, é exatamente porque está sendo afirmado que o pagamento era feito previamente.
>
> INTERROGANDO: Só no caso.
>
> MP: E para ele ser feito previamente para estar com requisição, com empenho tinha que ter sido apresentado a requisição ao Poder Público. E como então que havia um controle do perueiro, de quem ia usar efetivamente o combustível já que estava pago, se pressupõe que o que usa é exatamente a requisição e lá já não estava mais com ele. Como é que era feito esse controle então, no final de ano, o senhor está entendendo.
>
> INTERROGANDO: Ah! Tá. O perueiro ia no posto, entregava a requisição e ficava-se no posto com uma[...] No computador ficava-se um crédito. Ele tem lá 500 litros de combustível, saía como um crédito. Toda vez que ele ia lá comprava um, abastecia o carro dele e abatia dez litros, então ele assinava uma notinha lá dele, dele mesmo, pessoal, porque ele já tinha esse crédito, ele já tinha esse crédito. Esse crédito é pessoal dele, não era da Prefeitura, era dele. Então ele assinava lá dez litros e já o sistema do posto já abatia não tinha mais 500, já era 490, e ia abatendo até acabar. Mas a requisição já havia sido entregue para o posto, o senhor entendeu- A requisição já estava no posto. Porque para ele ter aquele crédito, ele tinha que ter depositado alguma coisa, esse alguma coisa era exatamente a requisição.

Assim sendo, resta evidente o desvio de dinheiro público, consubstanciado no pagamento antecipado de combustível ao fornecedor, sem possibilidade de concreta fiscalização posterior.

A irregularidade do procedimento adotado pelos gestores do FUNDEF e demais funcionários da Prefeitura Municipal é tão evidente que causa estranheza a inocorrência, ao menos, de indiciamento da Secretária de Educação responsável pela gestão do fundo, Sr.ª Elza Cordoni, que fora a signatária dos cheques e das notas de empenho, inclusive.

Para a adequada prestação da tutela jurisdicional, contudo, faz-se necessária a análise das condutas de cada um dos recorrentes.

2.1 – Waldimiro José Cotrim Moreira:

Inicialmente, o apelante sustenta que não praticou o crime pelo qual foi condenado, devendo ser absolvido.

Não é possível acolher esta pretensão recursal.

Em verdade, conforme esclarecido pelo depoimento do próprio recorrente, linhas acima, era de seu conhecimento aquilo que se pode denominar de "sistema de pagamento antecipado de combustível".

Neste aspecto, os fatos de a Prefeitura Municipal ser devedora da empresa Auto Posto Petrobrás, de o Secretário de Finanças ter crédito com seu irmão (que seria o proprietário de direito do Posto de Combustível) e dele possuir uma dívida com o Contador Municipal não são relevantes para a verificação da culpabilidade deste acusado.

O importante é perceber que o acusado, na condição de Secretário Municipal de Finanças, determinou o pagamento antecipado do fornecimento de combustível, com verba do FUNDEF. E obteve benefício desta ação. Este fato é incontroverso. A defesa entende, apenas, que a sequência negocial seria lícita.

Destarte, o momento da consumação do crime de peculato está no instante em que o acusado determinou o pagamento antecipado de combustível. O fato de o dinheiro ter sido utilizado para o pagamento de dívida particular pode até ser encarado como fator motivador da atividade delitiva, principalmente do co-réu Jorge Yoshishilo Kobayashi, conforme será abordado a seguir, mas não possui vínculo com a consumação.

Se o produto (combustível) não havia sido entregue à Municipalidade, o pagamento realizado só poderia ser realizado por erro contábil grave ou por conduta dolosa. Pelo conjunto probatório, tudo demonstra que ocorreu a última opção, ou seja, o Secretário de Finanças determinou a confecção de "notas fiscais frias" para justificar o pagamento de combustível, que ainda não tinha sido fornecido.

Desta forma, seja porque o acusado era o Secretário de Finanças Municipal, porque era um dos gestores do FUNDEF ou, ainda, porque teria sido beneficiado diretamente do "pagamento antecipado" (já que este dinheiro foi utilizado para saldar dívida particular sua), a condenação de Waldimiro José Cotrim Moreira é medida que se impõe, devendo ser mantida.

Por fim, o insurgente alega que não há fundamentação para a fixação da pena acima do mínimo legal, do regime prisional mais severo que o aberto e da impossibilidade de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O art. 1, I, c/c § 1º, do Decreto-lei n. 201/67, prescreve a seguinte pena, *in abstrato*:

> Art. 1º. São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:
>
> I - apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio; [...]
>
> § 1º. Os crimes definidos neste artigo são de ação pública, punidos os dos itens I e II, com a pena de reclusão, de dois a doze anos, e os demais, com a pena de detenção, de três meses a três anos. (grifo nosso)

Ao sentenciar, o juízo *a quo* fundamentou a fixação da pena-base da seguinte forma (f. 1.364 e 1.365-v):

> - Waldimiro José Cotrim Moreira. I. Culpabilidade: o grau de reprovabilidade e censurabilidade da conduta do acusado é de grande intensidade, porquanto, na qualidade de Secretário Municipal deveria ter agido dentro da estrita legalidade. II. Antecedentes: não registra maus antecedentes. III. Conduta Social: sem elementos. IV. Personalidade: a personalidade do acusado demonstra ser de má índole, porquanto acessa cargo público de primeiro escalão em Município e contribui para a dilapidação dos escassos recursos públicos. V. Motivos do Crime: Não se verifica nos autos elementos que minimizem a conduta ilícita do acusado, eis que apesar de ser muito mais fácil cumprir a legislação de regência no que concerne à administração de dinheiro público, opta por agir à marginalidade, como se os cofres públicos pudessem ser geridos como uma pessoa jurídica informal. VI. Circunstâncias e Conseqüências do Crime: as circunstâncias são as normais para o tipo penal, mas com um plus em que demonstra a ausência absoluta de medo de punição, acreditando na impunidade que rege os sistema brasileiro. Quanto às conseqüências do crime, é certo que são as normais à espécie também, que por si são muito graves, pois se trata de um Município onde falta dinheiro para tudo, a pobreza é generalizada, e o Governo Municipal mostrou-se ausente por muito tempo, deixando de promover serviços básicos, por certo, por falta de recurso. VII. Comportamento da Vítima: em nada contribuiu para a prática delitiva.
>
> Diante disso, fixa-se a pena-base acima do mínimo legal, em 6 anos de reclusão e 100 dias-multa, sendo o valor de cada dia-multa 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos nos termos do Art. 49, § 1º, do Código Penal. De fato, não há circunstâncias atenuantes e ou agravantes, tal como não há causa de diminuição ou de aumento da pena. A pena de multa deve ser direcionada ao próprio poder público municipal.
>
> [...]

Para todos os réus:

1. Regime. O regime é o inicialmente semi-aberto, conforme Art. 33, § 2º, "b", e Art. 59 do CP.

2. Recurso. Autoriza-se o recurso em liberdade, até mesmo porque o(a,s) acusado(a,s) assim respondeu(ram) o processo.

3. Substituição da Pena. Deixa-se de substituir a pena privativa de liberdade aplicada por vedação nos termos do Art. 44 do CP, dado ao critério quantitativo.

Sucintamente, o apelante busca a diminuição de sua pena-base porque não possuiria antecedentes criminais e não teria a personalidade voltada para o crime. A meu sentir, a pena estabelecida, de fato, merece ser parcialmente reformada, mas não pelos motivos apontados no recurso.

Isso porque, quanto aos antecedentes, não houve valoração negativa pela sentença. Aliás, está consignado, expressamente, "*Antecedentes: não registra maus antecedentes*".

Quanto à personalidade do agente, não há desacerto na análise elaborada pela sentença, todavia, constata-se que o fato de: o agente ter assumido cargo público e se utilizado deste fato para a dilapidação do Erário, mediante procedimentos que fogem da legislação de regência foi valorado negativamente tanto na análise da personalidade do agente, quanto na dos motivos do crime.

Dessa forma, verifica-se que uma mesma circunstância pessoal fora duplamente valorada, acarretando o *bis in idem*. Isso demanda que a circunstância judicial dos motivos do crime seja desconsiderada.

Diante disso, com base nas demais circunstâncias analisadas pela sentença, a pena-base deve ser fixada em 5 (cinco) anos de reclusão e 80 (oitenta) dias-multa. Na ausência de elementos modificadores, resta definitiva esta pena.

Tendo em vista que a pena estabelecida por este juízo ainda excede 4 (quatro) anos, resta impossibilitada a aplicação de regime prisional mais ameno e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em observância às restrições temporais estabelecidas pelo art. 33, § 2.º, 'b' e pelo art. 44, I, ambos do Código Penal.

2.2 – Jorge Yoshishilo Kobayashi:

O apelante sustenta que deve ser absolvido, por ausência de dolo, falta de provas do fato criminoso ou por atipicidade da conduta, eis que não tinha consciência de que o dinheiro que recebia do acusado Waldimiro seria oriundo do FUNDEF, bem como não tinha nenhuma atribuição de fiscalizar as despesas ou autorizar pagamentos.

A manutenção da condenação de Jorge Yoshishilo Kobayashi é medida que se impõe por fundamentos bastante similares àqueles utilizados para fundamentar a de Waldimiro José Cotrim Moreira.

Na realidade, o apelante tenta justificar a sua conduta sob o argumento de que não tinha conhecimento de que o pagamento que estava recebendo seria oriundo do FUNDEF.

Com efeito, a questão já fora satisfatoriamente enfrentada linhas atrás. O ponto fundamental para a manutenção da condenação é que o acusado Jorge Yoshishilo Kobayashi compactuou com o pagamento antecipado de combustível com as verbas do FUNDEF. Isso é um fato confirmado por ele próprio.

Ainda que não fosse dele a atribuição de gerir as verbas do FUNDEF, ele era o Contador Municipal e, em particular, do FUNDEF. Nesta condição, tinha a obrigação de orientar todos os funcionários sobre a impossibilidade de utilização deste expediente, mas o conjunto probatório demonstra que ocorria exatamente o oposto, isto é, a orientação era exatamente para que se adotasse o procedimento em questão.

O trecho do depoimento judicial do apelante, colacionado anteriormente, deixa isso claro. Não fosse o suficiente, no mesmo depoimento, o recorrente deixa claro que o co-réu Waldimiro José Cotrim Moreira emitiu o cheque para a empresa Auto Posto Petrobrás e, em seguida, efetuou o pagamento da dívida particular, com o mesmo numerário (f. 952-961):

> JUIZ: E que pertinência tem de relação, que relação tem entre esse movimento aqui e eventual dinheiro que o senhor tinha de crédito com o senhor Valdir- Como o senhor explica- Qual é o nexo entre isso aqui e o crédito do senhor, tem algum nexo-
>
> INTERROGANDO: Doutor, isso daí eu não sei, eu recebi do Sr. Valdir Cotrim Moreira o meu dinheiro, é o que ele devia para mim. Quanto ao saque do banco eu não sei por quem foi feito, por que foi feito esse saque desse banco. Então não sei essa intermediação. Eu recebi o dinheiro do Sr. Valdir Cotrim Moreira, tá-
>
> JUIZ: E para ele receber esse dinheiro que chegou a ele, o senhor teve alguma participação nisso-
>
> INTERROGANDO: Não.
>
> JUIZ: O senhor pagou-
>
> INTERROGANDO: Não, não. Eu fiz só o processamento normal da contabilidade, pagando a empresa AUTO POSTO PETROBRAS.
>
> JUIZ: E por acaso ele passou direto o cheque que ele recebeu da Prefeitura do senhor-
>
> INTERROGANDO: Não, senhor, passou em dinheiro, foi recebido na minha casa um valor...
>
> JUIZ: Em cheque-
>
> INTERROGANDO: Não, foi em dinheiro.
>
> JUIZ: Isso foi pago a ele com cheque, ou não-
>
> INTERROGANDO: Foi pago para ele não, foi pago para a empresa AUTO POSTO PETROBRAS um cheque.
>
> JUIZ: E a empresa era dele-
>
> INTERROGANDO: Não, era de um outro senhor, eu não lembro o nome dele de memória, não.
>
> JUIZ: Como é que o senhor justifica então o nexo de, se a empresa não era dele, como é que ele...
>
> INTERROGANDO: Não. JUIZ: O cheque, o dinheiro que foi parar com o senhor, como é que o senhor, esclarece isso.

> INTERROGANDO: Não sei, não sei se o cheque era dele, eu recebi do Sr. Valdir, agora, se a outra pessoa entregou o dinheiro para ele eu não sei. Nesse dia...
>
> JUIZ: O senhor sabe direitinho como é que ocorreu esses pagamentos aqui desses dias aqui, como é que foi-
>
> INTERROGANDO: Da forma que eu estou falando, ele assinou o cheque, quem recebeu foi a empresa AUTO POSTO PETROBRAS.
>
> JUIZ: Ele, o Valdir-
>
> INTERROGANDO: Não, a empresa AUTO POSTO PETROBRAS.
>
> JUIZ: A empresa que recebeu então-
>
> INTERROGANDO: A empresa que recebeu. E eu recebi do senhor--
>
> JUIZ: Quem que assinou pela empresa, o senhor sabe-
>
> INTERROGANDO: Não sei, não sei, os contratos não ficam na nossa mão, é outra pessoa quem toma conta de contratos.
>
> JUIZ: Quem que efetivava o pagamento propriamente dito, a entrega dos cheques-
>
> INTERROGANDO: A entrega dos cheques é feita do pessoal da contabilidade, tesouraria e já tem um pessoal já escalado para isso, faz-se o pagamento mediante o processamento contábil.

Assim sendo, conclui-se que a ação do apelante foi de importância fundamental para que o patrimônio público fosse lesado. Dessa forma, não há falar em absolvição de Jorge Yoshishilo Kobayashi.

2.3 – Ronilda Ribeiro Machado:

A apelante sustenta que não teria praticado a conduta prevista no art. 1, I, do Decreto-lei n. 201/67, portanto deveria ser absolvida.

Insta salientar que a tese da apelante, de que apenas teria entregue o numerário referente ao pagamento de dívida particular de Waldimiro, não impossibilita a condenação. Isso porque a denúncia narra como criminosa exatamente a conduta de fornecimento das "notas fiscais frias" para justificar o pagamento antecipado de combustível ao Auto Posto Petrobrás. Este fato é confessado pela recorrente.

O depoimento judicial de Ronilda Ribeiro Machado (f. 974-979) demonstra, claramente, que ela tinha pleno conhecimento do mecanismo de pagamento antecipado de combustível, tendo papel fundamental na consecução do crime, já que atuava como funcionária da empresa Auto Posto Petrobrás e, ao mesmo tempo, secretária particular do Secretário de Finanças Waldimiro José Cotrim Moreira:

> JUIZ: A senhora sabe dizer como é que funcionava o abastecimento dos veículos utilizados no transporte de alunos, os perueiros dos veículos contratados pela Prefeitura, como que era feito o abastecimento de combustível deles-
>
> INTERROGANDA: Sei, sei.
>
> JUIZ: Como era feito.

INTERROGANDA: No começo do mês a Secretária de Educação passava para eles uma requisição, ela fazia o cálculo, quantos que eles iam gastar durante todo o mês e já repassava uma requisição só para cada motorista, para cada linha. Aí eles iam e entregavam a requisição para a gente e a gente colocava um crédito pra eles, aí eles iam abastecendo durante todo o mês e abatiam no crédito que eles tinham.

JUIZ: E o pagamento feito pelo FUNDEF, ou pela Prefeitura, era feito ao posto após a entrega do combustível, ou não- Era feito previamente quando já entregava a requisição para o perueiro.

INTERROGANDA: Geralmente, quando entregava as requisição, a gente de posse das requisição, a gente já empenhava.

JUIZ: E já recebia quase que imediatamente então-

INTERROGANDA: É. JUIZ: E era feito inclusive pagamentos de mais de um mês seguidos em final de ano, ou não- A senhora sabe-

INTERROGANDA: Nesse final de ano sim, foi feito esse pagamento foi referente ao abastecimento do mês de novembro e dezembro.

JUIZ: Por quê-

INTERROGANDA: Não sei te falar.

JUIZ: E quando foi feito o pagamento logicamente o posto já tinha emitido nota fiscal então- É isso- Para conseguir fazer o pagamento era necessário ter emitido a nota, certo-

INTERROGANDA: Sim.

JUIZ: A senhora sabe o que significa nota fria-

INTERROGANDA: Não.

JUIZ: Não-

INTERROGANDA: Não.

JUIZ: Nota fria é venda, emissão de uma nota, sem que o produto tenha sido efetivamente entregue. A senhora sabe dizer se isso caracterizaria nota fria, se estava alguma coisa errada ou certa, o que a senhora acha-

INTERROGANDA: Olha, eu acredito.

JUIZ: O objetivo é pela experiência que a senhora tem lá.

INTERROGANDA: Eu não acredito que seja nota fria, porque a partir do momento que a gente entregou o combustível pra eles então não é nota fria, nós entregamos o combustível pra eles, durante o mês de novembro e dezembro nós entregamos essa quantidade.

JUIZ: Depois que recebeu.

INTERROGANDA: Sim.

JUIZ: Depois que recebeu, mas já tinha recebido também a requisição-

INTERROGANDA: Também.

JUIZ: E ficou com crédito o perueiro a senhora falou.

INTERROGANDA: Isso.

JUIZ: E foi entregando aos poucos no decorrer de dois meses.

INTERROGANDA: Exatamente. [...]

Após tantos anos trabalhando num posto de combustível, é claro que a apelante tinha conhecimento de que a emissão de uma nota fiscal deveria ocorrer após a entrega do combustível.

Nesse ponto, fica nítido que se raciocínio de que "*eu não acredito que seja nota fria, porque a partir do momento que a gente entregou o combustível pra eles então não é nota fria*" é uma tentativa de justificar o mecanismo adotado por seu chefe, na Secretaria de Finanças Municipal.

Assim sendo, não é possível falar em absolvição da apelante Ronilda Ribeiro Machado.

2.4 – Ivete Rocha Vargas de Souza:

Inicialmente, a apelante sustenta que não existem provas suficientes para a sua condenação. Caso mantida a condenação, a insurgente pleiteia que a pena privativa de liberdade deveria ser substituída por restritiva de direitos. Por fim, pugna que a pena corporal deveria ser reduzida ao mínimo legal, pois a recorrente seria uma funcionária pública exemplar.

Tem-se que o pedido absolutório merece prosperar.

É certo que os documentos que acompanham a denúncia demonstram que fora a apelante Ivete Rocha Vargas de Souza que "carimbou" o recebimento do combustível em comento (f. 8-20).

Assim sendo, demonstrado o esquema de pagamento antecipado de combustível, seria razoável a sua condenação. Entretanto, não há possibilidade de responsabilidade penal objetiva no Direito Brasileiro, devendo-se analisar, cuidadosamente, a conduta do acusado, para se aferir seu grau de culpabilidade.

Nesta linha de raciocínio, mais uma vez, deve-se distinguir as condutas imputadas nesta ação penal e naquela que tramitara perante este Sodalício sob o n. 2007.029858-9. Esta questão foi apreciada pelo juízo *a quo*, que deixou claro o objeto de cada ação penal (f. 1.340):

> Fatos analisados na ação penal n. 2007.029858-9: Na qualidade de chefe do setor responsável pelas licitações municipais, a acusação contra a ré vem materializada no fato de que seria responsável pela organização das chamadas 'licitações invertidas', em que, após a confecção da nota fiscal, elabora-se um processo licitatório fictício para formalização da saída do dinheiro público dos cofres da municipalidade. - Destacado.
>
> Nesta ação: Apura-se o fato de que a acusada teria recebido as notas fiscais "frias" e, atestado o recebimento do produto ao Município, mesmo ciente de que não houve a efetiva entrega dos combustíveis discriminados.

Destarte, enquanto naquela ação penal restou demonstrada a culpabilidade da acusada, neste não existem elementos probatórios capazes de conduzir à certeza necessária para a condenação penal.

No caso dos autos, era responsabilidade da apelante a conferência das notas fiscais que davam entrada na Administração Municipal, dando o seguimento burocrático àquelas que estivessem em ordem.

Vê-se dos autos que a atividade laboral da recorrente era desempenhada dentro do prédio da Prefeitura Municipal. Ela recebia notas fiscais, verificava os valores com as requisições e, caso os dados conferissem, carimbava o recebimento e encaminhava ao setor responsável para o pagamento. Neste contexto, exigir que ela tivesse como conferir o recebimento da mercadoria, mormente de combustível, seria algo impensável.

Para demonstrar a culpabilidade da apelante, a sentença condenatória transcreve trecho de seu depoimento na fase inquisitiva (f. 1.343-v):

> Observe-se, ainda, o depoimento da acusada Ivete Vargas Rocha de Souza, em fase policial, que narra o seguinte, na presença de seu advogado, e também, do Ministério Público:
>
> [...] QUE, a interroganda manteve conversa com LUCENI SOBRE ALGUMAS NOTAS QUE ESTAVAM INCORRETAS, e essas notas vinham do setor de finanças e eram entregues PELO WALDIR CONTRIN À INTERROGANDA OU ÀS VEZES ELE DEIXAVA NO PRÓPRIO SETOR E ESSAS NOTAS ERAM SEM REQUISIÇÃO o que indica que se tratava DE 'MUTRETA'; QUE, a interroganda chegou a comentar esse fato com LUCENI; QUE, ÀS VEZES O PRÓPRIO WALDIR CONTRIN dizia que era para COBRIR CAIXA [...] - Ivete Vargas Rocha de Souza, f. 159-160.
>
> Observando-se, atentamente, aquele depoimento, é possível concluir que a recorrente não se manifestou acerca de fornecimento de combustível, verbas do FUNDEF, desvio para pagamento de dívida particular do Secretário de Finanças. Nada disso foi mencionado.

É certo que as declarações transcritas acima demonstram o conhecimento da apelante sobre irregularidades cometidas dentro da Prefeitura Municipal, entretanto, não é possível concluir, sem dúvidas, que ela conhecia todos os descalabros cometidos na Administração Pública Municipal.

No mais, não se nota nenhum elemento probatório que indique, de forma cabal, a consciência da acusada de que as notas fiscais em questão eram frias e representavam combustível que não havia sido fornecido.

Dessa forma, em respeito ao princípio do *in dubio pro reo*, a apelante Ivete Vargas Rocha de Souza deve ser absolvida da acusação de cometimento do crime previsto no art. 1, I, do Decreto-lei n. 201/67.

Os demais pedidos da recorrente restam prejudicados, face o acolhimento do pleito absolutório.

2.5 – José Donizete Ferreira Freitas*:*

O apelante sustenta que: 1) não tinha a obrigação de fiscalizar as contas do FUNDEF; 2) não haveria prova suficiente de que ele tivesse autorizado ou permitido a realização de empenho com notas fiscais "frias"; 3) tendo em vista que, no seu entendimento, todos os argumentos defendidos em alegações preliminares, alegações finais e embargos de declaração "*não foram enfrentados pelo eminente julgador da instância inferior*" (*sic* – f. 1579), ratifica todos estes argumentos.

Apesar da enorme quantidade de provas colacionadas aos autos, não se notam elementos que garantam a convicção de culpabilidade em relação ao apelante José Donizete Ferreira Freitas. Por este motivo, após análise cuidadosa deste extenso caderno processual, ao meu sentir, entendo que este acusado deve ser absolvido, em respeito ao princípio do *in dubio pro reo*.

Alguns pontos chamam a atenção em relação às acusações contra José Donizete Ferreira Freitas.

O primeiro é que a denúncia não narra nenhuma atitude deste, para a finalidade de propiciar a expropriação do dinheiro público, em relação aos mencionados cheques do FUNDEF.

É certo que o processo teve início na 1.ª instância, quando o acusado gozava de foro por prerrogativa de função, entretanto seu nome nem sequer foi mencionado na peça exordial. Toda a trama narrada se fecha, sem a menção de qualquer ação ou omissão por parte do acusado.

O segundo ponto é que o aditamento à denúncia, em relação ao acusado José Donizete Ferreira Freitas, narra apenas que ele era o principal ordenador de despesas do Município de Cassilândia e, conseqüentemente, teria responsabilidade sobre a gestão do FUNDEF.

Ocorre, entretanto, que durante o trâmite processual ficou evidenciado que o FUNDEF possuía gestão própria, dissociada do Prefeito Municipal. Assim, ainda que ele fosse o principal ordenador de despesas de Cassilândia, não é possível atribuir-lhe responsabilização penal objetiva sobre todo e qualquer ato lesivo praticado em fundo dotado de gestão autônoma.

Sobre este aspecto, o depoimento judicial de Jorge Yoshishilo Kobayashi (f. 952-961) deixa claro que o FUNDEF possuía um gestor próprio, não tendo o Alcaide nenhuma responsabilidade em sua gestão:

> JUIZ: Sr. Jorge, aqui consta o seguinte, que o José Donizete, na qualidade de Prefeito Municipal, ordenador de despesa, autorizava a emissão de cheques do Banco do Brasil da conta do FUNDEF para abastecer caixa-2. O FUNDEF dependia de alguma autorização do Prefeito para emissão de cheques-
>
> INTERROGANDO: Não.
>
> JUIZ: Ou tinha autonomia para decretar o gestor-
>
> INTERROGANDO: O gestor...
>
> JUIZ: O gestor do FUNDEF tinha autonomia...
>
> INTERROGANDO: O gestor é o responsável juridicamente responsável pela movimentação desse fundo. O Prefeito já nomeou o gestor. Eu acho que ele é uma pessoa que é incapacitada para isso já, mas desculpa a expressão, mas ele já delegou poderes.

Não fosse isso o suficiente, é certo que a condenação criminal pelo crime em comento – art. 1, I, do Decreto-lei n. 201/67 – pressupõe a ocorrência de dolo, que, de modo geral, pode ser classificado como a concorrência de *consciência* e *vontade*.

Neste ponto, volta-se a dizer, a conduta narrada na denúncia não possui nenhuma ligação com aquela que já fora objeto de condenação na ação penal originária que tramitou perante este Tribunal sob o n. 2007.029858-9.

A própria sentença deixa claro o objeto desta ação penal, em relação ao acusado *José Donizete Ferreira Freitas* (f. 1.340-v):

> Conduta analisada nesta ação penal: Na qualidade de principal ordenador de despesas do município, teria autorizado a emissão de cheques do Banco do Brasil S.A., da conta-corrente do FUNDEF, para abastecer o "Caixa 2"; teria omitido quanto à fiscalização das rendas oriundas de verbas, consentindo, portanto, com o desvio da quantia de R$ 67.873,73; teria autorizado que as notas fiscais "frias" fossem empenhadas.

A ação julgada anteriormente tratava do famigerado sistema de "vales" para controle dos gastos públicos, enquanto esta ação penal trata da emissão de 2 (dois) cheques do FUNDEF para pagamento antecipado do combustível que seria fornecido para o transporte escolar, nos meses de novembro e dezembro de 2006.

Enquanto naquela ação penal havia prova robusta da consciência do Alcaide quanto ao sistema de "vales", nesta não existem elementos suficientes para se concluir, sequer, que ele tinha consciência da emissão dos aludidos cheques.

Aliás, de tudo que consta nos autos, o único trecho de prova que serviria para embasar a conclusão de que o acusado tinha consciência da emissão dos cheques é o depoimento da fase inquisitiva de Luceni Quintina Correia (f. 22-31):

> A tesoureira do Município, no mesmo depoimento anteriormente citado, ainda confirma a participação do acusado José Donizete Ferreira de Freitas da seguinte forma:
>
> […] QUE a interroganda esclarece que o senhor prefeito municipal JOSE DONIZETE também efetuava ligações telefônicas para a mesma lhe solicitando que levasse quantias em dinheiro até seu gabinete, as quais eram de valores variados, fato que a interroganda sempre cumpriu; QUE para comprovar as saídas do dinheiro o senhor prefeito municipal JOSE DONIZETE, também emitia valores e os assinava entregando-os à interroganda; […] o senhor prefeito municipal tinha sim ciência de todas as irregularidades que eram praticas na prefeitura municipal e o mesmo nunca realizou nenhum reunião com os funcionários visando impedir a prática dos atos ilícitos que ali eram praticados. […]. (grifo nosso)

Deve-se observar, entretanto, que no depoimento em questão, a testemunha estava informando que o Prefeito Municipal tinha ciência, e se utilizava pessoalmente, do sistema de "vales". A afirmação de que ele "*tinha sim ciência de todas as irregularidades*", por certo, é abrangente demais para se conduzir, isoladamente, a uma condenação criminal.

Se o Prefeito Municipal tinha consciência do sistema de "vales", já foi devidamente condenado na Ação Penal Originária que tramitou perante esta Corte. Todavia, quanto às condutas narradas tanto na denúncia, quanto no aditamento à mesma, o *Parquet* não teve êxito na demonstração do dolo do agente.

Por tais considerações, em respeito ao princípio do in dubio pro reo, o apelante José Donizete Ferreira Freitas deve ser absolvido da acusação de cometimento do crime previsto no art. 1, I, do Decreto-lei n. 201/67.

3 – PROVIMENTOS *EX OFFICIO*:

3.1 – Aplicação do art. 580, do CPP, ao acusado Jorge Yoshishilo Kobayashi:

O art. 580, do CPP, preceitua:

> Art. 580. No caso de concurso de agentes (Código Penal, art. 25), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros.

Verifica-se que houve redução da pena-base estabelecida para o recorrente Waldimiro José Cotrim Moreira, sob o fundamento de que uma mesma circunstância pessoal fora duplamente valorada, acarretando *bis in idem*.

Assim, a ocorrência de *bis in idem* não pode ser encarada como de caráter exclusivamente pessoal. Neste compasso, nota-se que a dosimetria de pena do condenado Jorge Yoshishilo Kobayashi foi idêntica à de Waldimiro José Cotrim Moreira, na parte reformada (personalidade do agente e motivos do crime):

> - Jorge Yoshishilo Kobayashi. I. Culpabilidade: o grau de reprovabilidade e censurabilidade da conduta do acusado é de grande intensidade, porquanto, na qualidade de funcionário público deveria ter agido dentro da estrita legalidade. II. Antecedentes: não registra maus antecedentes. III. Conduta Social: sem elementos. IV. Personalidade: a personalidade

> do acusado demonstra ser de má índole, porquanto acessa cargo público de confiança em Município e contribui para a dilapidação dos escassos recursos públicos. V. Motivos do Crime: Não se verifica nos autos elementos que minimizem a conduta ilícita do acusado, eis que apesar de ser muito mais fácil cumprir a legislação de regência no que concerne à administração de dinheiro público, opta por agir à marginalidade, como se os cofres públicos pudessem ser geridos como uma pessoa jurídica informal. VI. Circunstâncias e Conseqüências do Crime: as circunstâncias são as normais para o tipo penal, mas com um *plus* em que demonstra a ausência absoluta de medo de punição, acreditando na impunidade que rege o sistema brasileiro. Quanto às conseqüências do crime, é certo que são as normais à espécie também, que por si são muito graves, pois se trata de um Município onde falta dinheiro para tudo, a pobreza é generalizada, e o Governo Municipal mostrou-se ausente por muito tempo, deixando de promover serviços básicos, por certo, por falta de recurso. VII. Comportamento da Vítima: em nada contribuiu para a prática delitiva.
>
> Diante disso, fixa-se a pena-base acima do mínimo legal, em 6 anos de reclusão e 100 dias-multa, sendo o valor de cada dia-multa 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos nos termos do Art. 49, § 1º, do Código Penal. De fato, não há circunstâncias atenuantes e ou agravantes, tal como não há causa de diminuição ou de aumento da pena. A pena de multa deve ser direcionada ao próprio poder público municipal.

Destarte, com base no art. 580, do CPP, o provimento parcial dado ao recurso de Waldimiro José Cotrim Moreira deve ser estendido ao co-recorrente Jorge Yoshishilo Kobayashi, para que sua pena-base seja fixada em 5 (cinco) anos de reclusão e 80 (oitenta) dias-multa, restando definitiva, face à inexistência de elementos modificadores.

3.2 – Da *emendatio libelli* (art. 383, do CPP):

O *caput* do art. 383, do CPP preconiza que:

> Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em conseqüência, tenha de aplicar pena mais grave.

A análise das provas contidas no caderno processual permite a conclusão clara de que ocorreu desvio de verbas públicas do FUNDEF, para o pagamento antecipado de combustível destinado ao transporte de estudantes.

Observa-se, todavia, que a tipificação da conduta de peculato no crime previsto no art. 1, I, do Decreto-lei n. 201/67, só ocorreu após a inclusão do Prefeito Municipal de Cassilândia nesta ação penal.

Prevalecendo o entendimento externado nas linhas anteriores – de absolvição de José Donizete Ferreira Freitas, ex-Prefeito Municipal –, não faria sentido que a condenação dos demais acusados permanecesse baseada em referido dispositivo legal.

Ressalta-se que a alteração da tipificação penal não acarreta nenhuma mudança em relação às penas dos recorrentes, eis que os crimes em questão possuem natureza jurídica e penas idênticas, apenas tendo uma relação de norma geral e norma especial.

Assim, a condenação dos réus Waldimiro José Cotrim Moreira, Jorge Yoshishilo Kobayashi e Ronilda Ribeiro Machado deve ser fundamentada no art. 312, do Código Penal.

4 – DISPOSITIVO:

Diante do exposto, contrariando o parecer, dou provimento parcial aos recursos, para reconhecer a nulidade parcial da sentença, no tocante ao ressarcimento da vítima, por ofensa aos princípios da inércia da jurisdição e da ampla defesa, para reduzir a pena de Waldimiro José Cotrim Moreira, para 5 (cinco) anos de

reclusão e 80 (oitenta) dias-multa, para absolver Ivete Vargas Rocha de Souza e José Donizete Ferreira Freitas, do crime previsto no art. 1, I, do Decreto-lei n. 201/67, com fulcro art. 386, VII, do CPP, para estender os efeitos da redução de pena para Jorge Yoshishilo Kobayashi, para 5 (cinco) anos de reclusão e 80 (oitenta) dias-multa, e para aplicar o art. 383 (*emendatio libelli*), do CPP, alterando a tipificação da condenação para o art. 312, do Código Penal.

Comunique-se o juízo da execução penal as alterações sofridas na decisão condenatória, principalmente, para análise do cabimento de concurso de crimes entre esta condenação e aquela proferida na Ação Penal de n. 2007.029858-9.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

PRELIMINARES AFASTADAS, POR UNANIMIDADE. VENCIDO O VOGAL, APENAS QUANTO AO JULGAMENTO DA PRELIMINAR *ULTRA PETITA*, A QUAL FOI ACOLHIDA, POR MAIORIA. PROVIDOS OS RECURSOS DE JOSÉ DONIZETE E DE IVETE. UNÂNIME. NEGADO PROVIMENTO AOS RECURSOS DE WALDIMIRO, JORGE E RONILDA. UNÂNIME.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Claudionor Miguel Abss Duarte, Romero Osme Dias Lopes e Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 26 de julho de 2010.

***

Agravo Regimental em *Habeas Corpus* n. 2010.025502-2/0001-00
Campo Grande - Segunda Turma Criminal
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS* – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGA SEGUIMENTO AO *WRIT* – INOCORRÊNCIA DE DETERMINAÇÃO DA AUTORIDADE COATORA – AUSÊNCIA DE ELEMENTOS FÁTICOS A DAR SUPORTE À PRETENSÃO – POSTULAR EM CAUSA PRÓPRIA – ART. 36, CPC – NÃO PREENCHIMENTO DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO – EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA – INDIVIDUALIZAÇÃO DA AÇÃO – TRÂMITE PROCESSUAL – IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE EM SEDE DE *HABEAS CORPUS* – RECURSO IMPROVIDO.

Não se mostra admissível a impetração de ordem de *habeas corpus* contra ato coator que poderia advir de quase a totalidade de magistrados de 1.ª instância, em ação indeterminada, presente ou futura, sem qualquer elemento fático que indique a verossimilhança da alegação.

A despeito do entendimento particular da parte – de que não há profissionais independentes e preparados – para representá-lo judicialmente, a hipótese de "*falta de advogados no lugar*" não se encontra preenchida, inviabilizando a pretensão do paciente em postular em causa própria.

Não é possível, em sede de *habeas corpus*, determinar que todos os juízes de 1.ª instância, realizem o interrogatório do paciente – em ações presentes e futuras – por meio de Carta Precatória. A melhor solução para o trâmite processual deve ser individualizada a cada processo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, improver o recurso.

Campo Grande, 13 de setembro de 2010.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Fabrício dos Santos Gravata interpõe recurso de Agravo Regimental, inconformado com a decisão monocrática (f. 558-560v.) que negou seguimento ao *habeas corpus* impetrado em favor de Luiz Eduardo Auricchio Bottura.

O agravante, em suas Razões Recursais (f. 562-565), em apertada síntese, sustenta que "*o paciente já foi preso ilegalmente num embuste judicial*" (*sic* – f. 563), "*é fato notório que o paciente está sem advogado na ação penal n. 017.09.000714-6 e que responde outros quatro processos penais em Campo Grande, por supostas ofensas à honra Desembargadores*

desta Corte, ao ter enviado ao CNJ cópia de um contrato de honorários muito mais do que suspeito" (*sic* – f. 563) e, por fim, "*por mais que os pedidos do Paciente beiram o absurdo, eles deixam de tomar tal feição, diante das cabais provas de que o Paciente já foi vítima de outras emboscadas, que todos (sem exceção de qualquer um) advogados que o representaram foram processados disciplinarmente ou criminalmente (por Desembargadores desta Casa) e que não há sentido algum na determinação de que o Paciente deva ir até o Estado de Mato Grosso do Sul para ser interrogado em ações*" (*sic* – f. 565).

Requer a reconsideração da decisão impugnada.

A decisão monocrática negou seguimento ao recurso, nos seguintes termos:

> Inicialmente, deve-se consignar que a matéria debatida já possui posicionamento firme da jurisprudência nacional, razão pela qual o ordenamento jurídico permite o julgamento monocrático do caso, com fundamento nos artigos 3, do CPP, e 557, caput e § 1º-A, do CPC.
>
> Os Tribunais Superiores, em especial o STJ, têm admitido a utilização de normas do processo civil (por analogia) para apreciar, monocraticamente, recursos e ações originárias, adequando os poderes do relator (art. 557, CPC) à nova realidade do processo (efetividade, instrumentalidade e celeridade processuais).
>
> Essa providência tem sido utilizada, inclusive, em inúmeros casos, pelo Superior Tribunal de Justiça, como se observa pelas ementas a seguir transcritas:
>
> *HABEAS CORPUS*. EXTORSÃO MEDIANTE SEQÜESTRO. COMUTAÇÃO DE PENA. INCABIMENTO. JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA. DECISÃO MONOCRÁTICA DE RELATOR DE AGRAVO EM EXECUÇÃO. CONSTRANGIMENTO INEXISTENTE.
>
> 1. A jurisprudência dos Tribunais Superiores, à luz do artigo 3 do Código de Processo Penal, é pacífica na afirmação da aplicabilidade do artigo 557 do Código de Processo Civil ao processo penal, inexistindo óbice qualquer ao provimento de recurso criminal, pelo Relator, quando o acórdão impugnado está em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante.
>
> 2. Ordem denegada. (STJ, *HC* n. 23944/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 7.4.2005, DJ de 1.8.2005).
>
> *HABEAS CORPUS*. ROUBO QUALIFICADO COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. DECRETO N. 3.226/99. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO EM EXECUÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 557 DO CPC.
>
> Sendo a comutação de pena uma espécie de indulto, não há cogitar da aplicação daquele benefício aos condenados por roubo com emprego de arma de fogo, a teor do art. 7, inciso IV, do Decreto Presidencial n. 3.226/99. Precedentes. À vista de tal entendimento, pacífico nesta Corte, não se afigura como ilegal a aplicação do art. 557, do CPC, acarretando o indeferimento monocrático do agravo em execução interposto. "Tratando-se de recurso intempestivo, incabível, deserto ou contrário a jurisprudência dominante, inexiste ofensa ao artigo 557 do Código de Processo Civil quando o relator não submete a irresignação recursal à apreciação do órgão colegiado, indeferindo monocraticamente o processamento do recurso (REsp n. 347147/RN, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 11.3.2002).
>
> Ordem denegada. (STJ, *HC* n. 21265/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, julgado em 18.6.2002, DJ de 5.8.2002).
>
> PROCESSUAL PENAL. *HABEAS-CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. CRIME HEDIONDO. COMUTAÇÃO DA PENA. INDULTO. IMPOSSIBILIDADE.

QUESTÃO PACÍFICA NA JURISPRUDÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 557 DO CPC. ANALOGIA.

- Em sendo a comutação da pena espécie de indulto parcial, o ordenamento jurídico veda a sua concessão aos condenados por crime hediondo, nos termos do art. 7, I, do Decreto n. 3.226/99.

- Não há óbice à utilização, no âmbito do Processo Penal, por analogia (art. 3, do CPP), da regra contida no art. 557, *caput*, do CPC, que autoriza ao relator negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior - *Habeas-corpus* denegado. (STJ, *HC* n. 22637/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Vicente Leal, julgado em 19.9.2002, DJ de 14.10.2002).

O Supremo Tribunal Federal possui posicionamento firme de que a utilização de decisões monocráticas no âmbito criminal dos Tribunais é perfeitamente compatível com o Sistema Constitucional e Infraconstitucional brasileiros:

Agravo regimental em agravo de instrumento criminal. 2. Art. 557 do CPC. Julgamento monocrático do Relator. Legitimidade. Precedentes. 3. Foro por prerrogativa de função. Não extensão. Exercício funcional cessado. Súmula n. 451/STF. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, AgRg no Ag n. 460.264/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 24.10.2006, DJ de 24.11.2006).

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LEI PROCESSUAL CIVIL. APLICAÇÃO AO PROCESSO PENAL (ART. 3 do CPP). PROVIMENTO DO REXTRA POR DECISÃO MONOCRÁTICA. POSSIBILIDADE. PROGRESSÃO DE REGIME. LEI DE TORTURA (Lei n. 9.455/97). CRIMES HEDIONDOS (Lei n. 8.072/90). INAPLICABILIDADE.

1) A Lei n. 9.756/98 ao alterar o CPC, art. 557, previu a possibilidade de o Relator dar provimento a recurso, se a decisão estiver em manifesto desacordo com a jurisprudência do Tribunal.

O Código de Processo Penal é omisso a respeito do tema. Igualmente a Lei n. 8.038/90.

A lei processual civil é aplicável ao processo penal por interpretação extensiva e aplicação analógica (CPP, art. 3).

É possível ao Relator dar provimento a RE, em matéria criminal, por despacho. Precedentes.

2) A decisão agravada que deu provimento ao recurso extraordinário enfrentou as teses da recorrida - ora agravante -, para não admiti-las, tendo em vista a orientação firmada no Tribunal.

A progressão de regime prevista para o crime de tortura (Lei n. 9.455/97) não se aplica aos crimes hediondos. Precedentes.

3) Decisão mantida. (STF, AgRg no RE n. 256.157/GO, Segunda Turma, Rel. Min. Nelson Jobim, julgado em 31.10.2000, DJ de 3.5.2002).

Aliás, imperioso transcrever trecho da fundamentação do primeiro julgado citado do Pretório Excelso (AgRg no Ag n. 460.264/DF):

Quanto à possibilidade do relator decidir monocraticamente o recurso, o Tribunal, há muito, já apreciou, por seu Plenário, a constitucionalidade do art. 557, § 1º-A do CPC, articulado ou não com o § 1º do art. 21 do RISTF, e concluiu no sentido de sua plena compatibilidade com a Carta Magna sempre que haja, como ocorre no caso, possibilidade de recurso contra a decisão monocrática dirigido ao órgão colegiado competente (nesse sentido, AgRMI n. 595, AgRMI n. 375 e AgRMI n. 590, todos relatados pelo Min. Carlos Velloso, DJ de 23.4.1999, 15.5.1992 e 9.5.2003, respectivamente).

Assim, como será demonstrado nas linhas abaixo, o julgamento desta ordem de *habeas corpus* dispensa a análise do órgão colegiado, sendo passível de julgamento monocrático.

Inicialmente, é imperioso mencionar o fundamento constitucional da ação de *habeas corpus*:

Art. 5.º [...] LXVIII - conceder-se-á "*habeas-corpus*" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

Observa-se, portanto, que referido remédio constitucional está sempre destinado a garantir a liberdade de locomoção do cidadão, seja por ilegalidade ou por abuso de poder. Neste ponto, todas as pretensões deduzidas pelo impetrante não podem ser conhecidas, pela via do habeas corpus.

Há tempos, o paciente relata sofrer perseguição política no Estado de Mato Grosso do Sul, ingressando com toda sorte de ações, recursos, exceções, contra diversos magistrados de 1ª e 2ª instâncias. Entretanto, não se nota nenhum movimento engendrado por parte do Poder Judiciário Estadual para prejudicar o paciente; ao contrário, seu acesso ao Poder Judiciário continua garantido.

Ocorre, todavia, que os pedidos efetuados neste *writ* não dizem respeito a nenhuma ilegalidade ou abuso de poder. De fato, o impetrante não aponta nenhum fato concreto que justifique a presente impetração.

Ainda que o *habeas corpus* preventivo seja instrumento hábil para garantir a liberdade diante de uma ameaça à liberdade de locomoção, é induvidoso que devem existir elementos suficientes a se vislumbrar a existência de alguma ameaça, o que não ocorre no caso *sub judice*.

Em outras palavras, o impetrante pretende a expedição de um Salvo Conduto contra eventual ato coator, que seria determinado por qualquer juiz de 1º grau deste Estado, em qualquer ação (presente ou futura), sem nenhum elemento fático que indique a necessidade desta garantia.

Não fosse suficiente a desnecessidade da medida, o pedido em questão é juridicamente impossível, eis que a única figura individualizada neste caso é o paciente. Todas as demais são absolutamente genéricas, impossibilitando a prestação da tutela jurisdicional nos moldes em que pretendida.

No mesmo compasso, estão o pedido de encaminhamento à Polícia Federal ou ao Presídio Federal de Segurança Máxima de Campo Grande e o pedido de ser ouvido por Carta Precatória na cidade de São Paulo.

Primeiro, porque, além de não haver nenhum elemento fático que faça crer a iminência de prisão do paciente, não há como se conceber, previamente, para qual carceragem a pessoa seria encaminhada. A tutela jurisdicional, neste caso, ultrapassaria os limites da razoabilidade, por completo, ao admitir a fixação prévia de carceragem, antes mesmo de qualquer decreto prisional.

Segundo, porque a determinação de expedição, ou não, de Carta Precatória é tarefa absolutamente estranha ao âmbito do *writ*, que cuida de ilegalidade e abuso de poder, conforme já esclarecido. Este procedimento deve ser determinado em cada processo, conforme a conveniência processual; caso a solução *in concreto* não atenda os interesses do paciente, é seu direito recorrer. Contudo, a determinação prévia de expedição de carta precatórias é absolutamente inadmissível.

Por fim, a pretensão do paciente de postular em causa própria é absolutamente desarrazoada, eis que não se observa, até o momento, carência de advogados por parte do paciente. Aliás, até mesmo neste *habeas corpus* – ação em que é dispensada a presença de advogado – o paciente vem a juízo devidamente representado.

Nota-se que a pretensão do impetrante está calcada, basicamente, no art. 36, do CPC, *in verbis*:

Art. 36. A parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver.

O dispositivo em comento traz a regra de que a postulação em juízo deve ocorrer por meio daquele que possua capacidade postulatória. Há, ainda, exceções bastante específicas, que autorizam a postulação, independentemente de capacidade postulatória.

O paciente pretende se enquadrar na hipótese de "falta de advogado no lugar", entretanto, a situação concreta nem se aproxima de tal cenário. O paciente se orgulha de ser pessoa cosmopolita, atualmente reside na cidade de São Paulo, possui ações tramitando inúmeros Tribunais e comarcas do território nacional, já tendo, inclusive, ingressado com ações em Cortes Internacionais.

Nesta senda, aplicar a exceção pretendida ao paciente, permitindo que ele postule em causa própria, se mostraria diametralmente oposto ao que pretende a lei e a Constituição.

O Pretório Excelso já se posicionou sobre o tema:

'MANDADO DE SEGURANÇA. REPRESENTAÇÃO EM JUÍZO. A PARTE SERÁ REPRESENTADA EM JUÍZO POR ADVOGADO LEGALMENTE HABILITADO. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ART. 36. SER-LHE-Á LÍCITO, ENTRETANTO, POSTULAR EM CAUSA PRÓPRIA, QUANDO TIVER HABILITAÇÃO LEGAL OU, NÃO A TENDO, NO CASO DE FALTA DE ADVOGADO NO LUGAR OU RECUSA OU IMPEDIMENTO DOS QUE HOUVER. NÃO É INVOCÁVEL O ART. 5, XXXIV, LETRA "A", DA CONSTITUIÇÃO, QUANTO AO DIREITO DE PETIÇÃO, QUANDO SE CUIDA DE POSTULAÇÃO, DE NATUREZA JURISDICIONAL. LEI N. 4215/1963, ART. 70. SEM DETER A CONDIÇÃO DE ADVOGADO, REGULARMENTE INSCRITO NA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, NÃO É POSSÍVEL REQUERER MANDADO DE SEGURANÇA, EM NOME PRÓPRIO OU DE TERCEIROS. MANDADO DE SEGURANÇA A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. (STF, MS n. 21651 no AgRg, Tribunal Pleno, Rel. Min. Néri da Silveira, julgado em 5.5.1994, DJ de 19.8.1994).

Desta forma, vê-se que os pedidos do impetrante são, ora inadmissíveis, ora manifestamente improcedentes, dispensando a análise da matéria pelo órgão colegiado.

Diante do exposto, com fundamento no art. 3, do CPP, c/c art. 557, *caput*, do CPC, **nego seguimento ao recurso**.

Mantenho a decisão impugnada pelos próprios fundamentos.

VOTO

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

Trata-se de recurso de agravo regimental interposto por Fabrício dos Santos Gravata, inconformado com a decisão monocrática (f. 558-560v.) que negou seguimento ao *habeas corpus* impetrado em favor de Luiz Eduardo Auricchio Bottura.

O agravante, em suas Razões Recursais (f. 562-565), em apertada síntese, sustenta que "*o paciente já foi preso ilegalmente num embuste judicial*" (*sic* – f. 563), "*é fato notório que o paciente está sem advogado na ação penal n. 017.09.000714-6 e que responde outros quatro processos penais em Campo Grande, por supostas ofensas à honra Desembargadores desta Corte, ao ter enviado ao CNJ cópia de um contrato de honorários muito mais do que suspeito*" (*sic* – f. 563) e, por fim, "*por mais que os pedidos do Paciente beiram o absurdo, eles deixam de tomar tal feição, diante das cabais provas de que o Paciente já foi vítima de outras emboscadas, que todos (sem exceção de qualquer um) advogados que o representaram foram processados disciplinarmente ou criminalmente (por Desembargadores desta Casa) e que não há sentido algum na determinação de que o Paciente deva ir até o Estado de Mato Grosso do Sul para ser interrogado em ações*" (*sic* – f. 565).

Conforme explicitado no relatório constante dos autos, não há razão para reforma da decisão monocrática. Observa-se que a impetração do *writ*, contra quase a totalidade dos juízes de 1ª instância do estado de Mato Grosso do Sul, é absolutamente genérica. Nesse sentido, convém destacar trecho da própria decisão questionada:

> Em outras palavras, o impetrante pretende a expedição de um Salvo Conduto contra eventual ato coator, que seria determinado por qualquer juiz de 1º grau deste Estado, em qualquer ação (presente ou futura), sem nenhum elemento fático que indique a necessidade desta garantia.
>
> Não fosse suficiente a desnecessidade da medida, o pedido em questão é juridicamente impossível, eis que a única figura individualizada neste caso é o paciente. Todas as demais são absolutamente genéricas, impossibilitando a prestação da tutela jurisdicional nos moldes em que pretendida.

Quanto ao pedido de que o paciente seja autorizado a postular em causa própria, de igual forma, não há fundamento suficiente para qualquer reforma.

Como se observa da decisão monocrática impugnada, o dispositivo legal (art. 36, do CPC) é utilizado para a "falta de advogados no lugar". Dessa forma, o fato de o paciente não encontrar profissionais que, no seu entendimento subjetivo, não são suficientemente preparados e independentes, não pode ser considerado fundamento idôneo para a pretensão.

O mesmo ocorre quanto ao pedido de determinação de expedição de Carta Precatória para ser interrogado na cidade de São Paulo, em todas as ações de que é parte. Novamente, é salutar transcrever o trecho da decisão vergastada que trata da questão:

> Segundo, porque a determinação de expedição, ou não, de Carta Precatória é tarefa absolutamente estranha ao âmbito do *writ*, que cuida de ilegalidade e abuso de poder, conforme já esclarecido. Este procedimento deve ser determinado em cada processo, conforme a conveniência processual; caso a solução *in concreto* não atenda os interesses do paciente, é seu direito recorrer. Contudo, a determinação prévia de expedição de carta precatórias é absolutamente inadmissível.

Não se nota, portanto, nenhum motivo para a reforma da decisão monocrática.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, mantendo a decisão monocrática anteriormente proferida, em todos os seus termos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, IMPROVERAM O RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Claudionor Miguel Abss Duarte, Romero Osme Dias Lopes e Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 13 de setembro de 2010.

***

Apelação Criminal n. 2009.031253-1 - Miranda
Primeira Turma Criminal
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – SENTENÇA CONDENATÓRIA – ABANDONO DE INCAPAZ – CASAL DE INDÍGENAS – IMPUTAÇÃO OBJETIVA – APELO PROVIDO.

Dada a singularidade do caso, não há como considerar que o risco criado pelos apelantes produto de lesão do dever de cuidado ou realização de um risco permitido. Poder familiar já afastado. Direito penal como *ultima ratio*.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 1 de julho de 2010.

Des. Dorival Moreira dos Santos – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Trata-se de apelação interposta por Sebastião Medina e Maria Aparecida Rodrigues, condenados à pena de três anos de detenção cada pela prática do crime de abandono de incapazes em concurso formal, referente aos quatro filhos menores do casal.

Preliminarmente suscitam ocorrência de nulidade ante a não aplicação do Estatuto do Índio ao caso em comento. Pugnam pela absolvição por não ter sido demonstrada uma conduta dolosa que tenha gerado perigo real às vítimas. Se não acolhido o pedido, requerem, então, a desclassificação para o fato típico descrito no art. 136 do CP. (f. 247-253)

O órgão ministerial sustenta que não caberia a aplicação do Estatuto do Índio porque os apelantes seriam silvícolas integrados aos costumes dos não-índios, pugnando pelo não provimento do apelo. (f. 260-270)

O parecer da Procuradoria de Justiça é pelo provimento do recurso e, consequentemente, absolvição dos apelantes. (f. 276-287)

Sentença às f. 194- 202.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Relator)

Sebastião Medina e Maria Aparecida Rodrigues, condenados à pena de três anos de detenção nos termos do art. 133, § 3º, II do CP, apelam da sentença pugnando pela absolvição ou desclassificação para o fato típico descrito no art. 136 do CP. Trata-se de indígenas, moradores em distrito de Miranda, denunciados por terem deixado sozinhos quatro filhos menores, tendo ido ao citado município e retornado no dia seguinte. Constou dos autos que eram alcoólicos e por vezes encontravam-se embriagados.

O apelo deve ser provido, nos termos do elogiável parecer do procurador de Justiça Francisco Neves Júnior.

Efetivamente, não há que se considerar insignificante a conduta dos apelantes, porém deve ser feita uma análise conjuntural da situação exposta, como bem apontou o procurador.

Trata-se de uma família vivendo em condição miserável tal quias tantas outras de indígenas em Mato Grosso do Sul, agravada pelo alcoolismo, como sabido uma chaga especialmente lesiva entre os índios. Uma degradação resultante do preconceito, omissão da sociedade e do poder público.

Oportuno trazer uma análise da sociologia para os problemas sociais:

> [...] a posição diferenciada dos atores na estrutura social torna determinados grupos e indivíduos mais expostos ou vulneráveis que outros às contingências da conduta normal ou desviante. Finalmente, que essa posição diferenciada obriga os atores (grupo ou indivíduos) a considerar situações semelhantes de forma diferenciada e encarar mesmos problemas de formas diversas, como questões que precisam ou não merecem ser resolvidas.[1]

O cenário do fato em comento requer uma avaliação teleológica, despontando como adequada a teoria da imputação objetiva. Não há como promover uma pura e simples avaliação positivista dos fatos.

O juiz que atua neste Tribunal, Ruy Celso Barbosa Florence[2], em seu livro Teoria da Imputação Objetiva, explica que o funcionalismo moderado, defendido por Claus Roxin, *"recorre, muitas vezes, a constatações fáticas, extraindo daí os elementos para fundamentar e limitar a aplicação da lei penal."*

Trata-se de uma construção indutiva e dedutiva, *"método muito mais próximo à vida, equitativo e flexível".*[3]

O autor alemão apontou os seguintes critérios para fixação do juízo de imputação objetiva:

> a) diminuição do risco; b) criação, ou não, de um risco juridicamente relevante; c) o incremento ou falta de aumento do risco permitido; d) âmbito de proteção da norma; e) criação do perigo e os cursos causais hipotéticos; f) incremento do risco e as condutas alternativas conforme o direito.[4]

A imputação objetiva, como uma terceira via ao causalismo e finalismo, é uma teoria limitadora da responsabilidade penal. Como Nucci[5] destaca, prevê-se que deve ser imputada ao agente *"a prática de um resultado delituoso apenas quando o seu comportamento tiver criado, realmente, um risco não tolerado, nem permitido, ao bem jurídico".*

Assim, não basta somente haver o nexo causal, deve haver ainda relevância causal entre a ação do sujeito e o resultado, uma causalidade material somada à causalidade normativa. Ideal para o caso em comento, onde deve-se conferir se a ação dos apelantes buscou o resultado supostamente alcançado, qual seja, deixar os filhos expostos a perigos mediante o abandono.

1 NETTO, Pedro Scuro. **Manual de Sociologia Geral e Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 92

2 FLORENCE, Ruy Celso Barbosa. **Teoria da Imputação Objetiva**. São Paulo: Pillares, 2010. p. 139.

3 Ibid, p. 139.

4 Ibid, p. 119.

5 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. São Paulo: RT, 2008, p. 197.

Ainda sobre o tema, comenta Nucci que para que alguém seja penalmente responsabilizado por conduta que desenvolveu, exige-se *"a criação ou incremento de um perigo juridicamente intolerável e não permitido ao bem jurídico protegido, bem como a concretização desse perigo em resultado típico."*[6]

Em relação à conduta atribuída aos apelantes, trago a doutrina de Damásio de Jesus[7]:

> Crimes omissivos impróprios (ou comissivos por omissão) são aqueles em que o sujeito, mediante uma omissão, permite a produção de um resultado posterior, que os condiciona. Nesses delitos, em regra, a simples omissão não constitui crime. [...]
>
> A causalidade (imputação) não é formulada em face de uma relação objetiva, material, entre a omissão e o resultado, mas entre este e a conduta que o sujeito estava juridicamente obrigado a realizar e omitiu. Ele responde pelo resultado (jurídico) não porque o causou com a omissão, mas porque não o impediu realizando o comportamento a que estava obrigado. A omissão é equivalente à ação.
>
> Pode-se afirmar que o art. 13, § 2º, do CP, regulamentando a relação de causalidade normativa nos delitos comissivos por omissão (ou omissivos impróprios) e, assim, acatando a omissão normativa, já adota, sem que o desejasse o legislador, a teoria da imputação objetiva.

No fato em questão, como citado pelo procurador, dada a singularidade, não há como considerar que o risco criado pelos apelantes produto de lesão do dever de cuidado ou realização de um risco permitido.

Assim que incabível a imputação do fato delituoso atribuído na denúncia.

Sobre a limitação do poder de punir, explica Fernando Antônio Nogueira Galvão da Rocha[8].

> [...] o castigo penal põe em perigo a existência social do apenado, e que com a sua marginalização a própria sociedade sofre um dano. O direito penal há de ser o último instrumento da política social, de caráter subsidiário, no sentido de que primeiro devam ser utilizados os demais instrumentos de regulamentação dos conflitos sociais, e somente ao fracassarem estes é que se lançaria mão da pena.

Por ser oportuno, ainda, trago à colação entendimento ligado ao princípio da secularização, ou tolerância, do garantismo penal, que defende a culpabilidade do fato, na qual *"o Estado não poderá condenar alguém pelo que é ou pelo modo como vive."* Sob o olhar da criminologia, pode-se afirmar que os estigmatizados são os mais atingidos pela força da lei e da Justiça. É o que vemos na situação sob análise.

Finalizando, bem lembrado pelo procurador de Justiça, o caso já teve a resposta mais adequada, que foi a destituição do poder familiar dos apelantes, como noticiado por ocasião do oferecimento da denúncia. Assim, resta que, como *ultima ratio,* o Direito Penal deve ser utilizado somente quando não houver outras respostas no ordenamento jurídico, o que não se apresenta na situação em comento.

Neste sentido, trago jurisprudência da Justiça gaúcha:

> EMENTA: APELAÇÃO. ABANDONO MATERIAL. TIPIFICAÇÃO. PROVA. O direito penal tem aplicação subsidiária. Se, em outras instâncias de controle social, são encontráveis providências para resolução do fato, a intervenção repressiva do Estado é abusiva. Prova insuficiente para caracterizar os fatos descritos na denúncia. Apelo provido. (TJRS, ACr n. 70003663226, Oitava Câmara Criminal, Rel. Des. Tupinambá Pinto de Azevedo, julgado em 18.2.2004).

6 Ibidem. p. 198.

7 JESUS, Damásio E. de. **Imputação objetiva.** São Paulo: Saraiva, 2008. p. 132.

8 ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão da. **Imputação Objetiva**. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2000. p. 20.

Do exposto, com o parecer, dou provimento ao apelo, para o fim de absolver Sebastião Medina e Maria Aparecida Rodrigues.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Dorival Moreira dos Santos, João Carlos Brandes Garcia e João Batista da Costa Marques.

Campo Grande, 1 de julho de 2010.

***

Apelação Criminal n. 2009.032037-0 - Bataguaçu
Primeira Turma Criminal
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO – ART. 14 DA LEI N. 10.826/03 – PRETENSA ABSOLVIÇÃO – ATIPICIDADE DA CONDUTA POR AUSÊNCIA DE LESIVIDADE EM FUNÇÃO DA INEXISTÊNCIA DE ARMA ACOMPANHADA – IRRELEVÂNCIA – CRIME DE PERIGO ABSTRATO – RECURSO DESPROVIDO.

O porte ilegal de munição, tipificado no art. 14 da Lei n. 10.826/03, expõe crime de mera conduta e de perigo abstrato que não exige a ocorrência de nenhum resultado naturalístico para sua configuração, mas apenas potencial risco de detonação do artefato, de modo que a só constatação já expõe lesão à objetividade jurídica tutelada pela norma que é a incolumidade pública.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 1 de julho de 2010.

Des. Dorival Moreira dos Santos – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Vitor Hugo Malutta Melo, inconformado com a sentença que o condenou à pena de 2 (dois) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, e 10 (dez) dias-multa, pelo cometimento do delito previsto no art. 14 da Lei n. 10.826/03. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas penas restritivas de direitos, consistentes na prestação pecuniária fixada em 40 (quarenta) salários mínimos, em favor, em igualdade de partes, da Associação Bataguassuense de Prevenção, Tratamento e Recuperação de Dependentes Químicos Amor e Vida e do Centro Educacional Juventude do Amanhã; e na prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, cujos critérios serão definidos pelo Juízo da Execução Penal.

Em suas razões, pleitea a absolvição, sob o argumento de que o fato não constitui infração penal (f. 177-181).

Em contrarrazões o Ministério Público manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso (f. 185-193).

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou no mesmo sentido (f. 198-204).

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Relator)

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Vitor Hugo Malutta Melo, inconformado com a sentença que o condenou à pena de 2 (dois) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, e 10 (dez) dias-multa, pelo cometimento do delito previsto no art. 14 da Lei n. 10.826/03.

A meu sentir, diante da prova colhida, a condenação do apelante, tal como procedido na sentença, revelou-se acertada.

Tendo restado devidamente demonstradas a autoria, uma vez que o apelante confessou em ambas as fases processuais (f. 10 e 36-37), e a materialidade do delito (f. 16-18), tenho que se impõe a condenação da apelante.

Quanto ao pedido de absolvição em face da ausência de lesividade, já que a munição apreendida estava desprovida da respectiva arma, tem-se que, para a configuração do crime descrito pelo tipo do art. 14 da Lei Federal n. 10.826/03, basta tão-somente, o porte de munição sem a devida autorização ou porte, pois tal conduta já se subsume ao delito da lei em comento.

É que o laudo pericial de f. 17, ao constatar a eficiência da munição encontrada em poder do réu, expõe por completo a tipicidade da ação e o tipo penal define crime de mera conduta, tornado irrelevante para sua configuração a virtual potencialidade lesiva decorrente da utilização futura da munição.

Aliás, o próprio tipo penal não faz qualquer alusão ao fato de estar a munição acompanhada da arma, ao declinar ações sucessivamente, proibindo não apenas o porte de arma de fogo de uso permitido, mas de sua munição.

Por outro lado, o art. 9º, VI, do Decreto Federal n. 3.665/00, recepcionado parcialmente pela Lei Federal n. 10.826/03, não deixa dúvida da necessidade de licença especial ou de obtenção de porte de tráfego, como condição a sustentar a legalidade do transporte de munição, malgrado tenha havido o silêncio do Decreto Federal n. 5.123/04.

De certo que não desconheço o precedente firmado na 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no qual o Ministro Sepúlveda Pertence, juntamente com o Ministro Cézar Peluso, à luz do tema, teriam contrariado o posicionamento da Ministra Ellen Gracie, no sentido da irrelevância da condição da arma e do fato de estar desmuniciada na hipótese do porte (STF, *HC* n. 81.057-SP, DJU de 29.4.2005, p. 30), o que, por via transversa, suporta idêntica conclusão no sentido de que o porte da munição desacompanhada da arma não suscitaria lesão à objetividade jurídica tutelada.

No entanto, não posso deixar de observar que as ponderações sobre o porte de arma não eficiente ou desacompanhada de munição, que pode ser estendido ao porte de munição desacompanhada da arma, não se justificariam à luz dos argumentos sustentados no voto majoritário produzido pelo Supremo Tribunal Federal, em que pese a ousadia da assertiva, porque aquelas considerações não seriam condizentes com a realidade das coisas.

Muito embora a maioria da doutrina venha se posicionando contrária à integração típica no fato de portar arma que não apresente eficiência e até mesmo de arma desmuniciada quando os projéteis não estejam às mãos do agente, o que sustentaria o mesmo argumento de que a munição desacompanhada não suscitaria lesão à objetividade jurídica tutelada, o que vejo na prática é que a suposta ausência de potencialidade lesiva declinada pela maioria da doutrina não se sustenta, muito menos sustentaria a inexistência de danosidade real porque o porte do próprio objeto já produz a lesão esperada pelo legislador na paz e tranquilidade pública, mormente porque a munição traz em si um enorme potencial danoso pela possibilidade de detonação, tratando-se de artefato explosivo a justificar lesão à objetividade jurídica tutelada pela norma de contenção pelo só fato de estar sendo portada em plena via pública.

Daí por que, conquanto a tese contrária pudesse ser aplicada no caso dos autos em relação ao precedente citado, sigo a orientação do voto minoritário produzido pela Ministra Ellen Gracie a respeito do tema, no sentido de que irrelevante para a caracterização do delito a condição de eficiência da arma, ou a disposição imediata de munição como forma configuradora do crime, o que, por via reflexa, torna irrelevante a existência ou não da arma para fins de caracterização do crime de porte ilegal de munição, e considero apenas como indispensável que o artefato seja submetido a perícia de eficiência, como elemento indispensável à caracterização da condição de munição, cuja definição está estampada no art. 3º, LXIV, do Decreto Federal n. 3.665/00.

Por isso mesmo tenho que o simples porte de arma ou munição eficiente em via pública já seria bastante à caracterização do tipo penal incriminador, derivando da própria condição do artefato e da imposição proibitiva da norma o perigo à coletividade, expondo crime de perigo abstrato e de mera conduta, cuja caracterização não exige, portanto, a ocorrência de real resultado naturalístico nocivo para sua concretização.

E a posição minoritária do ilustrado voto produzido no Supremo Tribunal Federal, encontra trânquila manifestação do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, *verbis*:

> *HABEAS CORPUS* - PENAL - PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO - ART. 14 DA LEI N. 10.826/03 (ESTATUTO DO DESARMAMENTO) - TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - ATIPICIDADE - INEXISTÊNCIA - PERIGO ABSTRATO CONFIGURADO - DISPOSITIVO LEGAL VIGENTE.
>
> 1. Malgrado os relevantes fundamentos jurídicos esposados na impetração, diante da tese adotada por este tribunal em caso análogo - concernente ao porte ilegal de arma de fogo desmuniciada, cuja potencialidade lesiva é, em princípio, equivalente, uma vez que em nenhuma das hipóteses se vislumbra perigo concreto, mas apenas abstrato ao objeto jurídico protegido pela norma -, não há como considerar atípico o porte de munição.
>
> 2. Não obstante o entendimento da corte suprema, a Lei n. 10.826, de 23 de dezembro de 2003 - Estatuto do Desarmamento - dispôs inteiramente sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, definindo claramente a conduta praticada em tese pelo paciente.
>
> 3. Desse modo, estando em plena vigência o dispositivo legal ora impugnado, não tendo sido declarada sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, não há espaço para o pretendido trancamento da ação penal.
>
> 4. Ordem denegada. (STJ, *HC* n. 63354/SC, Quinta Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, DJ de 18.12.2006, p. 443).

Ante o exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Dorival Moreira dos Santos, João Carlos Brandes Garcia e João Batista da Costa Marques.

Campo Grande, 1º de julho de 2010.

***

Apelação Criminal n. 2010.018263-3 - Paranaíba
Primeira Turma Criminal
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – VISITA A PRESO POR CONVIVENTE – VEDAÇÃO POR JUIZ – VISITANTE TEM ANTECEDENTES – FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – DIREITO DO PRESO A TER CONTATO COM FAMILIARES E AMIGOS – APELO PROVIDO.

A existência de uma condenação anterior, já cumprida, não é motivação suficiente para impedir que a apelante visite seu convivente, que é preso provisório e do qual está gestante. Receber visita dos familiares é direito do preso assegurado na Lei de Execução Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e contra o parecer, dar provimento ao recurso.

Campo Grande, 29 de julho de 2010.

Des. Dorival Moreira dos Santos – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Trata-se de apelação interposta por Alessandra Ferreira de Freitas contra a decisão do juiz da Vara Criminal de Paranaíba, em pedido de providências, que lhe negou direito de visitar o convivente, Rafael Silva de Jesus, que está preso provisoriamente no estabelecimento penal da comarca e de quem está gestante.

Informa que teve o pedido de visita denegado pelo juiz *a quo* sob o argumento de que não preenche requisito para visitação conforme estabelecido em portaria local, qual seja, a existência de antecedentes contra a apelante. Porém, ainda assim, alega ter faltado fundamentação, uma vez que não haveria tal vedação na referida portaria e, ainda, na Lei de Execução Penal.

Sustenta que a simples menção da existência de antecedente não configura fundamentação idônea para a decisão.

A antecipação da tutela foi concedida.

A PGJ manifestou-se, pugnando pelo não provimento do apelo. (f. 56-61).

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Relator)

A apelante relata que é convivente do preso provisório Rafael Silva de Jesus, do qual está esperando um filho. Informa que seu ingresso na unidade penal em que ele encontra-se custodiado foi vedada pelo juiz *a quo* sob o fundamento de que a mesma possui mal antecedente, tendo anteriormente cumprido pena por tráfico de drogas.

Sustenta que a mera menção de tal fato não é fundamentação idônea para impedi-la de visitar o convivente. A tutela foi antecipada.

O apelo deve ser provido, confirmando a tutela antecipada.

Mesquita Júnior[1], ao comentar a execução penal, lembra da orientação da ONU (Organização das Nações Unidas) quanto aos direitos sociais dos presos, citando o artigo 79 das regras mínimas para tratamento de reclusos:

> Art. 79. Velar-se-á, particularmente, pela manutenção e pelo melhoramento das relações entre o recluso e sua família, quando estas forem convenientes para ambas as partes.
>
> Já a Lei de Execução Penal fixa como um dos direitos do preso:
>
> Art. 41
>
> [...]
>
> X- visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;
>
> Marcão, em seus ensinamentos sobre a execução penal, afirma que os direitos dos presos devem ser analisados de forma ampliativa, *"no sentido de que tudo aquilo que não constitui restrição legal, decorrente da particular condição do encarcerado, permanece como direito seu".*[2]

Impedir que a convivente do preso possa visitá-lo pelo fato de anteriormente ela ter tido uma condenação, já cumprida, sem apresentar demais fundamentos concretos, seria violar um direito de ambos sem a existência de um motivo suficientemente idôneo.

Nucci[3] comenta que o acompanhamento pelos familiares é amigos é fundamental para a ressocialização do preso:

> Feliz do preso que consegue manter dentro do cárcere estreitos laços com sua família e seus amigos, que se encontram em liberdade. O Estado deve assegurar esse contato, estabelecendo dias e horários determinados para o exercício desse direito.

Ademais, deve se ressaltar que não há na Lei de Execução Penal nenhuma menção à impossibilidade de pessoa com condenação anterior visitar presos.

Assim, ante o exposto, dou provimento ao apelo, para permitir à apelante Alessandra Ferreira de Freitas visitar seu convivente em unidade prisional.

1 MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Execução criminal**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 106.

2 MARCÃO, Renato Flávio. **Curso de Execução Penal**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 30.

3 NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: RT, 2009. p. 464.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E CONTRA O PARECER, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Dorival Moreira dos Santos, João Carlos Brandes Garcia e Marilza Lúcia Fortes.

Campo Grande, 29 de julho de 2010.

***

Habeas Corpus n. 2010.019345-4 - Três Lagoas
Primeira Turma Criminal
Relator Juiz Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – TRANCAMENTO DE INVESTIGAÇÃO QUE TRAMITA PERANTE O JUIZADO ESPECIAL – COMPETÊNCIA DAS TURMAS RECURSAIS DOS JUIZADOS ESPECIAIS.

Tratando-se de pedido de trancamento Termo Circunstanciado de Ocorrência em trâmite perante o Juizado Especial Criminal, a questão deve ser examinada pela Turma Recursal respectiva, e não pelo Tribunal de Justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e com o parecer, determinar a remessa do feito à Turma Recursal do Juizado Especial.

Campo Grande, 9 de agosto de 2010.

Juiz Francisco Gerardo de Sousa – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelo advogado Rubens Rahal Rodas em favor de Ricardo Ulpiano dos Santos Viol, que está sendo investigado pela suposta prática do ilícito previsto no art. 163 do Código Penal, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1ª Vara do Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Três Lagoas-MS.

Alega que o paciente esta sofrendo constrangimento ilegal em decorrência da investigação infundada que corre contra si, uma vez que não estava, no dia o horário dos fatos, no local dos acontecimentos.

A liminar foi indeferida à f. 92.

A autoridade coatora prestou informações às f. 96-98.

Sobreveio parecer da Procuradoria-Geral de Justiça opinando pela remessa do presente feito à Turma Recursal do Juizado Especial, ante a incompetência do Tribunal de Justiça para julgar *habeas corpus* impetrado contra ato de juiz do juizado especial e, no mérito, pena denegação da ordem – f. 102-105.

VOTO

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa (Relator)

O paciente Ricardo Ulpiano dos Santos Viol pretende obter a ordem para trancar a investigação que está sofrendo pela suposta prática do crime previsto no art. 163 do CP – Dano.

O feito tramita perante a 1.ª Vara do Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Três Lagoas-MS.

Pois bem, urge pontuar, já no início, que falece competência a este Tribunal para processar e julgar remédio heroico impetrado contra ato do juizado especial.

O artigo 90 do Código de Organização Judiciária deste Sodalício prescreve que, *in verbis:*

> Art. 90. Os Juizados Especiais do Estado de Mato Grosso do Sul são instituídos por lei, proposta pelo Tribunal de Justiça.
>
> Parágrafo único. Das decisões proferidas pelos Juizados Especiais ou suas Turmas Recursais não caberão recursos para o Tribunal de Justiça, mandado de segurança ou *habeas corpus*. (Acrescentado pelo art. 17 da Lei n. 2.049, de 16.12.1999, DOMS, de 17.12.1999).

No mesmo sentido, transcrevem-se os seguintes julgados da 1ª Turma Criminal do TJMS:

> *HABEAS CORPUS* – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – AÇÃO QUE TRAMITA EM JUIZADO ESPECIAL – COMPETÊNCIA DAS TURMAS RECURSAIS DOS JUIZADOS ESPECIAIS – WRIT QUE DEVE SER ENDEREÇADO À TURMA RECURSAL. Tratando-se de pedido de trancamento de ação penal em trâmite perante o Juizado Especial Criminal, a questão deve ser examinada pela Turma Recursal respectiva, e não pelo Tribunal de Justiça Estadual. (TJMS, *HC* n. 2009.032706-8, Primeira Turma Criminal, Rel. Des. João Carlos Brandes Garcia, DJ n. 2117 de 19.1.2010).
>
> *HABEAS CORPUS* – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – AÇÃO QUE TRAMITA EM JUIZADO ESPECIAL – COMPETÊNCIA DAS TURMAS RECURSAIS DOS JUIZADOS ESPECIAIS – WRIT QUE DEVE SER ENDEREÇADO À TURMA RECURSAL. Tratando-se de pedido de trancamento de ação penal em trâmite perante o Juizado Especial Criminal, a questão deve ser examinada pela Turma Recursal respectiva, e não pelo Tribunal de Justiça Estadual. (TJMS, *HC* n. 2010.004329-0, Primeira Turma Criminal, Rel. Des. João Carlos Brandes Garcia, DJ n. 2153 de 12.3.2010).

Assim sendo, diante da incompetência deste Tribunal de Justiça, acompanhando o parecer, **determino a remessa do presente *writ*** à Turma Recursal do Juizado Especial Criminal**.**

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, DETERMINARAM A REMESSA DO FEITO À TURMA RECURSAL DO JUIZADO ESPECIAL.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Francisco Gerardo de Sousa, Desembargadores João Carlos Brandes Garcia e Marilza Lúcia Fortes.

Campo Grande, 9 de agosto de 2010.

***

Habeas Corpus n. 2010.019816-2 - Dourados
Primeira Turma Criminal
Relator Juiz Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – EXECUÇÃO PENAL – PROGRESSÃO DE REGIME – PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO – CUMPRIMENTO DE 1/6 DA PENA – REQUISITO SUBJETIVO – INEXISTÊNCIA DE FATO QUE DESABONE A CONDUTA CARCERÁRIA ATESTADO PELO DIRETOR DO ESTABELECIMENTO PENAL – DESNECESSIDADE DE ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO – ORDEM CONCEDIDA.

Se o paciente cumpriu 1/6 da pena a partir do cometimento de sua última falta grave e não há qualquer anotação em sua ficha disciplinar que desabone sua conduta, não há na decisão atacada fundamento bastante para se condicionar a elaboração de nova avaliação e, por conseguinte, a concessão da progressão de regime, somente depois de decorridos 180 (cento e oitenta) dias de reclusão no atual estabelecimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conceder a ordem, com o parecer, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 16 de agosto de 2010.

Juiz Francisco Gerardo de Sousa – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Defensoria Pública Estadual em favor de José Maria Batista dos Santos, contra o Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Dourados.

Relata a impetrante que o paciente, condenado à pena total de 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão pelo crime de atentado violento ao pudor está cumprindo pena e, após o preenchimento do requisito objetivo, requereu a progressão ao regime semi-aberto, juntando atestado de comportamento carcerário.

Sustenta que a autoridade apontada como coatora, no entanto, indeferiu o pedido por entender estar ausente o requisito subjetivo, condicionando nova avaliação comportamental após o cumprimento de estágio de convivência (180 dias a partir do ingresso no estabelecimento penal atual).

Ao final, sob a alegação de que os fundamentos de tal decisão são inidôneos e ilegítimos, pleiteia a concessão de regime (semi-aberto) ao paciente.

O pedido de liminar foi indeferido (f. 19).

A autoridade apontada como coatora prestou informações (f. 23).

A PGJ opinou pela concessão da ordem (f. 38-43).

VOTO

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa (Relator)

Relata a impetrante que o paciente, condenado à pena total de 6 (seis) anos e 6 (seis) meses de reclusão pelo crime de atentado violento ao pudor está cumprindo pena e, após o preenchimento do requisito objetivo, requereu a progressão ao regime semi-aberto, juntando atestado de comportamento carcerário.

Sustenta que a autoridade apontada como coatora, no entanto, indeferiu o pedido por entender estar ausente o requisito subjetivo, condicionando nova avaliação comportamental após o cumprimento de estágio de convivência (180 dias a partir do ingresso no estabelecimento penal atual).

Ao final, sob a alegação de que os fundamentos de tal decisão são inidôneos e ilegítimos, pleiteia a concessão de regime (semi-aberto) ao paciente.

Pois bem. Cumpre observarmos a decisão contra a qual se insurge a impetrante:

> O sentenciado José Maria Batista dos Santos requer alternativamente a concessão de livramento condicional ou a progressão do regime fechado ao semi-aberto (f. 344).
>
> Com vista, o digno representante do Ministério Público manifestou-se pelo indeferimento do pedido (f. 346-348).
>
> De efeito, o peticionário não faz jus a qualquer dos benefícios pleiteados por ausência do requisito subjetivo, eis que demonstrou comportamento insatisfatório durante a execução da pena, inclusive com a prática de novos delitos, tanto que recentemente foi sancionado com a regressão para o regime fechado (f. 301-302).
>
> Ademais, o documento acostado na f. 345 não atesta o bom comportamento carcerário do reeducando, limitando-se a consignar a inexistência de fato desabonador durante a permanência intra-muros.
>
> Destarte, o sentenciado não ostenta o mérito necessário para obter a antecipação da liberdade ou mesmo a progressão para regime prisional menos gravoso.
>
> Assim, ausente o requisito subjetivo exigido tanto no art.83, inciso III, do Código Penal, como também no art. 112 da LEP, indefiro o pedido da f. 344.
>
> Intimem-se.

Como se vê, o magistrado *a quo* indeferiu a almejada progressão de regime por falta de cumprimento de tempo exigido em decreto estadual para a classificação de comportamento carcerário em "bom".

A propósito, confira-se o decreto n. 12.140 de 17 de agosto de 2006, que dispõe sobre o regimento interno básico das Unidades Prisionais do Estado de Mato Grosso do Sul:

> Art. 129. A conduta disciplinar do preso em regime fechado classificar-se-á em:
>
> I – ótima, quando no prazo mínimo de um ano não tiver sido cometida infração disciplinar de natureza grave ou média;

> **II – boa, quando no prazo mínimo de seis meses, não tiver cometido infração disciplinar de natureza grave ou média;**
>
> III – regular, quando for cometida infração de natureza leve nos últimos trinta dias, ou média, nos últimos três meses;
>
> IV – má, quando for cometida infração de natureza grave ou reincidir em infração de natureza média, durante o período de reabilitação.

Ocorre que, embora a competência para legislar sobre direito penitenciário seja concorrente entre a União, Estados e Distrito Federal (art. 24, I, CF), o único lapso temporal exigido pela Lei de Execução Penal para a concessão da progressão de regime na hipótese dos autos é o cumprimento de 1/6 da pena. Veja-se:

> Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando **o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário**, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.
>
> § 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.
>
> § 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.

Portanto, se o paciente cumpriu 1/6 da pena a partir do cometimento de sua última falta grave (cálculo de pena - f. 8-9) e não há qualquer anotação em sua ficha disciplinar que desabone sua conduta (atestado de comportamento carcerário – f. 11), não vislumbro, na decisão atacada, fundamento bastante para se condicionar a elaboração de nova avaliação e, por conseguinte, a concessão da progressão de regime, somente depois de decorridos 180 (cento e oitenta) dias de reclusão no atual estabelecimento.

Ressalto que a 2ª Turma Criminal, recentemente, no julgamento dos *habeas corpus* n. 2010.000079-5 e n. 2010.012285-7, decidiu que tal exigência, mesmo que fundada em decreto estadual, fere o princípio da proporcionalidade e humanização da pena.

Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS* – PACIENTE CONDENADO A CUMPRIR PENA EM REGIME SEMI-ABERTO – PROGRESSÃO PARA O ABERTO – FALTAS DISCIPLINARES – REGRESSÃO PER SALTUM AO FECHADO – CUMPRIMENTO DE 1/6 DA PENA – PEDIDO DE PROGRESSÃO DE REGIME INDEFERIDO – AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS SUBJETIVOS – BOM COMPORTAMENTO CARCERÁRIO – DECRETO ESTADUAL N. 12.140/2006 – PRAZOS INCOMPATÍVEIS COM O CASO CONCRETO – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E HUMANIZAÇÃO DA PENA – ORDEM CONCEDIDA.
>
> **Tendo em vista que pelo cálculo de liquidação da pena o paciente atingiu o critério objetivo para o cumprimento da pena em regime mais brando e a previsão de término da reprimenda é outubro de 2010, fere o princípio da proporcionalidade e humanização da pena a permanência por ausência de requisitos subjetivos de acordo com os prazos estabelecidos em legislação estadual, mormente quando se denota que o paciente necessita de atendimento psicológico.** (TJMS, *HC* n. 2010.000079-5, Segunda Turma Criminal, Rel. Juiz Manoel Mendes Carli, julgado em 1.2.2010).

HABEAS CORPUS – PROGRESSÃO DE REGIME – BENEFÍCIO INDEFERIDO NA ORIGEM POR AUSÊNCIA DE AVALIAÇÃO COMPORTAMENTAL DO INCÍDIO DE INGRESSO NO ESTABELECIMENTO PENAL ATUAL – INAPLICABILIDADE DO REQUISITO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL – ORDEM CONCEDIDA.

Verificado o lapso temporal adquirido, além do atestado de comportamento carcerário expedido, concede-se a ordem para a progressão de regime ao paciente, afastando-se a necessidade de cumprimento de estágio de convivência por seis meses a partir do ingresso do reeducando na atual unidade prisional. (TJMS, *HC* n. 2010.012285-7, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes, julgado em 17.5.2010.)

Diante do exposto, com o parecer, concedo a ordem e determino a transferência do paciente para o regime semi-aberto, no entanto, desde que, *por al* não esteja recolhido.

Comunique-se à autoridade apontada como coatora para adoção das providências necessárias.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONCEDERAM A ORDEM, COM O PARECER, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Francisco Gerardo de Sousa, Desembargadores João Carlos Brandes Garcia e Marilza Lúcia Fortes.

Campo Grande, 16 de agosto de 2010.

***

Habeas Corpus n. 2010.020533-3 - Mundo Novo
Primeira Turma Criminal
Relator Juiz Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – RECEPTAÇÃO – PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO PREVENTIVA – ACOLHIMENTO – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA – CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO E REDUZIDA LESIVIDADE – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – ORDEM CONCEDIDA.

Concede-se a liberdade provisória quando ausentes os motivos autorizadores da prisão preventiva, e o paciente demonstra intento em colaborar com a Justiça, somados ao fato de possuir condições pessoais favoráveis a responder ao processo em liberdade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conceder a ordem, contra o parecer.

Campo Grande, 16 de agosto de 2010.

Juiz Francisco Gerardo de Sousa – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa

O impetrante pleiteia a liberdade provisória de André Luiz Souza, preso em flagrante pela prática de delito de receptação.

O impetrante alega a ausência dos requisitos autorizadores da prisão preventiva, e que o paciente é primário e possui residência fixa, enfatizando que o fato de estar respondendo a outros processos criminais, bem como o fato de não ter comprovado ocupação lícita, não indica perigo à ordem pública, fazendo jus a responder ao processo em liberdade.

A liminar foi indeferida à f. 42.

Informações da autoridade coatora às f. 48-50.

A Procuradoria-Geral de Justiça, f. 55-61, opina pela denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa (Relator)

O impetrante pleiteia a liberdade provisória de André Luiz Souza preso em flagrante pela prática de delito de receptação.

O impetrante alega a ausência dos requisitos autorizadores da prisão preventiva, e que o paciente é primário e possui residência fixa, enfatizando que o fato de estar respondendo a outros processos criminais, bem como o fato de não ter comprovado ocupação lícita, não indica perigo à ordem pública, fazendo jus a responder ao processo em liberdade.

Passo a apreciar a ordem.

O paciente foi denunciado na data de 17 de junho de 2010, na Comarca de Mundo Novo/MS como incurso nas penas do art. 180, *caput*, do Código Penal, acusado de realizar o transporte de um veículo Fiat-Fiorino IE, sabendo que o automóvel era produto de furto na cidade de Cascavel/PR.

A ordem de *habeas corpus* merece ser concedida, pois dos elementos que constam do feito, não vislumbro a presença dos requisitos autorizadores da prisão preventiva, sendo desnecessária a medida constritiva.

Igualmente, tenho que o paciente faz jus a responder ao processo em liberdade, pois em que pese o paciente ser "tecnicamente" primário, pois respondeu a crime de menor potencial ofensivo e reduzido grau de lesividade, conforme documentos juntados aos autos, não vislumbro nenhum fato concreto a autorizar a presunção de que, em liberdade, virá o mesmo a interferir na produção das provas ou mesmo se furtar à ação da Justiça, demonstrando que está apto a colaborar com a Lei.

Portanto, a liberdade provisória merece ser concedida ao paciente, vez que preenche as condições para o benefício.

Ante o exposto, contra o parecer, por se tratar de crime de menor potencial ofensivo e reduzido grau de lesividade, concedo em definitivo a presente ordem de *habeas corpus* em favor do paciente André Luiz Souza.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONCEDERAM A ORDEM, CONTRA O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Francisco Gerardo de Sousa, Desembargadores João Carlos Brandes Garcia e Marilza Lúcia Fortes.

Campo Grande, 16 de agosto de 2010.

***

Conflito de Competência n. 2010.008107-0 - Campo Grande
Primeira Turma Criminal
Relator Des. João Batista da Costa Marques

EMENTA – CONFLITO DE COMPETÊNCIA – TRANSFERÊNCIA DE PRESO CUMPRINDO PENA NO REGIME ABERTO – PEDIDO DE TRANSFERÊNCIA PARA LOCALIDADE DO INTERIOR – AUSÊNCIA DE ESTABELECIMENTO ADEQUADO – NÃO CONCORDÂNCIA DO JUÍZO DA COMARCA – IMPOSSIBILIDADE DE HAVER A TRANSFERÊNCIA – PERMANÊNCIA DO REEDUCANDO NA COMARCA ONDE FOI CONDENADO.

A transferência de preso cumprindo pena em regime aberto, antes de qualquer outra situação, exige a anuência do juízo da comarca onde haverá a transferência, não podendo ocorrer, quando o juízo que vai recepcionar a execução da pena não possui condições estruturais para cumprir a forma de cumprimento da medida executória prisional, sob pena de aplicação de privilégios que descaracterizariam os efeitos da reprimenda.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, e com o parecer, julgar procedente o conflito e determinar a competência da 2ª Vara de Execução Penal da Comarca de Campo Grande.

Campo Grande, 29 de junho de 2010.

Des. João Batista da Costa Marques – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques

O Juiz de Direito da 1ª Vara da comarca de São Gabriel do Oeste, suscitou conflito de competência em detrimento do Juiz de Direito da 2ª Vara de Execução Penal desta comarca da Capital, em face dos fundamentos exarados f. 203-207, no sentido de que mesmo ante as inúmeras informações de que a comarca do juízo suscitante não possui vaga para receber presos que tenha necessidade de permanecer em casa do albergado, o juízo suscitado insiste em fazer a dita transferência para que o condenado Aparecido Rodrigues da Cunha cumpra a pena na comarca em São Gabriel do Oeste, o que caracteriza verdadeiro conflito de jurisdição, mesmo dentro da consideração que o louvável seja o preso cumprir a pena onde vivem seus familiares, já que ao ser transferido para um lugar onde a estrutura prisional não lhe permita cumprir a pena dentro das condições legais, a Justiça estará criando um problema, já que não se trata de situação que possa ser deferido regime prisional domiciliar.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se sobre o tema pelo parecer de f. 219-221, opinando pelo acolhimento do conflito de competência, para reconhecer que a Execução de Pena do reeducando Aparecido Rodrigues da Cunha deve ser atribuída ao juízo suscitado da 2ª Vara da comarca de Campo Grande.

VOTO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques (Relator)

A questão é simples: pode o juiz da localidade onde o condenado reivindica a transferência para o cumprimento da pena, negar-se a atender tal pretensão, apenas com a justificativa de que na sua comarca não existe estabelecimento prisional adequado para a execução da pena em regime aberto? Ou seja, a questão estrutural é mais relevante de que o direito do reeducando em optar por cumprir a pena em estabelecimento próximo de seus familiares.

O Procurado de Justiça, Dr. Guilherme Ferreira Dutra Junior, no seu parecer, f. 223, entendeu que não é o direito do preso que define a questão, mas sim a anuência do juízo que receberá a nova incumbência, eis que a transferência depende da sua anuência.

Ocorre que a jurisprudência tem estabelecido que nos casos de transferências de réus que cumpre pena, a primeira regra legal a ser observada é a conveniência do serviço público. Esse é o entendimento do próprio Superior Tribunal de Justiça. Vejamos:

> CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PROGRESSÃO PARA O REGIME ABERTO DEFERIDA PELO JUIZ DE CHAPECÓ/SC. DETERMINAÇÃO DE TRANSFERÊNCIA, A PEDIDO DO APENADO, COM A CONCESSÃO DE LIBERDADE PARA QUE ESTE SE APRESENTASSE ESPONTANEAMENTE NA NOVA COMARCA, SEM CONSULTA AO JUÍZO PARA ONDE PRETENDIDA A TRANSFERÊNCIA PARA A VERIFICAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE VAGA EM ESTABELECIMENTO PENAL COMPATÍVEL COM O REGIME DEFERIDO. ENVIO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO À COMARCA DE IJUÍ/RS, QUE RECUSOU SUA COMPETÊNCIA, EM VISTA DA NÃO OBSERVÂNCIA DE PROCEDIMENTOS PARA A TRANSFERÊNCIA. APENADO QUE NÃO SE APRESENTOU PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. NÃO EFETIVAÇÃO DA TRANSFERÊNCIA. COMPETÊNCIA QUE PERMANECE COM O JUÍZO ORIGINÁRIO. PARECER DO MPF PELA PERDA DE OBJETO DO CONFLITO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA CONHECIDO, NO ENTANTO, PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO (CHAPECÓ/SC). 1. Não está prejudicado o conflito de competência, pois, embora o apenado não tenha comparecido à Comarca de Ijuí/RS, como determinado pelo Juízo suscitado, o fato é que o Juízo suscitante, ao que parece, não devolveu a PEC à Comarca de origem, que também não pediu a sua devolução, permanecendo a controvérsia sobre a competência. **2. A transferência para outra Comarca, a pedido do apenado, deve atender, em primeiro lugar, o interesse público e os propósitos da execução da pena. 3. Mormente em casos de progressão para regime aberto ou semiaberto, a transferência deve ser precedida de consulta ao Juízo onde se pretende alocar o reeducando, para verificar a existência de vaga em estabelecimento penal compatível, sob pena de inviabilização do sistema carcerário (art. 85 da LEP); assim, até a resposta, o apenado deverá cumprir as condições do regime aberto no Juízo até então responsável pela execução da pena**. 4. Na hipótese, como o apenado não compareceu no Juízo para o qual foi transferido, que não chegou a praticar qualquer ato relativo à execução de sua pena, inclusive por força da suscitação do presente conflito, permanece com o Juízo de Chapecó/SC a competência para dar continuidade à execução da pena, principalmente tomar as providências para a localização do réu. 5. Parecer do MPF pela perda de objeto do conflito. 6. Conflito conhecido, para declarar a competência do Juízo da 3ª Vara Criminal de Chapecó/SC, o suscitado, para o qual deverá ser devolvido o processo de execução da pena de Luís de Souza. (CC n. 98.815/RS, Terceira Seção, Rel. Min. Napoleão Nnunes Maia Filho, julgado em 10.3.2010, DJ de 6.4.2010).

Creio mais acertada esta corrente de interpretação, haja vista que se os juízes do interior já estão com os problemas próprios das comarcas, sem os estabelecimentos prisionais adequados para colocar os presos que são condenados na própria comarca, seria ainda mais oneroso para os princípios morais da Justiça e desgastantes para sua imagem como um todo, receber presos de outras localidades, porque, invariavelmente, redundaria em concessão de privilégios, uma vez que o preso que esteja no regime aberto, não ficar entre aqueles de regime mais rigoroso.

Aliás, esta Corte também vem trilhando dessa mesma exegese. Vejamos:

> EMENTA – CONFLITO DE COMPETÊNCIA – EXECUÇÃO PENAL – REEDUCANDO CONDENADO EM TRÊS LAGOAS – CUMPRIMENTO DE PENA EM CAMPO GRANDE E PARANAÍBA – ACEITE DO JUÍZO – PEDIDO DE TRANSFERÊNCIA PARA COMARCA DA CONDENAÇÃO – REGIME SEMI-ABERTO – AUSÊNCIA DE ANUÊNCIA – INEXISTÊNCIA DE VAGA – PROCEDÊNCIA. **A transferência do reeducando deve ser precedida de anuência do magistrado da comarca para onde o reeducando será removido.** (CC n. 2010.000663-2, Três Lagoas, Segunda Turma Criminal, Rel. Sr. Juiz Manoel Mendes Carli, julgado em 29.3.2010, DJ de 6.4.2010, n. 2168).

Em face de todos esses precedentes, também não tenho dúvida em fixar a competência neste caso do Juízo da 2ª Vara Criminal desta Capital, para que o reeducando Aparecido Rodrigues da Cunha, possa cumprir sua pena em estabelecimento prisional adequado.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, JULGARAM PROCEDENTE O CONFLITO E DETERMINARAM A COMPETÊNCIA DA 2ª VARA DE EXECUÇÃO PENAL DA COMARCA DE CAMPO GRANDE.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Batista da Costa Marques, Marilza Lúcia Fortes e Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 29 de junho de 2010.

***

Agravo Criminal n. 2010.013348-9 - Dourados
Primeira Turma Criminal
Relator Des. João Batista da Costa Marques

EMENTA – AGRAVO CRIMINAL – CRIME DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR – LEI N. 12.015/09 – CRIME ÚNICO – ABOLIÇÃO DO CONCURSO DE CRIMES – NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA NO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAIS – RECURSO PROVIDO.

A nova Lei n. 12.015/09 alterou substancialmente o Código Penal no tocante ao antigo concurso material entre os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, fundindo-os dentro de um mesmo contexto, tornando-os um crime único, logo, necessário o reparo na pena, pois a lei retroage, para que o reeducando não cumpra pena superior ao que determina a lei. Recurso provido, para determinar ao Juiz da Execução Penal que faço os reparos na pena, com a aplicação da regra do artigo 71 do Código Penal.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 1º de julho de 2010.

Des. João Batista da Costa Marques – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques

Silvio Felastiga Nunes inconformado com a decisão de f. 60 que indeferiu sua pretensão de reconhecimento da continuidade delitiva (art. 71 do CP), em face da Lei n. 12.015/09, interpõe recurso (razões de f. 49-59), pretendendo seja afastada da condenação o crime do artigo 214 do Código Penal (atentado violento ao pudor), bem como afastar a incidência do artigo 9º da Lei n. 8.072/90, considerando que a nova legislação aboliu a autonomia dessa modalidade criminosa, incluindo-a no contexto de crime único com o crime do artigo 213 do Código Penal (estupro), admitindo apenas a continuidade delitiva entre um e outro delito.

Nas contrarrazões (f. 63-71), o ilustre representante do *parquet* rebate tais argumentos e defende a manutenção da autonomia de tais delitos, mesmo que hoje façam parte de um mesmo dispositivo, conforme reza a lei em questão.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se sobre o tema pelo parecer de f. 78-88 e opinou pelo provimento do recurso, por entender que a nova figura jurídica emergida da Lei n. 12.015/09, não permite mais a existência de concurso entre a conjunção carnal e o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, mas apenas a continuidade delitiva.

VOTO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques (Relator)

O agravante Silvio Felastiga Nunes cumpre pena em face de condenação (em concurso material), pelas antigas figuras dos artigos 213 e 214 do Código Penal, posto que num assalto a determinado casal de namorados, também aproveitaram o ensejo para abusar sexualmente de uma das vítimas, praticando com ela conjunção carnal e também atos diversos da conjunção carnal.

Com a nova regra jurídica estabelecida na Lei n. 12.015/09, o agravante requereu junto ao juízo das Execuções Penais, que fosse excluído o concurso entre tais delitos, haja vista que tais ações tornaram-se únicas e dentro de um mesmo contexto criminoso, aplicando-se, via de regra, a continuidade delitiva.

A decisão que negou a pretensão vem assim fundamentada:

> Nos termos do alentado parecer ministerial retro, que adoto como razão de decidir, indefiro o pedido de adequação da pena pelo reconhecimento da continuidade delitiva, tal como formulado pelo sentenciado, eis que a par dos argumentos expedidos pelo doutro Promotor de Justiça verifica-se, na espécie, a inaplicabilidade da regra contida no "*caput*" do art. 71 do Código Penal, porquanto para a perpetração dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor o reeducando empregou violência real contra a pessoa de Helton Nantes de Oliveira como forma de constranger a vítima Sheila Marlen Nascimento às práticas sexuais incriminadas, caso em que dever-se-ia majorar a pena do crime mais grave até o triplo, consoante o disposto no art. 71, parágrafo único, do Estado Repressivo.

Outrora não se aplicava a continuidade delitiva entre o estupro e o atentado violento ao pudor, em face do entendimento de que se trata de crimes de mesmo gênero, mas de espécie diferentes. Entretanto, com a nova lei em destaque, tais crimes também se tornaram da mesma espécie. Logo, por questão óbvia não devem mais ser considerados autônomos, até porque a nova lei dispõe sobre tais delitos dentro de um mesmo contexto criminoso, o que pressupõe que o legislador quis por fim à discussão que pairou por muitos anos nos Tribunais e que de forma divergente vinham ora aplicando a continuidade delitiva e ora aplicando o concurso.

A discussão doutrinária e jurisprudencial ia bem além, pois alguns doutrinadores e alguns Tribunais vinham entendendo que em certos casos era possível a absolvição do crime de atentado violento ao pudor, quando evidenciado que a conduta tinha sido praticada como *prelúdio coitis*. Assim a nova lei veio em boa hora, pois acabou com esse arcabouço de tendências e fixou um único entendimento, para o qual boa parte do Ministério Público Estadual se nega a reconhecer, por conta da sua fixação de manter uma pena mais severa.

Para visualizarmos a questão em nível de exegese que vem se estendendo nos Tribunais, basta que venhamos a acompanhar os novos arestos do Superior Tribunal de Justiça no mesmo sentido da decisão recorrida. Vejamos:

> *HABEAS CORPUS*. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR E TENTATIVA DE ESTUPRO. INFRAÇÕES COMETIDAS, ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI N. 12.015/09, EM SEMELHANTES CONDIÇÕES DE TEMPO, LUGAR E MANEIRA DE EXECUÇÃO, GUARDANDO IDENTIDADE. ATOS POSTERIORES HAVIDOS COMO CONTINUIDADE DO PRIMEIRO. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO CRIME CONTINUADO. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. 1. Segundo o art. 71 do Código Penal, quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subseqüentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou

a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. 2. Após as inovações trazidas pela Lei n. 12.015/09, os art. 213 e 214 do Código Penal hoje estão condensados no mesmo dispositivo legal, constituindo, dessarte, crimes da mesma espécie, o que viabiliza a aplicação da regra do art. 71 da Lei Penal. 3. No caso presente, o intervalo entre os acontecimentos é de aproximadamente um mês. As condições de lugar (residência do acusado) e maneira de execução (aproveitava-se do fato de a vítima estar dormindo em casa) são absolutamente semelhantes, o que conduz ao reconhecimento do crime continuado. 4. Tomando por base o número de infrações cometidas – 2 (duas) – deve incidir a majoração no patamar de 1/6 (um sexto). 5. A pretensão absolutória esbarra na necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, providência de todo incompatível com a via eleita. 6. Ordem parcialmente concedida para, reconhecendo o crime continuado entre as infrações cometidas pelo ora paciente, reduzir a pena sobre ele recaída, de 10 (dez) anos de reclusão para 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão. (*HC* n. 114.054/MT, Sexta Turma, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 5.4.2010, DJ de 19.4.2010).

HABEAS CORPUS. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CRIME CONTINUADO x CONCURSO MATERIAL. INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI N. 12.015/09. MODIFICAÇÃO NO PANORAMA. CONDUTAS QUE, A PARTIR DE AGORA, CASO SEJAM PRATICADAS CONTRA A MESMA VÍTIMA, NUM MESMO CONTEXTO, CONSTITUEM ÚNICO DELITO. NORMA PENAL MAIS BENÉFICA. APLICAÇÃO RETROATIVA. POSSIBILIDADE. 1. A Lei n. 12.015/09 alterou o Código Penal, chamando os antigos Crimes contra os Costumes de Crimes contra a Dignidade Sexual. 2. Essas inovações, partidas da denominada "CPI da Pedofilia", provocaram um recrudescimento de reprimendas, criação de novos delitos e também unificaram as condutas de estupro e atentado violento ao pudor em um único tipo penal. Nesse ponto, a norma penal é mais benéfica. 3. Por força da aplicação do princípio da retroatividade da lei penal mais favorável, as modificações tidas como favoráveis hão de alcançar os delitos cometidos antes da Lei n. 12.015/09. 4. No caso, o paciente foi condenado pela prática de estupro e atentado violento ao pudor, por ter praticado, respectivamente, conjunção carnal e coito anal dentro do mesmo contexto, com a mesma vítima. 5. Aplicando-se retroativamente a lei mais favorável, o apensamento referente ao atentado violento ao pudor não há de subsistir. 6. Ordem concedida, a fim de, reconhecendo a prática de estupro e atentado violento ao pudor como crime único, anular a sentença no que tange à dosimetria da pena, determinando que nova reprimenda seja fixada pelo Juiz das execuções. (*HC* n. 144.870/DF, Sexta Turma, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 9.2.2010, DJ de 24.05.2010).

De outro tanto, a tese ora acatada junto ao Superior Tribunal de Justiça é tão presente e tão subsistente, que nem mesmo o ilustre Procurador de Justiça, Dr. Adhemar Mombrum de Carvalho Neto deixou de vislumbrá-la, adotando-a, por se tratar de uma nova firmação jurídica que merece nosso reconhecimento porque bem acentuada na letra da lei. Assim, a continuidade delitiva deve ser aplicada, dentro do seguinte argumento assim ilustrado no parecer:

Portanto, diante das inovações advindas com a Lei n. 12.015/2009, não há mais falar em concurso material entre as condutas de conjunção carnal e ato libidinoso diverso da conjunção carnal, e, sim, em crime único de estupro.

O caso em análise apresenta particularidades. Conforme se depreende da exordial acusatória (f. 5-8), o agravante Silvio Felastiga Nunes constrangeu a mesma vítima, mediante violência ou grave ameaça, a ter com ele conjunção carnal e outro ato libidinoso por três vezes, nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução.

[...]

> Os fatos ocorreram na mesma noite, sendo que as condições de lugar e maneira de execução são semelhantes, impondo-se o reconhecimento do crime continuado.
>
> Quanto à dosagem da pena, deve o Juiz da Execução Penal, reduzir a pena mediante critério discricionário, respeitando os limites estabelecidos pelo artigo 71 do Código Penal.

Estou de pleno acordo com a essa interpretação legal que, aliás, tendo sido seguida costumeira em julgamentos anteriores.

Entretanto, vejo que o agravante vai além da questão da Lei n. 12.015/09, ao querer abolir outro dispositivo que não foi atingido com a nova legislação, visto que também deseja a exclusão da causa de aumento do artigo 9º da Lei n. 8.0872/90. Embora a tendência jurisprudencial seja favorável a essa exclusão, não podemos fazê-la diante de uma sentença com trânsito em julgado. A pretensão deve ser revista por meios próprios, já que neste momento estamos apreciando apenas as alterações que são atinentes à Lei n. 12.015/09 e a causa de aumento acima referida não tem nenhuma ligação com o novo texto legal.

Assim, dou provimento ao recurso para reconhecer o direito do agravante Silvio Felastiga Nunes ter reconhecida a continuidade delitiva, mas deixando que o Juiz da Execução Penal faço os adendos na reprimenda, sob pena de supressão de uma instância.

É como voto, acompanhando o parecer.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Batista da Costa Marques, Marilza Lúcia Fortes e Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 1º de julho de 2010.

***

Agravo Criminal n. 2010.017457-1 - Paranaíba
Primeira Turma Criminal
Relator Des. João Batista da Costa Marques

EMENTA – AGRAVO CRIMINAL – LIVRAMENTO CONDICIONAL – COMETIMENTO DE FALTA GRAVE – INTERRUPÇÃO DO PRAZO PARA OBTENÇÃO DE LIVRAMENTO CONDICIONAL – IMPOSSIBILIDADE – CARÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL – ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – RECURSO PROVIDO.

O cometimento de falta grave não acarreta a interrupção do prazo para a obtenção do livramento, à luz da remansosa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que considera tal medida carente de previsão legal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e em parte com o parecer, dar parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 1º de julho de 2010.

Des. João Batista da Costa Marques – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques

Trata-se de agravo criminal interposto por Edsclei Nogueira, contra a decisão proferida pelo juiz da Vara Criminal de Paranaíba, às f. 73-74 que determinou a interrupção do prazo para obtenção de benefícios, reiniciando-se a contagem do lapso temporal a partir da falta grave.

O agravante requer seja mantido inalterado o cálculo de pena de f. 40-41, por entender que a Lei de Execução Penal não prevê qualquer dispositivo que estabeleça como regra que o cometimento de falta grave interrompe o cumprimento da pena, para fim de se alcançar o tempo exigido como requisito objetivo para o livramento ou progressão.

Prequestiona a negativa de vigência ao artigo 5º, II e LIV, da Constituição Federal.

As contrarrazões vieram aos autos, f. 99-104, onde o representante do *parquet* requer o improvimento do recurso, mantendo-se a decisão em sua integra.

Em sede de juízo de retratação à f. 105, o juiz *a quo* manteve a decisão agravada, pelos seus próprios fundamentos.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se sobre a matéria pelo parecer de f. 112-114, opinando pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques (Relator)

Trata-se de agravo criminal interposto por Edsclei Nogueira, contra a decisão proferida pelo juiz da Vara Criminal de Paranaíba, às f. 73-74 que determinou a interrupção do prazo para obtenção de benefícios, reiniciando-se a contagem do lapso temporal a partir da falta grave.

O agravante requer seja mantido inalterado o cálculo de pena de f. 40-41, por entender que a Lei de Execução Penal não prevê qualquer dispositivo que estabeleça como regra que o cometimento de falta grave interrompe o cumprimento da pena, para fim de se alcançar o tempo exigido como requisito objetivo para o livramento ou progressão.

Prequestiona a negativa de vigência ao artigo 5º, II e LIV, da Constituição Federal.

As contrarrazões vieram aos autos, f. 99-104, onde o representante do *parquet* requer o improvimento do recurso, mantendo-se a decisão em sua integra.

Em sede de juízo de retratação às f. 105, o juiz *a quo* manteve a decisão agravada, pelos seus próprios fundamentos.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se sobre a matéria pelo parecer de f. 112-114, opinando pelo improvimento do recurso.

Passo à análise do recurso.

Em suas razões recursais, o agravante alega que o cometimento de falta grave não serve como parâmetro para reinício da contagem do prazo para obtenção dos benefícios de progressão de regime e livramento condicional segundo interpretação do art. 52-B da Resolução n. 7, de 10.8.2004, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

Tenho seguido a sedimentada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a respeito do cometimento de falta grave e a interrupção do lapso temporal para alcance dos benefícios previstos na Lei de Execução Penal.

Nessa linha de entendimento, colacionam-se as seguintes ementas do Superior Tribunal de Justiça, o qual em recentes julgados posiciona-se pela não interrupção do prazo para a concessão do livramento condicional, senão vejamos:

> *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. INTERRUPÇÃO NA CONTAGEM DO LAPSO TEMPORAL PARA A CONCESSÃO DE BENEFÍCIO DE PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL A QUO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. LIVRAMENTO CONDICIONAL E COMUTAÇÃO DAS PENAS. INTERRUPÇÃO DO PRAZO PARA OBTENÇÃO DO BENEFÍCIO PELO CONDENADO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. PRECEDENTES. INAPLICABILIDADE DO EFEITO INTERRUPTIVO QUANTO AO LIVRAMENTO CONDICIONAL E À COMUTAÇÃO RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.
>
> 1. O cometimento de falta grave, embora interrompa o prazo para a obtenção dos benefícios da progressão de regime, não o faz para fins de concessão dos benefícios do livramento condicional e da comutação da pena, por ausência de previsão legal. Precedentes.

2. Nos termos do acórdão hostilizado, verifica-se que o efeito interruptivo somente foi reconhecido relativamente à progressão de regime, ficando ressalvada a sua inaplicabilidade com relação ao livramento condicional e à comutação, evidenciado, nesse particular, a falta de interesse processual, na medida em que não evidenciado nos autos qualquer constrangimento ilegal contra o Paciente, inexistindo, pois, ato coator por parte do Tribunal quanto aos pleitos de comutação e de livramento condicional.

3. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa parte, denegado. (STJ, *HC* n. 121513/SP, *HC* n. 2008/0258389-0, julgado em 27.5.2009.

HABEAS CORPUS. LIVRAMENTO CONDICIONAL. COMETIMENTO DE FALTA GRAVE. INTERRUPÇÃO DO PRAZO PARA OBTENÇÃO DO BENEFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. O cometimento de falta grave não acarreta a interrupção do prazo para a obtenção do livramento condicional, à luz da remansosa jurisprudência desta Corte.

2. Ordem concedida, tão-somente, para afastar interrupção da contagem do prazo necessário à aferição do requisito objetivo para fins de livramento condicional, em razão do cometimento de falta grave. (STJ/SP, *HC* n. 2008/0226219-2, julgado em 7.5.2009).

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. *WRIT* ORIGINÁRIO NÃO CONHECIDO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. MATÉRIA EXCLUSIVAMENTE DE DIREITO. CONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE. INTERRUPÇÃO DO LAPSO TEMPORAL PARA A PROGRESSÃO DE REGIME E LIVRAMENTO CONDICIONAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. CONTRANGIMENTO ILEGAL. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Inobstante a previsão de recurso específico, tratando os autos de matéria exclusivamente de direito, não há nenhum óbice à sua apreciação por meio do remédio heróico. Precedentes.

2. Fere o princípio da legalidade a interrupção do lapso temporal para progressão de regime e livramento condicional no curso da execução penal em razão do cometimento de falta disciplinar de natureza grave, diante da ausência de previsão legal para tanto.

3. *Writ* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para tornar sem efeito a decisão do Juízo da execução, na parte em que constar nova data para fins de progressão de regime e livramento condicional. (STJ, *HC* n. 117064/SP, *HC n.* 2008/0216582-4, julgado em 5.3.2009).

No caso em apreço, o recorrente cumpre pena de 10 (dez) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e, no curso da execução penal cometeu falta grave, o que levou à interrupção da contagem do período para progressão de regime.

Nos termos do art. 118, I, da Lei de Execução Penais, a execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado praticar fato definido como falta grave.

De fato, em consequência desta falta grave, interrompe-se a contagem do lapso necessário à progressão de regime nos termos da Lei de Execução Penal, devendo ser fixado como termo *a quo* para novo período aquisitivo a data em que a falta grave foi pratica a incidir sobre o restante da reprimenda a ser cumprida pelo sentenciado.

Portanto, o condenado que comete falta grave deverá regredir de regime. Porém, aquele que se acha cumprindo pena no regime fechado, como é o caso do agravante, não pode ser submetido a nenhum outro mais severo por inexistência de previsão legal a respeito. Sendo assim, medida necessária faz-se o reinício da contagem do tempo da pena, no caso, a data de falta grave, consistindo em efeito secundário da regressão ante a inviabilidade de agravar o regime.

Especificamente à alteração da data-base a concessão do benefício do livramento condicional, não há previsão legal – no Código Penal (art. 83 a 90) ou na Lei de Execuções Penais (art. 131 a 146) – de interrupção do prazo ante o cometimento de falta grave, não podendo ser imposto ao condenado tal restrição por ensejar interpretação *in malan parte*.

Quanto aos prequestionamentos aventados, esclareço que a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão de a matéria se confundir com o mérito e ter sido amplamente debatida.

Posto isso, em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso somente para afastar a interrupção do lapso temporal para a concessão do livramento condicional em razão do cometimento da falta grave aludida, mantendo-se interrupção para progressão.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E EM PARTE COM O PARECER, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Batista da Costa Marques, Marilza Lúcia Fortes e Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 1º de julho de 2010.

***

Apelação Criminal n. 2010.003396-9 - Miranda
Primeira Turma Criminal
Relator Des. João Carlos Brandes Garcia

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ESTATUTO DO DESARMAMENTO – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 14) – DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE (ART. 12) – PRELIMINAR DE EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE – NO MÉRITO – PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME E PORTE PARA POSSE DE ARMA DE FOGO – ARMA APREENDIDA NA FAZENDA – LOCAL DE TRABALHO DO RÉU – PRETENSÃO PROCEDENTE – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA OCORRÊNCIA DA *ABOLITIO CRIMINIS TEMPORALIS* – RECURSO PROVIDO.

De acordo com a Lei n. 10.826/03, o tipo penal constante no art. 12 consiste em o agente manter arma de fogo de uso permitido no interior da residência ou dependência desta, ou ainda, em local de trabalho, desde que seja ele o titular ou responsável legal pelo estabelecimento ou empresa, não se encaixando, mesmo que a arma tenha sido apreendida na fazenda onde o recorrente trabalhava, na conduta prevista no art. 14 do Estatuto do Desarmamento.

A MP n. 445/2008, convertida na Lei n. 11.922/09, concedeu o prazo até 31 de dezembro de 2009 para que os proprietários de armas, munições ou acessórios de uso permitido, que estivessem em desacordo com determinação legal, providenciassem suas regularizações, ou que as entregassem às autoridades competentes. Assim, a *vacatio legis* indireta estabelecida pela lei aplica-se retroativamente, de modo a alcançar os crimes de posse irregular de arma de fogo de uso permitido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, julgar prejudicada a preliminar e, no mérito dar provimento ao recurso, contra o parecer.

Campo Grande, 16 de agosto de 2010.

Des. João Carlos Brandes Garcia – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

Edilson de Almeida, inconformado com a decisão que o condenou, por infração do disposto no art. 14 da Lei n. 10.826/2003, às penas de 2 (dois) anos de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, e 24 (vinte e quatro) dias-multa, substituída por prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade nos termos da sentença, apela a este Tribunal de Justiça.

Em apertada síntese, o recorrente argui em preliminar a extinção da punibilidade e, no mérito, pede sua absolvição ou, alternativamente, a desclassificação para a posse de arma de fogo (f. 169-72).

O representante ministerial, nas contrarrazões (f. 176-7), pugna pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria de Justiça opina pela rejeição da preliminar e, no mérito, pela improcedência do apelo (f. 183-90).

VOTO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (Relator)

Cuida-se de recurso interposto perante este Sodalício por Edilson de Almeida, em face da decisão que o condenou, por infração do disposto no art. 14 da Lei n. 10.826/2003, à pena de 2 (dois) anos de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, e ao pagamento de 24 (vinte e quatro) dias-multa.

Consta da inicial que, no dia 21 de novembro de 2006, por volta das 18h, na Fazenda Cristo, situada na BR 262, Km 640, no município de Miranda, o apelante trazia consigo um revólver, calibre 38, marca Taurus, cromado, cano longo, cabo de madeira, numeração 631066, municiado com dois projéteis intactos, do mesmo calibre, sem o respectivo porte e registro.

Em suas razões recursais (f. 169-72), o apelante aduz, em apertada síntese, que o crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, deve ser desclassificado para o delito de posse (art. 12 da Lei n. 10.826/03), porquanto a arma teria sido apreendida dentro da fazenda e era usada para sua defesa, principalmente para se defender de animais, bem como seja absolvido em razão da *abolitio criminis temporalis*. Alternativamente, pede a desclassificação para o delito de posse.

Inicialmente, registre-se, que autoria e materialidade não estão sendo questionadas.

Com relação ao crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, pugna o recorrente pela desclassificação para o delito de posse (art. 12 da Lei n. 10.826/03), bem como seja absolvido em razão da *abolitio criminis temporalis*.

Em que pese os fundamentos da sentença, tenho que assiste razão ao apelante.

Verifica-se que as provas coligidas no decorrer da instrução criminal demonstraram, de forma inequívoca, que a arma de fogo apreendida, embora o recorrente estivesse portando a arma de fogo na cintura, no mangueiro da fazenda onde o mesmo residia e trabalhava, tal conduta não se encaixa naquela prevista no art. 14, do Estatuto do Desarmamento.

Ocorre, entrementes, que de acordo com a Lei n. 10.826/03, o tipo penal constante no seu art. 12, consiste em manter no interior da residência ou dependência desta, ou ainda, em local de trabalho, desde que seja o titular ou responsável legal do estabelecimento ou empresa, conforme texto da lei. Confira-se:

> Art. 12. Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa

Assim, a conduta do apelante realmente deve ser tida por posse e não porte de arma, como ocorreu.

Outrossim, com o advento do Estatuto do Desarmamento, é certo que o intuito do legislador foi tratar de modo mais rígido a posse, o porte e uso de arma de fogo, sem descaracterizar as figuras típicas já existentes.

Aliás, foi ampliado o rol das condutas delituosas, que além de restringir o acesso da população ao armamento, impossibilitou o trânsito indiscriminado de pessoas portando armas nas vias públicas, ainda que se tratasse de traslado entre o local onde a arma estivesse, originariamente, e os destinos para sua entrega.

Entretanto, o Estatuto possibilitou que os proprietários de arma de fogo, acessórios ou munição de uso permitido, que estivessem em desacordo com determinação legal, providenciassem suas regularizações, ou que as entregassem às autoridades competentes, em face do período de 180 (cento e oitenta) dias concedido pelos artigos 30 e 32.

Com efeito, é importante consignar, que por sucessivas prorrogações, a Medida Provisória n. 445/2008, que foi convertida na Lei n. 11.922, de 13 de abril de 2009, concedeu novo prazo para a entrega desses objetos, cujo art. 20, assim dispõe:

> Art. 20. Ficam prorrogados para 31 de dezembro de 2009 os prazos de que tratam o § 3º do art. 5 e o art. 30, ambos da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003.

Destarte, a "anistia" concedida pela Lei n. 11.922/09, revela a inequívoca intenção do legislador de não punir a conduta daquele que infrinja os tipos penais constantes no art. 12, do referido Estatuto, com o claro intuito de incentivar a regularização e/ou a entrega espontânea desses objetos.

O STJ, reiteradamente, vem decidindo que:

> [...] Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que a *vacatio legis* estabelecida pelos artigos 30 e 32 da Lei n. 10.826/2003 para a regularização das armas dos seus proprietários e possuidores é reconhecida hipótese de *abolitio criminis temporalis*.
>
> 2. É de rigor o trancamento da ação penal em que o paciente foi denunciado, como incurso nos artigos 12 (duas vezes) e 16, § único, IV, ambos da Lei n. 10.826/03, por guardar, em 23.9.2005, na chácara onde era caseiro, três armas de fogo, no período da *vacatio legis*, prorrogado pela Lei n. 11.191/2005.
>
> 3. Ordem concedida para trancar a ação penal. [...]. (*HC* n. 95014/SP, *HC n.* 2007/0275942-0, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, DJ de 28.9.2009).

Ou ainda:

> [...] 2. A Lei n. 10.826/03, nos seus art. 30 e 32, com as alterações promovidas pelas Leis n. 10.884/04 e n. 11.118/05, concedeu prazo de 180 dias após a publicação do respectivo regulamento, para que todos os possuidores e proprietários de armas de fogo não-registradas procedessem aos respectivos registros.
>
> 3. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça firmou, no julgamento da APn 394/RN, a orientação de que a *vacatio legis* indireta estabelecida pela Lei n. 10.826/03 aplica-se retroativamente, de modo a alcançar os crimes de posse ilegal de arma ocorridos sob a vigência da Lei n. 9.437/97.
>
> 4. [...]. (*HC* n. 93120/SP, *HC n.* 2007/0250856-1, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 20.10.2008).

Destarte, ainda, aquele que, até 31 de dezembro de 2009, possuísse, em sua residência ou nas dependências desta, ou em seu local de trabalho, arma de fogo, acessório ou munição de uso permitido, não poderá ser incurso nas sanções do artigo 12 da Lei n. 10.826/03.

Conclui-se, portanto, que ninguém poderá ser preso ou processado pela prática do crime de posse de arma de fogo, acessórios ou munições de uso permitido, previsto no Estatuto, até que findo o prazo estipulado pela Medida Provisória n. 445/2008, convertida na Lei n. 11.922/09.

O fato de a arma de fogo ter sido apreendida numa fazenda, local de trabalho do recorrente, não tem o condão de tipificar a conduta descrita no art. 14, do Estatuto (porte de arma de fogo de uso permitido).

Assim, diante do exposto, a conduta do apelante se enquadra na descrita no art. 12 da Lei n. 10.826/03 e, com efeito, julgo extinta a punibilidade do crime de posse ilegal de arma de fogo de uso permitido, pela ocorrência da *abolitio criminis temporalis.*

Por todo exposto, contrariando o parecer, dou provimento ao recurso de Edilson de Almeida para desclassificar o crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (art. 14 da Lei n. 10.826/03), para o delito de posse irregular de arma de fogo de uso permitido (art. 12 da mesma lei) e julgar extinta a punibilidade pela ocorrência da *abolitio criminis temporalis*.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, JULGARAM PREJUDICADA A PRELIMINAR E, NO MÉRITO DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, CONTRA O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Carlos Brandes Garcia, Marilza Lúcia Fortes e Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 16 de agosto de 2010.

***

Apelação Criminal n. 2010.014035-0 - Aparecida do Taboado
Primeira Turma Criminal
Relator Des. João Carlos Brandes Garcia

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO – DELITO COMETIDO POR SOBRINHA DA VÍTIMA – AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO – NECESSIDADE DE COABITAÇÃO – CONDENAÇÃO MANTIDA – IMPROVIDO.

Para que se exija a representação como condição de procedibilidade, o delito tem que ser cometido contra tio que coabita com o réu.

EMENTA - MODIFICAÇÃO DE REGIME PRISIONAL – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS – SÚMULA 269 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – ABRANDAMENTO – PROVIDO.

É admissível adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados à pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e com o parecer, negar provimento ao recurso de Pollyanna Alves de Oliveira e dar provimento ao apelo de Rodrigo Pacheco da Silva.

Campo Grande, 6 de julho de 2010.

Des. João Carlos Brandes Garcia – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

Trata-se de recursos de apelação criminal interpostos por Rodrigo Pacheco da Silva e Pollyana Alves de Oliveira contra a sentença que os condenou, respectivamente, às penas de 2 (dois) anos e 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, pela prática do crime tipificado no art. 155, § 4º, inciso IV do Código Penal, objetivando a reforma do *decisum*.

A apelante Pollyana Alves de Oliveira pretende ser reconhecida a escusa absolutória prevista no artigo 182, inciso III, do Código Penal, pois entende que a coabitação não exige vínculos permanentes e estabilidade no relacionamento.

Rodrigo Pacheco da Silva também se insurge contra a sentença, apenas para modificar o regime prisional inicial de cumprimento da pena.

Contrarrazões às f. 253-258, pela manutenção integral da sentença condenatória.

Em parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo improvimento do recurso de Polyana Alves de Oliveira e provimento do apelo de Rodrigo Pacheco da Silva (f. 266-271).

VOTO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (Relator)

O Ministério Público Estadual ofereceu denúncia contra Rodrigo Pacheco da Silva e Pollyana Alves de Oliveira pela prática do crime tipificado no art. 155, § 1º e 4º, inciso IV, do Código Penal, porque segundo a inicial acusatória:

> No dia 21 de dezembro de 2005, por volta das 00:50 horas, a viatura da policia militar local fazia ronda ostensiva, ocasião em que passaram pela Rua Presidente Dutra e ouviram a vítima Suely Saco Félix gritando por socorro. De imediato os policiais dirigiram-se até a vítima, constatando que a mesma acabava de ser vítima de furto de uma máquina de lavar roupa.
>
> Constam nos autos do inquérito policial, que a vítima viu o autor dos fatos dirigindo-se para a rua Duque de Caxias, oportunidade em que os policiais em diligência saíram em perseguição, obtendo êxito em encontrar o denunciado Rodrigo Pacheco, próximo ao centro de saúde local. O mencionado autor ao perceber a presença dos policiais tentou empreender fuga, entretanto, a *res furtiva* caiu da garupa da bicicleta, sendo que de imediato o mesmo foi detido e preso. (sic, f. 2).

Passa-se à análise dos recursos.

A pretensão da apelante Pollyana não merece guarida.

Com efeito, não basta a relação de parentesco para que o delito de furto passe a ser de ação penal pública condicionada à representação, sendo imprescindível a relação de coabitação, que não restou demonstrada, razão pela qual a imunidade relativa do art. 182 do Código Penal, que dispõe, a respeito dos crimes contra o patrimônio, *verb*is: "*Somente se procede mediante representação, se o crime previsto neste título é cometido em prejuízo: [...] III – de tio ou sobrinho,* ***com quem o agente coabita***." grifei

A propósito das imunidades relativas nos crimes contra o patrimônio, leciona Cezar Roberto Bitencourt:

> c) Tio ou sobrinho com quem o agente coabita – Tio e sobrinho são parentes em linha colateral, ao contrário de ascendente e descendente, que o são em linha reta, *ad infinitum*. A exigência legal para condicionar a ação penal à representação do ofendido, nessa hipótese, é de que vítima e infrator coabitem sob o mesmo teto, com animus duradouro, sendo insuficientes algumas passagens esporádicas. Coabitar é morar junto, na mesma casa, sob o mesmo teto. (*in* **Código Penal Comentado**, 5. ed., 2009, Ed. Saraiva, p. 745).

Portanto, para que se exija a representação como condição de procedibilidade, o delito tem que ser cometido contra tio que coabita com o réu, o que não é o caso dos autos.

Resta melhor sorte ao apelo de Rodrigo Pacheco.

Como se observa das razões recursais, a insurgência do apelante reside apenas com relação ao regime prisional inicial de cumprimento da pena, o qual, consoante parecer da ilustre Procuradora de Justiça, pode ser abrandado:

> Cotejando os autos, denota-se ser cabível a fixação do regime semiaberto ao caso em tela. Apesar de o apelante ser contumaz na prática delitiva, conforme documentos de f. 188-191, pela quantidade da pena infligida ao apelante – 2 (dois) anos de reclusão e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa – e em razão das circunstâncias judiciais sopesadas pelo Juiz de primeiro grau, o regime de cumprimento merece ser modificado. (*sic,* f. 270).

> Destarte, consoante enuncia a súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça: "É admissível adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados à pena igual ou inferior a quatro anos de favoráveis as circunstâncias judiciais."

Pelo exposto, nego provimento ao recurso de Pollyana Alves de Oliveira e dou provimento ao apelo de Rodrigo Pacheco da Silva, para modificar seu regime prisional inicial para o semi-aberto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DE POLLYANNA ALVES DE OLIVEIRA E DERAM PROVIMENTO AO APELO DE RODRIGO PACHECO DA SILVA.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Carlos Brandes Garcia, Marilza Lúcia Fortes e Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 6 de julho de 2010.

***

Habeas Corpus n. 2010.015794-6 - Pedro Gomes
Primeira Turma Criminal
Relator Des. João Carlos Brandes Garcia

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – INDEFERIMENTO DE LIBERDADE PROVISÓRIA FUNDAMENTADO NA GRAVIDADE ABSTRATA DO CRIME – INIDONEIDADE – INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP – PACIENTE QUE TEM CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – ORDEM CONCEDIDA.

Para a negativa do pedido de liberdade provisória, não basta a simples consideração acerca da gravidade genérica do delito, sendo indispensável a demonstração objetiva, com base em fatos concretos, da efetiva necessidade da segregação cautelar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e contra o parecer, conceder a ordem.

Campo Grande, 29 de junho de 2010.

Des. João Carlos Brandes Garcia – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Jean Rommy de Oliveira, em favor de José Pequeno da Silva, sob o argumento de estar o mesmo sofrendo constrangimento ilegal por parte do juiz de direito da vara única da comarca de Pedro Gomes, consistente no indeferimento do pedido de liberdade provisória, nos autos em que responde pelo crime de estupro de vulnerável (Art. 217-A do CP).

Alega o impetrante, em síntese, que inexistem os motivos autorizadores da prisão preventiva, bem como que o paciente preenche todos os pressupostos para responder o processo em liberdade.

Aduz, ainda, que a gravidade abstrata do crime não é fundamento idôneo para a custódia cautelar, consoante entendimento desta 1ª Turma Criminal.

O pedido liminar foi deferido (f. 84-5).

A autoridade apontada como coatora prestou as informações de f. 96-176.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer, opina pela denegação da ordem (f. 181-93).

VOTO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (Relator)

O paciente José Pequeno da Silva foi preso, por força de prisão preventiva, na data de 11.5.2010, por ter, supostamente, praticado um delito de estupro de vulnerável na comarca de Pedro Gomes (MS).

A decisão recorrida, que indeferiu a liberdade provisória da paciente, foi fundamentada na gravidade abstrata do delito, *verbis*:

> Analisando o pedido em questão, tenho que assiste inteira razão ao Ministério Público Estadual.
>
> A despeito de o requerente ter alegado possuir residência fixa e ocupação lícita, os requisitos autorizadores da segregação cautelar permanecem incólumes.
>
> Os fatos narrados no Inquérito Policial em apenso (039.10.000338-7) foram bem sopesados pela decisão que decretou a prisão preventiva do requerente, não havendo notícias até então de fatos outros que autorizem a conclusão de haver tido mudança na situação fática do requerente.
>
> Não bastasse isso, necessário ainda pontuar que a ordem pública de *per si* já seria motivo mais que suficiente para a segregação do requerente, eis que as vítimas são menores impúberes e o crime do qual o requerente está sendo acusado é o de estupro de vulnerável.
>
> A par da gravidade da conduta do acusado, alie-se a grande repercussão social que os fatos ocasionaram nesta urbe, pequena, pacata e interiorana.
>
> Também a conveniência da instrução, como já mencionado na decisão que decretou-lhe a prisão preventiva, clama pela sua segregação, máxime considerando-se os motivos já encartados na referida decisão, que colocam o requerente muito próximo da família da vítima, de forma que também este requisito não há de ser ignorado.
>
> Dispõe o art. 312 do Código de Processo Penal, ***in verbis***:
>
> **"A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova de existência do crime e indícios suficientes da autoria".**
>
> Assim, para garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal, deve o ora requerente permanecer com a manutenção da prisão cautelar.
>
> Portanto, com fulcro na decisão que decretou a prisão preventiva, aliado às razões acima alinhavadas, o pedido do requerente não merecer ser acolhido.
>
> Posto isso, acolhendo *in totum* o parecer do Ministério Público, indefiro o requerimento de revogação de prisão preventiva formulado por José Pequeno da Silva, devidamente qualificado nos autos.
>
> Intimem-se.
>
> Pedro Gomes, 18 de maio de 2010.
>
> Jeane de Souza Barboza Ximenes
>
> Juiza de Direito (F. 83-5).

Pois bem. Para a decretação da prisão preventiva, medida extrema somente cabível em casos excepcionais e na presença de requisitos determinados mencionados, a decisão que o fizer **deve** ser fundamentada, de modo a apontar, no caso concreto, os motivos pelos quais se entenderem presentes quaisquer das hipóteses do art. 312 do CPP, e quando se estiver diante de prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria.

No caso em análise, verifica-se que a decisão objurgada não foi fundamentada idoneamente, pois deixou de apontar, na hipótese concreta e de acordo com as circunstâncias pessoais da paciente, de que modo estaria comprometendo a ordem pública ou econômica, o bom andamento da instrução criminal ou a certeza da aplicação da lei penal.

Como visto, foi decretada em razão da gravidade em abstrato do delito e na possibilidade de o paciente voltar a delinqüir ou influenciar testemunhas, especialmente pela proximidade com a família da vítima.

A esse respeito, veja-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> Para o indeferimento do pedido de liberdade provisória, é dominante a jurisprudência desta Corte no sentido de que não basta a simples consideração acerca da gravidade genérica do delito, sendo indispensável a demonstração objetiva, com base em fatos concretos, da efetiva necessidade da segregação cautelar, evidenciando-se na decisão a real ameaça à ordem pública ou econômica, o risco para a regular instrução criminal ou o perigo de se ver frustrada a aplicação da lei penal. Precedentes (grifo nosso) (*HC* n. 60123/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, julgado em 12.9.2006).

No mesmo sentido, a recente manifestação do Ministro Celso de Mello no *HC* n. 100959, onde, em decisão liminar, onde registrou que *"todos sabemos que a privação cautelar da liberdade individual é sempre qualificada pela nota da excepcionalidade, eis que a supressão meramente processual do jus libertatis não pode ocorrer em um contexto caracterizado por julgamentos sem defesa ou por condenações sem processo"*. Prossegue afirmando que *"a mera suposição desacompanhada de indicação de fatos concretos – de que o ora paciente, em liberdade, poderia delinqüir ou frustrar, ilicitamente, a regular instrução processual – revela-se insuficiente para fundamentar o decreto (ou a manutenção) de prisão preventiva cautelar, se tal suposição, como ocorre na espécie dos autos, deixa de ser corroborada por base empírica idônea."*.

Quanto à alegada influência do paciente sobre a família da vítima, colho do parecer ministerial, já que a decisão nada fala a esse respeito, que tal decorre do vínculo empregatício entre uma irmã da vítima e o paciente.

Tal situação, a meu ver, é insuficiente para se deduzir a influência na colheita de provas, sendo que sequer há prova nos autos de que tal vínculo tenha cessado ou não e, ademais, os familiares da vítima serão ouvidos como informantes, com as devidas cautelas sobre suas manifestações.

Registro, ainda, que as condições subjetivas são favoráveis ao paciente, pois é primário (f. 86), tem ocupação lícita, família constituída, sendo vinculada ao distrito da culpa, conforme reconhecido pela própria decisão atacada.

Pelo exposto, contra o parecer, concedo a ordem para permitir que o paciente responda à correspondente ação penal em liberdade, com vinculação, confirmando a liminar já deferida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E CONTRA O PARECER, CONCEDERAM A ORDEM.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Carlos Brandes Garcia, João Batista da Costa Marques e Marilza Lúcia Fortes.

Campo Grande, 29 de junho de 2010.

***

Habeas Corpus n. 2010.017675-7 - Dourados
Segunda Turma Criminal
Relator Juiz Manoel Mendes Carli

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – ESTRANGEIRO COM DECRETO DE EXPULSÃO – LIVRAMENTO CONDICIONAL – IMPOSSIBILIDADE DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO SUBJETIVO – ORDEM DENEGADA.

Além do estrangeiro com decreto de expulsão formalizado não preencher o requisito subjetivo previsto no inciso III, do artigo 83, do Código Penal, dada a impossibilidade do exercício profissional, sua permanência no meio livre constitui afronta ao próprio interesse do Estado, pois a sua presença foi declarada indesejada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, denegar a ordem.

Campo Grande, 12 de julho de 2010.

Juiz Manoel Mendes Carli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Manoel Mendes Carli

A Defensoria Pública Estadual impetra ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor do paciente Daniel José Regalado Baca, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Dourados - MS.

Sustenta a impetrante, em síntese, que o paciente foi preso em 27.11.2005, condenado pelo crime de tráfico de drogas à pena de 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão, bem como que já cumpriu 4 (quatro) anos, 6 (seis) meses e 5 (cinco) dias da pena até a presente data.

Aduz que foi formulado pedido de livramento condicional à autoridade coatora que foi indeferido, em razão do ora paciente ser estrangeiro.

Sustenta, ainda, que o fato de o paciente ser estrangeiro não lhe retira o direito de respeito e garantia de aplicabilidade na execução penal, dos princípios da individualização e humanização da pena, que prevê a possibilidade de progressão de regime e livramento condicional.

Ao final, requer que seja determinada a análise imediata do livramento condicional ou a sua concessão.

Liminar indeferida às f. 18-20.

Informações da autoridade apontada como coatora às f. 24 e documentos às f. 25-26.

À Procuradoria Geral de Justiça opina às f. 30-33, pela denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Juiz Manoel Mendes Carli (Relator)

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública Estadual, com pedido de liminar, em favor do paciente Daniel José Regalado Baca, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Dourados - MS.

A ordem deve ser denegada.

Com efeito, estatui o artigo 83, do Código Penal:

> Art. 83. O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:
>
> I – cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for
>
> reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes;
>
> II – cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso;
>
> III – comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover á própria subsistência, mediante trabalho honesto;
>
> IV – tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração;
>
> V – cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crime dessa natureza.
>
> Parágrafo único: Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento também ficará subordinada a constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir.
>
> Por sua vez, a Lei n. 6.815/80, que define a situação jurídica do estrangeiro no país, dispõe em seu artigo 125, inciso VII, que:
>
> Art. 125. Constitui infração, sujeitando o infrator às penas aqui cominadas: [...]
>
> VII - empregar ou manter a seu serviço estrangeiro em situação irregular ou impedido de exercer atividade remunerada; [...]

Neste contexto, verifica-se que o estrangeiro, com decreto de expulsão exarado, não tem como cumprir o requisito subjetivo da aptidão para prover à própria subsistência, vale dizer, possibilidade de exercer um trabalho honesto que lhe permita a manutenção de uma vida digna.

Importante observar que não é o fato do paciente ser estrangeiro que o impede de obter o livramento condicional, mas sim a determinação de sua expulsão do território brasileiro, porque além da sentença penal condenatória brasileira não poder ser executada no país estrangeiro, permitir a alguém, com decreto de expulsão decretada, sua permanência no meio livre, constitui uma afronta ao próprio interesse do Estado, que é impedir que ele permaneça no país, visto que se considerou indesejável a sua presença.

À guisa de exemplos, trago os precedentes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. PACIENTE ESTRANGEIRO, COM DECRETO DE EXPULSÃO EXPEDIDO CONTRA SI. LIVRAMENTO CONDICIONAL. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA MEDIDA. INADMISSIBILIDADE DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA.

1. Conforme orientação há muito sedimentada nesta Corte Superior, se o estrangeiro já tem contra si um decreto de expulsão, falta-lhe um dos requisitos para o livramento condicional, pois a permanência irregular no mercado de trabalho é contrariar o interesse do próprio Estado que a determinou. Precedentes deste STJ.

2. O benefício pleiteado pelo paciente lhe foi negado em função da impossibilidade de se sujeitar o cumprimento das condições próprias ao exercício do livramento condicional, uma vez que pesa sobre si decreto de expulsão, condicionado ao cumprimento da pena.

3. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

4. Ordem denegada.[1]

EXECUÇÃO PENAL – *HABEAS CORPUS* – LIVRAMENTO CONDICIONAL – ESTRANGEIRO COM DECRETO DE EXPULSÃO – IMPOSSIBILIDADE DO EXERCÍCIO DE PROFISSÃO HONESTA NO MEIO LIVRE – AUSÊNCIA DE REQUISITO LEGAL PARA O BENEFÍCIO – PEDIDO NÃO CONHECIDO.

1- Inexiste óbice ao estrangeiro para obtenção do livramento condicional, desde que reúna os requisitos objetivos e subjetivos para sua obtenção.

2- O estrangeiro que já teve determinada a sua expulsão, mas cumpre pena, está apenas a aguardar esse cumprimento para sair do país, posto que não é possível executar sua sentença condenatória noutro Estado.

3- Se o estrangeiro já tem contra si um decreto de expulsão, falta-lhe a aptidão de exercer no meio livre um trabalho honesto, necessário ao seu sustento, um dos requisitos para o livramento condicional.

4- Permitir que o estrangeiro, cuja presença foi considerada indesejável, ante um decreto de expulsão, permaneça irregularmente no meio livre é contrariar o interesse do próprio Estado que a determinou.

5- Pedido não conhecido.[2]

Na hipótese, segundo documentos acostados às f. 25-26, o processo de expulsão movido em desfavor do paciente encontra-se no Ministério da Justiça, especificamente no Departamento de Estrangeiros Divisão de Medidas Compulsórias, aguardando o resultado do recurso interposto pela defesa junto ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Logo, entendo que não há constrangimento ilegal a ser sanado.

Diante do exposto, com o parecer ministerial, **denego** a ordem.

1 *HC* n. 114.497/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ de 18.5.2009.

2 *HC* n. 99.530/SP, Sexta Turma, Relª. Minª. Jane Silva (Des. convocada do TJ/MG), julgado em 19.6.2008, DJ de 6.10.2008, REPDJe 19.12.2008.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DENEGARAM A ORDEM.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Manoel Mendes Carli, Desembargadores Claudionor Miguel Abss Duarte e Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 12 de julho de 2010.

***

Habeas Corpus n. 2010.020900-1 - Campo Grande
Segunda Turma Criminal
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA – INDEFERIMENTO LIBERDADE PROVISÓRIA – DECISÃO FUNDAMENTADA COM BASE EM ELEMENTOS CONCRETOS – SEGREGAÇÃO CAUTELAR MANTIDA – ORDEM DENEGADA.

O inciso IV do artigo 313 do Código de Processo Penal admite a decretação da prisão preventiva nos casos de crime que envolva violência doméstica e familiar contra a mulher, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência, mesmo em se tratando de crimes punidos com pena de detenção.

Reconhecendo-se o perigo concreto de violência à integridade da vítima, aliada a necessidade da garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal, nos termos dos artigos 312 e 313, IV, do CPP, a manutenção da custódia cautelar do paciente faz-se necessária para impedir novos episódios de violência e ameaça contra a vítima, posto que a decretação de medida protetiva de urgência de proibição e constatação da vítima foi insuficiente para assegurar seus direitos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, denegar a ordem, votação com o parecer.

Campo Grande, 23 de agosto de 2010.

Des. Manoel Mendes Carli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli

A Defensoria Pública Estadual impetra ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor do paciente Edvaldo Bastos Correia, pela eventual prática do delito previsto no artigo 147, do Código Penal, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara de Violência Dom. e Fam. contra Mulher da Comarca de Campo Grande - MS.

Sustenta a impetrante, em apertada síntese, que:

1) O paciente foi preso preventivamente em 20 de maio de 2010, pela suposta prática do delito previsto no artigo 147, do Código Penal;

2) A autoridade apontada como coatora indeferiu o pedido de liberdade provisória do paciente, alegando a necessidade de se garantir a ordem pública, por conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal, porém não há qualquer ato em concreto que dê real consistência ao temor da vítima;

3) O paciente é primário, tem residência fixa e trabalho lícito;

4) A prisão preventiva é incabível, pois podem ser decretadas medidas protetivas à ex-mulher do paciente; e,

5) A prisão antecipada do paciente implicará em cumprimento da pena em regime integralmente fechado, mormente porque o delito de ameaça propicia o cumprimento de pena em regime aberto.

Ao final, requer que seja expedido alvará de soltura em favor do paciente.

Liminar indeferida às f. 34-36.

Informações da autoridade apontada como coatora às f. 39-40 e documentos às f. 41-96.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina às f. 100-107, pela denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Relator)

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública Estadual, com pedido de liminar, em favor do paciente Edvaldo Bastos Correia, pela eventual prática do delito previsto no artigo 147, do Código Penal, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara de Violência Domiciliar e Familiar contra a Mulher da Comarca de Campo Grande - MS.

Segundo consta dos autos, o ora paciente foi preso preventivamente em 23 de abril de 2010, sob o fundamento da garantia da ordem pública, por conveniência da instrução criminal e pelo descumprimento da medida protetiva de proibição de aproximação e de contato com a ofendida decretada no processo n. 001.09.018743-2.

A ordem deve ser denegada.

O inciso IV, do artigo 313, do Código de Processo Penal admite a decretação da prisão preventiva nos casos de crime que envolva violência doméstica e familiar contra a mulher, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência, mesmo em se tratando de crimes punidos com pena de detenção.

Assim, não se verifica qualquer constrangimento ilegal impingido ao paciente, pois a decisão que decretou sua custódia cautelar e indeferiu o pedido de revogação da prisão preventiva se encontra devidamente fundamentada na necessidade de se resguardar a ordem pública, conveniência da instrução criminal e a medida acautelatória, com base em elementos concretos, porquanto o paciente, em liberdade, desobedeceu à decisão judicial, descumpriu medida protetiva a ele imposta e entrou em vias de fato com a ofendida.

Observa-se que mesmo dentro do presídio o paciente ameaçou a vítima, telefonando, enviando recado por meio de sua genitora e de ex-presidiários.

A propósito, os Tribunais Pátrios tem-se manifestado pela manutenção da custódia cautelar quando há descumprimento de medidas protetivas de urgência decretadas, senão vejamos:

> *HABEAS CORPUS*. AMEAÇA NO ÂMBITO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. PACIENTE QUE DESCUMPRIU POR DIVERSAS VEZES MEDIDA PROTETIVA DE PROIBIÇÃO DE APROXIMAÇÃO E DE CONTATO COM A OFENDIDA, SUA EX-COMPANHEIRA, VOLTANDO A AMEAÇÁ-LA DE

MORTE. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA EM RAZÃO DO DESCUMPRIMENTO DAS MEDIDAS PROTETIVAS E PARA GARANTIR A INTEGRIDADE FÍSICA E PSIQUICA DA VÍTIMA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. ORDEM DENEGADA. 1. **Inexiste ilegalidade na manutenção da prisão cautelar do paciente quando consta dos autos que vem reiteradamente ameaçando de morte sua ex-companheira e descumprindo decisões judiciais que deferiu medidas protetivas em favor da ofendida. 2. A prisão preventiva, em regra, apenas é cabível quando o crime em apuração é punido com pena de reclusão. Contudo, ainda que se trate de crime punido com detenção, é possível a custódia cautelar quando presente um dos requisitos da prisão preventiva (artigo 312, CPP) e configurado o descumprimento de medidas protetivas fixadas com fundamento na Lei Maria da Penha, na forma do disposto no artigo 313, inciso IV do Código de Processo Penal.** 3. *Habeas corpus* admitido e ordem denegada para indeferir o pedido de revogação da prisão preventiva do paciente. (TJDF, *HC* n. 2010.00.2.004392-6; ACr n. 419.522, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Roberval Casemiro Belinati, DJDFTE 6.5.2010, Pág. 175)

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DENEGAÇÃO DA ORDEM. **O Decreto de preventiva está suficientemente fundamentado em que o paciente reitera em conduta de violência doméstica, tendo descumprido anterior medida protetiva, assim atendidos os arts. 311, 312 e 313 do CPP. Ordem denegada.** (TJDF, *HC* n. 2009.00.2.017900-1, ACr n. 404.395, Primeira Turma Criminal, Rel. Des. Mario Machado, DJDFTE 1.3.2010, Pág. 120)

HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL. AMEAÇA. INJÚRIA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. REVOGAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA. INDERERIMENTO. DESCUMPRIMENTO. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. 1 - **Réu que, intimado acerca do deferimento de medidas protetivas de urgência em favor da vítima, as descumpre, pode ser preso para garantia da ordem pública e da segurança da vítima (CPP 313 IV).** 2 - A prisão cautelar é uma prisão instrumental que, no caso, tem por objetivo a garantia da ordem pública, não havendo motivo para se exigir sua proporcionalidade com a penalidade aplicada em eventual condenação. 3 - Condições pessoais favoráveis como primariedade e bons antecedentes não permitem, por si só, que o paciente aguarde o julgamento do processo em liberdade, se outros elementos estão a indicar a necessidade de sua prisão cautelar. 4 - Denegou-se a ordem. (TJDF, *HC* n. 2009.00.2.005580-3, ACr n. 364.865, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Sérgio Rocha, DJDFTE 21.9.2009, Pág. 191)

HABEAS CORPUS. AGRESSÃO CONTRA A MULHER. LEI MARIA DA PENHA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 312 DO CPP E DE FUNDAMENTAÇÃO NA DECISÃO PRIMEVA. INOCORRÊNCIA. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA. FATO ENSEJADOR DA PREVENTIVA. SUPOSTA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ARGUMENTO IMPROCEDENTE. ORDEM DENEGADA. I - Tendo o paciente proferido diversas ameaças contra a vítima, reconhece-se a sua agressividade, bem como a vulnerabilidade da segurança da vítima, sendo a cautelar necessária para garantia da ordem pública e por conveniência da instrução criminal. II - **O descumprimento de medida protetiva é motivo ensejador da prisão preventiva para garantia de sua execução.** III - O princípio da presunção da inocência não influi na análise da necessidade da manutenção da prisão cautelar, mas apenas impede a antecipação dos efeitos da sentença. (TJMG, *HC* n. 1.0000.09.506049-7/0001, Belo Horizonte, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Alberto Deodato Neto, julgado em 3.11.2009, DJEMG 11.12.2009) - destaquei -

Destarte, condições pessoais favoráveis não são suficientes, per si, para garantir a liberdade provisória ao paciente, quando presentes os requisitos que ensejam sua prisão cautelar.

Nesse ínterim, a decisão que decretou a custódia do ora paciente se justifica não apenas pelo descumprimento da medida protetiva anteriormente imposta, mas também porque baseada na possibilidade concreta de ofensa à integridade física e psicológica da vítima.

Verifica-se *in casu* que a manutenção da custódia cautelar do paciente gira em torno da necessidade de impedir novos episódios de violência e ameaça contra a vítima, posto que a medida protetiva de urgência foi insuficiente para assegurar os direitos desta.

Assim, mesmo se tratando de delito punido com detenção, diante da presença dos requisitos do artigo 312, do Código de Processo Penal, e, em especial, da necessidade de assegurar a aplicação da medida protetiva elencada pela Lei Maria da Penha, a prisão cautelar do paciente é medida que se impõe.

Diante do exposto**,** acompanhando o parecer ministerial, denego a concessão da ordem pleiteada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DENEGARAM A ORDEM, VOTAÇÃO COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Manoel Mendes Carli, Claudionor Miguel Abss Duarte e João Maria Lós.

Campo Grande, 23 de agosto de 2010.

***

Agravo Criminal n. 2010.021104-4 - Cassilândia
Segunda Turma Criminal
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – AGRAVO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – PROGRESSÃO DE REGIME – CRIME HEDIONDO – HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO COMETIDO DEPOIS DA LEI N. 11.464/07 – AGENTE REINCIDENTE – BENESSE NO PRAZO DE 3/5 – RECURSO IMPROVIDO.

Se o crime hediondo foi cometido após a entrada em vigor da Lei n. 11.464/07, e sendo o agente reincidente, o benefício da progressão de regime ocorre com o cumprimento do lapso temporal de 3/5 (três quintos), consoante o artigo 2º, § 2º, da Lei n. 8072/90.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, improver o recurso.

Campo Grande, 23 de agosto de 2010.

Des. Manoel Mendes Carli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Selmo Batista Garcia interpôs agravo criminal contra a decisão (f. 101) proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Cassilândia – MS que indeferiu o pedido de retificação do cálculo da pena, precipuamente no que tange a data prevista para a concessão do benefício da progressão.

O agravante sustenta, em apertada síntese, que deve ser observada a fração de 2/5 para a concessão do benefício, em face de não ser reincidente específico em crimes hediondos. Ademais, os delitos utilizados para considerá-lo reincidente foram cometidos antes da entrada em vigor da Lei n. 11.464/07.

Em contrarrazões (f. 125-128), o Ministério Público pugna pela manutenção do *decisum*.

Em juízo de retratação, o magistrado singular ratificou sua decisão pelos seus próprios fundamentos (f. 132).

A Procuradoria-Geral de Justiça, por sua vez, opina às f. 137-140 pelo improvimento do recurso da defesa.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Relator)

Trata-se de agravo criminal interposto por Selmo Batista Garcia contra a decisão (f. 101) proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Cassilândia – MS que indeferiu o pedido de retificação do cálculo da pena, precipuamente no que tange a data prevista para a concessão do benefício da progressão.

O agravante sustenta, em apertada síntese, que deve ser observada a fração de 2/5 para a concessão do benefício, em face de não ser reincidente específico em crimes hediondos, além de que os delitos que levaram a considerá-lo reincidente foram cometidos antes da entrada em vigor da Lei n. 11.464/07.

Extrai-se dos autos que o agravante cumpre pena pela prática dos seguintes delitos:

1) Artigo 121, § 1° c.c. artigo 14 *caput*, II, ambos do CP – fato cometido em 19.5.2002, com decisão transitada em julgado em 15.4.2005 (f. 83).

2) Artigo 333, *caput*, do CP – fato cometido em 11.4.2008, com decisão transitada em julgado em 10.11.2008 (f. 83).

3) Artigo 121, § 2°, IV c.c. artigo 14 *caput*, II, ambos do CP – fato cometido em 7.4.2008, com decisão transitada em julgado em 3.7.2009 (f. 103).

Assim, o presente feito trata-se quanto à fração para progressão de regime prisional quanto ao terceiro delito (artigo 121, § 2°, IV c/c artigo 14, *caput*, II, ambos do CP), que é o considerado hediondo.

Segundo o artigo 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/90, com redação dada pela Lei n. 11.464/07, os prazos para os condenados por crime hediondo obterem a progressão de regime são:

a) Após o cumprimento de 2/5 da pena, se o apenado for primário;

b) Após o cumprimento de 3/5 da pena, se o condenado for reincidente.

Dessa forma, se o crime hediondo for cometido antes da Lei n. 11.464/07, a progressão de regime ocorre no lapso temporal de 1/6, contudo, se cometido após a vigência da respectiva lei o lapso temporal para o benefício se faz nos prazos acima expostos.

Portanto, neste ponto, a Lei n. 11.464/07 é mais gravosa, não podendo, assim, retroagir para alcançar delitos praticados antes de sua entrada em vigor.

Trago à baila o precedente do Superior Tribunal de Justiça:

> PENAL – *HABEAS CORPUS* – CRIME HEDIONDO – CRIME COMETIDO ANTERIORMENTE À LEI N. 11.464/2007. VIGÊNCIA DO ENTENDIMENTO ESPOSADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COM REFERÊNCIA À INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. PROGRESSÃO COM O CUMPRIMENTO DE APENAS UM 1/6 DA PENA NO REGIME IMEDIATAMENTE ANTERIOR. INCONSTITUCIONALIDADE DA RETROATIVIDADE DE NORMA PREJUDICIAL AO APENADO. MATÉRIA NÃO EXAMINADA NO TRIBUNAL *A QUO*, EMBORA FOSSE POSSÍVEL FAZÊ-LO – PEDIDO QUE NÃO SE CONHECE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
>
> 1-Após o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade do regime integralmente fechado, é permitida a progressão de regime na hipótese dos crimes hediondos.
>
> 2- A decisão do Tribunal Maior atingiu todas as penas em execução e as que viessem a ser impostas por crimes cometidos sob a vigência da Lei n. 8072/90.
>
> 3- Os novos prazos para progressão de regime não se aplicam aos crimes cometidos antes da Lei n. 11.464/2007, posto que não se admita a retroatividade da lei penal, salvo para beneficiar o réu (art. 5º, XL, da CF).

> 4- Se o crime hediondo foi cometido antes da Lei n. 11.464/2007, a progressão de regime de cumprimento da pena se faz depois de efetivamente cumprido um sexto da punição privativa de liberdade no regime anterior, desde que presentes os demais requisitos objetivos e subjetivos.
>
> 5- Se o pedido é corriqueiramente decidido nesta Corte, mas não foi conhecido pelo Tribunal *a quo*, embora fosse possível examiná-lo, dele não se conhece, mas sendo evidente a coação ilegal e o aumento do constrangimento, caso demore a solução para fazê-lo cessar, impõe-se a concessão de ordem de ofício. 6- Pedido que não se conhece. Ordem concedida de ofício.[1]
>
> *In casu*, verifica-se que a agravante cometeu o terceiro fato delituoso em 7.4.2008 (f. 103), sendo que a Lei n. 11.464 passou a vigorar no momento de sua publicação, ou seja, em 29.3.2007.

Acresça-se ainda que consoante o disposto no art. 63 do Código Penal Brasileiro: "*Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.*"

Analisando os autos, percebe-se que à época do cometimento do terceiro crime, homicídio qualificado na forma tentada (7.4.2008), o apelante possuía uma condenação com trânsito em julgado na data de 15.4.2005 (f. 83), desta forma, não há óbice em considerá-lo reincidente.

Assim, como o terceiro crime, homicídio qualificado na forma tentada, cometido pelo agravante consumou-se após a entrada em vigor da Lei n. 11.464 e sendo ele reincidente, a progressão de regime, quanto a este delito, deverá ocorrer após o cumprimento de 3/5 da pena.

Ressalte-se que a Lei n. 11.464/07 diferencia as frações para progressão de regime prisional ao agente reincidente e ao primário, não havendo nenhuma determinação para que seja reincidente específico em crimes hediondos.

Portanto, com acerto decidiu o magistrado *a quo* ao considerar para a progressão prisional quanto ao delito hediondo – homicídio qualificado tentado – o prazo de 3/5 (tendo em vista a reincidência e o fato ter sido cometido após a vigência da Lei n. 11.464).

Ante o exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, IMPROVERAM O RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Claudionor Miguel Abss Duarte, Manoel Mendes Carli e João Maria Lós.

Campo Grande, 23 de agosto de 2010.

***

1 *HC* n. 99.048/SP, Quinta Turma, Relª. Desª. Jane Silva - convocada do TJ/MG, DJ de 17.9.2007.

Mandado de Segurança n. 2010.010633-4 - Itaporã
Seção Criminal
Relatora Desª Marilza Lúcia Fortes

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE ARMA – PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – INOCORRÊNCIA – TERCEIRO DE BOA FÉ – REJEITADA – MÉRITO – ARMA APREENDIDA QUE POSSUI O DEVIDO REGISTRO NA POLICIAL FEDERAL – ORDEM CONCEDIDA.

O terceiro de boa-fé que teve bem apreendido em processo crime, sem o devido processo legal, poderá valer-se do mandado de segurança buscando ver reconhecido seu direito à restituição.

Se o apelante comprovou no presente *mandamus* que é o proprietário da arma apreendida com dois meliantes que furtaram de sua residência, e que aludida espingarda possui o devido registro perante a polícia federal, e não interessa ao processo, deve ser restituída ao proprietário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e com o parecer, conceder a segurança.

Campo Grande, 7 de julho de 2010.

Desª Marilza Lúcia Fortes – Relatora

RELATÓRIO

A Srª. Desª Marilza Lúcia Fortes

Rogério Brignon interpõe o presente *mandamus* com pedido de liminar, contra decisão do Juiz de Direito da comarca de Itaporã que, adotando como razões de decidir a cota ministerial às f. 33-36, indeferiu lhe a restituição da arma *winchester* calibre 22 n. de série e21937 sob o fundamento de que a arma não possui registro.

O impetrante alega que possui registro da aludida arma e que ela lhe fora furtada e encontrada com os meliantes conforme boletim de ocorrência às f. 16-17 e 19 dos autos.

A liminar foi indeferida à f. 58.

As informações foram prestadas à f. 62.

O Parecer Ministerial opina pelo não-conhecimento do *mandamus,* uma vez que utilizado em substituição a recurso próprio, e, no mérito, pela concessão da ordem.

VOTO

A Srª. Desª Marilza Lúcia Fortes (Relatora)

Rogério Brignoni interpõe o presente *mandamus* com pedido de liminar, contra decisão do Juiz de Direito da comarca de Itaporã que, adotando como razões de decidir a cota ministerial às f. 33-36, lhe indeferiu a restituição da arma *winchester* calibre 22 n. de série e21937 sob o fundamento de que a arma não possui registro.

Sobre a preliminar de não conhecimento levantada pela PGJ, registro que a nova lei do mandado de segurança n. 12.016/2009 prescreve em seu inciso II do artigo 5º que *"[...] Não se concederá mandado de segurança quando se tratar[...] de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo[...]"*.

A súmula 267 do STF determina que *"[...] Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição[...]"*.

Pois bem, a primeira vista, no caso em tela, o recurso cabível seria a apelação criminal, que, nos termos do art. 597 do Código de Processo Penal, possui efeito suspensivo.

Entretanto, no caso em pauta o impetrante alega ser terceiro de boa fé, razão pela qual se conhece da presente ação mandamental, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. APREENSÃO DE VEÍCULO UTILIZADO NA PRÁTICA DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PERDA DO BEM EM FAVOR DA UNIÃO. RESTITUIÇÃO RECLAMADA POR TERCEIRO ESTRANHO À LIDE QUE SE DIZ PROPRIETÁRIO DO AUTOMÓVEL. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 202/STJ. RECURSO PROVIDO.
>
> O terceiro de boa-fé que teve seu bem apreendido em processo crime, sem o devido processo legal, poderá valer-se do incidente previsto no artigo 120 do CPP ou, ainda, impetrar mandado de segurança buscando ver reconhecido seu direito à restituição. (MS n. 17994)

Dessa forma, afasto a preliminar lançada e passo ao mérito da questão.

Como relatado, consta às f. 17 e f. 19 que a arma em questão foi furtada da casa do impetrante e, posteriormente, apreendida com meliantes que estavam praticando furtos pela cidade de Douradina.

É certo que, à época do furto, o impetrante não possuía registro da arma, entretanto, às f. 42; 56 e 94 consta que, posteriormente a apreensão da espingarda, a Polícia Federal, após analisar a documentação do impetrante comprovando a propriedade do armamento, expediu o registro da aludida arma em seu nome.

Dessa forma, não há dúvidas que o impetrante seja proprietário da espingarda, e que esta se encontra devidamente registrada no órgão competente, não havendo por que não a restituir.

Ademais, o Laudo Pericial efetuado na arma às f. 78-81 já prestou suas informações nos autos, de maneira que aludida espingarda não mais interessa ao processo.

É importante consignar que, apesar da autoridade coatora às f. 62 informar que o laudo concluiu que a arma havia sido utilizada, tal afirmação não leva a nenhuma outra conclusão válida para se reter o armamento.

Dessa forma, afasto a preliminar lançada, e, no mérito, com o Parecer, **concedo a segurança** determinando a restituição imediata da arma ao impetrante.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, CONCEDERAM A SEGURANÇA.

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

Relatora, a Exma. Srª. Desª Marilza Lúcia Fortes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marilza Lúcia Fortes, Romero Osme Dias Lopes, Carlos Eduardo Contar, Dorival Moreira dos Santos, Manoel Mendes Carli, Claudionor Miguel Abss Duarte e João Carlos Brandes Garcia.

Campo Grande, 7 de julho de 2010.

***

Habeas Corpus n. 2010.017195-3 - Campo Grande
Primeira Turma Criminal
Relatora Desª Marilza Lúcia Fortes

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – TRANSFERÊNCIA DO PRESÍDIO MILITAR ESTADUAL PARA O INSTITUTO PENAL DE CAMPO GRANDE A REQUERIMENTO DO COMANDANTE – IMPOSSIBILIDADE – PRERROGATIVA DE MILITAR DA ATIVA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO – ORDEM CONCEDIDA.

O militar da ativa do Corpo de Bombeiros possui a prerrogativa de ser recolhido em Estabelecimento Penal Militar, conforme previsão do art. 73 da Lei Federal n. 6.880/80 e do art. 70 da Lei Complementar Estadual n. 53/90, sendo patente o constrangimento ilegal diante de sua transferência para estabelecimento civil destinado a presos comuns e ex-militares.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e contra o parecer, conceder a ordem.

Campo Grande, 6 de julho de 2010.

Desª Marilza Lúcia Fortes – Relatora

RELATÓRIO

A Srª. Desª Marilza Lúcia Fortes

O advogado Mário Sérgio Rosa impetra o presente *habeas corpus,* com pedido de liminar, em favor de Daniel Gomes da Silva, cabo da ativa do Corpo de Bombeiros Militar deste Estado, contra o Juiz de Direito da Auditoria Militar da comarca de Campo Grande.

Sustenta, em suma, que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal porque a autoridade apontada como coatora determinou a sua transferência do Presídio Militar Estadual para o Instituto Penal de Campo Grande, colocando em risco sua integridade física e afrontando o seu direito de prisão especial em quartel ou unidade militar.

Ao final, requer a concessão da ordem a fim de que o paciente seja transferido para o Presídio Militar.

O pedido de liminar foi indeferido (f. 22).

A autoridade apontada como coatora prestou informações (f. 25-26).

A PGJ opinou pela denegação da ordem (f. 65-70).

VOTO

A Srª. Desª Marilza Lúcia Fortes (Relatora)

Sustenta o impetrante, em suma, que o paciente é cabo da ativa do Corpo de Bombeiros Militar e está sofrendo constrangimento ilegal porque a autoridade apontada como coatora determinou a sua transferência do Presídio Militar Estadual para o Instituto Penal de Campo Grande, colocando em risco sua integridade física e afrontando o seu direito de prisão especial em quartel ou unidade militar.

Pois bem. Segundo a autoridade apontada como coatora, o paciente foi preso em flagrante pela Polícia Federal de Corumbá/MS pela prática do crime de tráfico internacional de drogas, sendo, inicialmente, recolhido no Presídio Militar Estadual e, posteriormente, autorizado a realizar tratamento de Saúde nas dependências do Hospital Nosso Lar.

Ocorre que, enquanto era submetido a tratamento médico, o paciente teria falsificado autorização de saída temporária e praticado o crime de tráfico de drogas, razão pela qual foi novamente autuado em flagrante.

A par disso e sob as alegações de que o paciente não possui perfil militar, bem como apresenta desvios de conduta que podem influenciar os demais internos, o Comandante da CIPMGdaE requereu a sua transferência do Presídio Militar para o setor designado para ex-militares do Instituto Penal de Campo Grande, sendo tal medida acolhida na íntegra (informações – f. 25-26).

Ora, em que pese os argumentos do Comandante e da autoridade apontada como coatora, o paciente, que, como dito, é cabo da ativa do Corpo de Bombeiros Militar, possui a prerrogativa de ser recolhido em Estabelecimento Penal Militar, a qual está prevista tanto no âmbito federal, no art. 73 da Lei n. 6.880/80, quanto na esfera estadual, no art. 70 da Lei Complementar n. 53/90.

Confira-se a mencionada legislação, *in verbis*:

> Art. 73. As prerrogativas dos militares são constituídas pelas honras, dignidades e distinções devidas aos graus hierárquicos e cargos.
>
> Parágrafo único. **São prerrogativas dos militares.**
>
> [...]
>
> c) **cumprimento de prisão ou detenção somente em organização militar da respectiva Força,** cujo comandante, chefe ou comandante tenha precedência hierárquica sobre o preso ou, na impossibilidade de cumprir esta disposição, em organização militar de outra Força cujo comandante, chefe ou diretor tenha a necessária precedência;
>
> [...]
>
> Art. 70. As prerrogativas dos policiais-militares são constituídas por honrarias e distinções aos graus hierárquicos e cargos.
>
> Parágrafo único. **São prerrogativas dos policiais militares:**
>
> [...]
>
> c) **cumprir qualquer pena restritiva de liberdade, superior a 2 anos em Estabelecimento Penal Militar, ou na falta deste, em Unidade de Polícia Militar determinada pelo Juiz competente, desde que haja parecer favorável do Comandante-Geral da Corporação;**

[...]

Por outro lado, nem se diga que a transferência do paciente, com parecer favorável do Comandante da CIPMGdaE, encontra amparo legal na exceção do art. 70, parágrafo único, 'c', da Lei Complementar n. 53/90, porque tal está condicionada à inexistência de Presídio Militar no Estado e à transferência para Unidade de Polícia Militar, o que, por certo, não é a hipótese dos autos, haja vista tratar-se o Instituto Penal de estabelecimento civil destinado a presos comuns e ex-militares.

Diante do exposto, com o parecer, concedo a ordem a fim de que o paciente seja removido para o Presídio Militar do Estado de Mato Grosso do Sul.

Com urgência, comunique-se a autoridade apontada como coatora, para cumprimento desta decisão.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E CONTRA O PARECER, CONCEDERAM A ORDEM.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Relatora, a Exma. Srª. Desª Marilza Lúcia Fortes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marilza Lúcia Fortes, Dorival Moreira dos Santos e João Carlos Brandes Garcia.

Campo Grande, 6 de julho de 2010.

***

Habeas Corpus n. 2010.017809-8 - Itaporã
Primeira Turma Criminal
Relatora Desª Marilza Lúcia Fortes

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – ESTUPRO – PACIENTE QUE PERMANECEU SOLTO DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL – EXECUÇÃO DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – ORDEM CONCEDIDA.

Ofende o princípio da presunção de inocência, a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de fato novo a justificar a segregação cautelar, presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e contra o parecer, conceder a ordem, confirmando a liminar deferida.

Campo Grande, 6 de julho de 2010.

Desª Marilza Lúcia Fortes – Relatora

RELATÓRIO

A Srª Desª Marilza Lúcia Fortes

O advogado Noemir Felipetto impetra ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor do paciente Wanilto da Silva Faustino, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Itaporã.

O impetrante alega, em breve relato, que o paciente sofre constrangimento ilegal porque respondeu o processo em liberdade e, antes do trânsito em julgado, a autoridade coatora determinou a expedição de mandado de prisão, para a execução provisória da pena.

O pedido de liminar foi deferido (f. 65-6).

As informações foram anexadas à f. 70.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação da ordem (f. 75-8).

VOTO

A Srª Desª Marilza Lúcia Fortes (Relatora)

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelo advogado Noemir Felipetto em favor do paciente Wanilto da Silva Faustino, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Itaporã.

O impetrante argumenta, em apertada síntese, que o paciente sofre constrangimento ilegal porque respondeu o processo em liberdade e, antes do trânsito em julgado, a autoridade coatora determinou a expedição de mandado de prisão, para a execução provisória da pena.

Depreende-se dos autos, que o paciente foi condenado pela prática do crime de estupro contra menor de 14 anos (CP, art. 213 c.c. art. 224, *a*), a pena definitiva de 6 anos de reclusão no regime prisional inicialmente fechado.

Interposto recurso de apelação, a Primeira Turma Criminal negou provimento.

A defesa interpôs recurso especial, oportunidade em que a Vice-Presidência o admitiu e lhe deu seguimento.

Logo, a sentença penal condenatória ainda não transitou em julgado.

A chamada execução provisória da pena privativa de liberdade, em princípio, é vedada, sob pena de se ferir a presunção de inocência.

Tendo o paciente permanecido solto durante todo o curso do processo, tal circunstância deve ser mantida até o trânsito em julgado, a menos que haja fato novo a justificar a segregação cautelar, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível – por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) – presumir-lhe a culpabilidade.

Nesse sentido, colhem-se os precedentes deste Sodalício:

> *HABEAS CORPUS* – PENAL – ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR – SENTENÇA CONDENATÓRIA – BONS ANTECEDENTES E PRIMARIEDADE – RÉU QUE PERMANECE SOLTO DURANTE A INSTRUÇÃO PROCESSUAL – EXIGÊNCIA DO RECOLHIMENTO À PRISÃO PARA APELAR – NÃO JUSTIFICADO – DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE – CONCEDIDO.
>
> Mesmo nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, em que o acusado respondeu livre ao processo, pode este apelar em liberdade, quando reconhecida na sentença condenatória a sua primariedade e os bons antecedentes.
>
> A exigência de recolhimento à prisão como requisito de admissibilidade do recurso de Apelação Criminal não é absoluta e depende das circunstâncias fáticas do caso em concreto. Súmula n. 347 do STJ.
>
> *Habeas Corpus* concedido por força das condições pessoais do condenado e ante o fato de este ter respondido a todo o processo em liberdade. (*HC* n. 2008.009254-0, Rel. Primeira Turma Criminal, Des. Carlos Eduardo Contar, julgado em 13.5.2008).
>
> *HABEAS CORPUS* – HOMICÍDIO QUALIFICADO – PACIENTE QUE PERMANECEU SOLTO DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL – PRISÃO DECRETADA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA – AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DA PRISÃO PREVENTIVA – DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE ORDEM CONCEDIDA.
>
> Permanecendo o réu em liberdade durante a instrução do processo e, desde que ausentes os pressupostos da prisão preventiva, não lhe pode ser denegado o direito de apelar em liberdade. (*HC* n. 2010.013590-2, Primeira Turma Criminal, Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos, julgado em 17.6.2010).

Confira-se, ainda, os julgados do Superior Tribunal de Justiça:

> EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 213 C.C ART. 226, INCISO I, E ART. 214, C.C ART. 226, INCISO I, TODOS DO CÓDIGO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ORIENTAÇÃO DO PRETÓRIO EXCELSO.
>
> I – O Plenário do c. Pretório Excelso, no julgamento do *HC* n. 84.078-MG, ocorrido em 5.2.2009, concluiu que "ofende o princípio da não-culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP" (Informativo-STF n. 534).
>
> II – *In casu*, o paciente aguardou em liberdade o julgamento do recurso de apelação e o Tribunal *a quo*, ao negar provimento ao apelo defensivo, determinou a expedição de mandado de prisão, sem demonstrar a necessidade da custódia cautelar. Nesse contexto, deve ser reconhecido o constrangimento ilegal decorrente da execução provisória da pena sem a demonstração dos requisitos cautelares do art. 312 do CPP.
>
> Ordem concedida para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado de sua condenação, salvo se por outro motivo estiver preso. (*HC* n. 125.294, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 29.9.2009).
>
> AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. RÉU QUE RESPONDEU AO PROCESSO EM LIBERDADE. JULGAMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO TÃO-SÓ PELO ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. DIREITO DE AGUARDAR O TRÂNSITO EM JULGADO EM LIBERDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.
>
> 1. É pacífica a compreensão de que toda prisão cautelar, assim entendida aquela que antecede a condenação transitada em julgado, somente pode ser decretada quando evidenciada, com explícita fundamentação, a necessidade da rigorosa providência.
>
> 2. Nesse sentido, a Sexta Turma desta Corte já vinha proclamando que a circunstância dos recursos ditos extraordinários não possuírem efeito suspensivo não autoriza, só por isso, a expedição do mandado de prisão após o esgotamento da instância ordinária, exigindo sempre que a custódia antecipada seja devidamente motivada.
>
> 3. Em decisão recente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal confirmou esse entendimento, afirmando que a execução de sentença condenatória, enquanto pendente o julgamento de recurso especial ou extraordinário, contraria o disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, ressalvada, contudo, a possibilidade de imposição da segregação cautelar em decisão fundamentada, nos termos do artigo 312 do Código de Processo Penal. (*HC* n. 84.078-MG, Rel. Min. Eros Grau, Informativo n. 534).
>
> 4. Tendo o réu permanecido em liberdade durante todo o curso do processo, revela-se evidenciado o constrangimento ilegal se o Tribunal local determina a expedição de mandado de prisão por ocasião do julgamento da apelação sem apontar qualquer justificativa para a imposição da medida extrema.
>
> 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no *HC* n. 105.084, Sexta Turam, Rel. Min. Paulo Gallotti, julgado em 17.3.2009).

Diante do exposto, contra o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, confirmando a liminar anteriormente deferida, concedo a ordem para assegurar ao paciente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação, se por outro motivo não estiver preso, ressalvada a hipótese de surgimento de fatos que revelem a necessidade de sua prisão cautelar.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E CONTRA O PARECER, CONCEDERAM A ORDEM, CONFIRMANDO A LIMINAR DEFERIDA.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Relatora, a Exma. Srª. Desª Marilza Lúcia Fortes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marilza Lúcia Fortes, Dorival Moreira dos Santos e João Carlos Brandes Garcia.

Campo Grande, 6 de julho de 2010.

***

Apelação Criminal n. 2010.009308-2 - Dourados
Segunda Turma Criminal
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA – SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSO DEFENSIVO – PEDIDO ABSOLUTÓRIO – ALEGAÇÃO DE QUE A GRAVAÇÃO FORA REALIZADA COM AUTORIZAÇÃO DO PROPRIETÁRIO DO ESTABELECIMENTO – JUSTIFICATIVA QUE NÃO AFASTA A CARACTERIZAÇÃO DO TIPO PENAL – IMPROVIDO.

Em face da ausência de deferimento pela autoridade competente, a conduta do acusado, portanto, se insere perfeitamente no tipo definido no art. 10 da Lei n. 9.296/96, refugindo da norma protetiva do direito de privacidade reconhecida em favor do cidadão no art. 5º, XII, da Carta Magna.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, improver o recurso.

Campo Grande, 8 de julho de 2010.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

Givaldo Ferreira dos Santos foi condenado à pena de 2 anos e 11 meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 35 dias-multa, por infração ao disposto no art. 10, da Lei n. 9.296/96 (realizar interceptação de comunicações telefônica sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei).

Irresignado, recorre a este Sodalício alegando estar *"prescrita a pretensão punitiva por parte do Estado e que sua interceptação foi feita com a devida autorização do proprietário do estabelecimento, para descobrir a causa de desvio de dinheiro do caixa"*.

Em contrarrazões, o representante ministerial pugna pelo improvimento do recurso.

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou de igual forma. Caso provido, prequestiona negativa de vigência ao art. 10, da Lei n. 9.296/96 e 5º XII da CF.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator)

O recurso deve ser **improvido**.

Preliminarmente:

Não se verifica a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

Ao que consta do édito, o recorrente foi condenado à pena de 2 anos e 11 meses de reclusão – *cuja prescrição, segundo dispõe o art. 109, IV, do CP, ocorrer-se-ia em 8 anos (entre os marcos interruptivos – art. 117, CP).*

Com efeito, entre a data dos fatos e o recebimento da denúncia transcorreu-se 2 anos e 8 meses. Entre esta e a prolação da sentença, aproximadamente 6 anos e 8 meses. Por fim, da condenação até o momento atual, pouco mais de 6 meses.

Não havendo, portanto, lapso temporal suficiente, rechaço a alegação preliminar.

Meritoriamente:

Consta da exordial que:

> O denunciado GIVALDO FERREIRA DOS SANTOS, no mês de julho de 2000, exercendo a função de detetive particular, realizou sem autorização judicial, interceptação de comunicações telefônicas no Hotel Guanabara, situado na rua Oliveira Marques, n. 5903, em Dourados, de propriedade da pessoa de Valcira Terezinha Martini e que à época dos fatos, estava sendo gerenciado por Carlos Alberto dos Santos.

A materialidade delitiva encontra-se devidamente comprovada por laudo pericial de f. 41-54.

A autoria, de igual forma, é inconteste.

Interrogado, o acusado declarou:

> [...] que na época dos fatos, ou seja, julho de 2000, foi contratado por Leonir Nilo Martini, para fazer investigação particular, visando monitorar o Hotel Guanabara, de propriedade do contratante, pois este suspeitava que estava havendo desvio de dinheiro; que, no curso das investigações o interrogando constatou que a esposa do contratante estaria mantendo um caso amoroso com o gerente do Hotel, Carlos Alberto dos Santos; que, para monitorar as ações e atos comerciais do hotel, obteve autorização do contratante para instalar um 'grampo' na parte interna da instalação do terminal telefônico do referido hotel; que o interrogando não instalou grampo na parte externa da ligação telefônica do Hotel Guanabara; que gravou por dez dias todas as conversas ocorridas através do telefone do Hotel Guanabara cujo número não se recorda e entregou a fita a Leonir Nilo Martini, que após escutar o conteúdo da fita pediu que o interrogando fizesse uma cópia e quando esta foi entregue a Leonir, encerrou-se o contrato escrito celebrado entre o interrogando e seu cliente Leonir Nilo Martini [...]

Os depoimentos testemunhais de f. 123, 124 e 143-3 confirmam a prática da interceptação.

Pois bem. A interceptação telefônica consiste na captação e gravação de conversa pessoal, ambiental ou telefônica, onde nenhum dos interlocutores tem ciência da gravação.

Sua realização condiciona-se a três requisitos: ordem judicial; finalidade para a investigação criminal ou instrução processual penal; e realização nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer. Ou seja, esta somente pode ser deferida por um magistrado quando em estrita obediência aos requisitos citados, até porque a própria Constituição Federal protege "*o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*" (CF, art. 5º, XII).

In casu, não houve deferimento pela autoridade competente. A conduta do acusado, portanto, se insere perfeitamente no tipo definido no art. 10 da Lei n. 9.296/96, refugindo da norma protetiva do direito de privacidade reconhecida em favor do cidadão no dispositivo supracitado da Carta Magna.

Aliás, o fato de ser o "solicitante" das gravações proprietário do hotel onde estas foram efetivamente realizadas (fato que, saliente-se, não restou cabalmente comprovado) nem de longe afastaria a tipicidade do delito em tela.

Sobre o tema, oportuno o julgado do Tribunal de Justiça gaúcho:

> [...] E quando a Constituição fala em direito á privacidade, daí se resguardar o sigilo telefônico, não está, por óbvio, preservando o sigilo do telefone, senão que daqueles que neles conversam. Pouco importa, assim, seja o requerente o proprietário do telefone, assim como também irrelevante que as conversas gravadas fossem da esposa, até porque o casamento não implica autorização para intromissão no espaço individual do cônjuge [...]. (ACr n. 70 004 802 591, Sétima Câmara Criminal, Rel. Des. Marcelo Bandeira Pereira, DJ de 11.11.2004).

Desse modo, atento à literalidade do tipo penal imputado ao recorrente, que dispõe *constituir crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei*, não vejo outra saída que não a de manter a condenação, nos moldes em que se encontra.

Por todo o exposto, com o parecer ministerial, **nego provimento ao recurso**.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, IMPROVERAM O RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Romero Osme Dias Lopes, Carlos Eduardo Contar e Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 8 de julho de 2010.

***

Agravo Criminal n. 2010.017762-5 - Campo Grande
Segunda Turma Criminal
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – AGRAVO CRIMINAL – EXECUÇÃO PENAL – DOENÇA MENTAL SUPERVENIENTE – MEDIDA DE SEGURANÇA SUBSTITUTIVA – DURAÇÃO RESTRITA AO TEMPO RESTANTE DA PENA – PRECEDENTES DO STJ – SUBSTITUIÇÃO DA INTERNAÇÃO PENAL POR TRATAMENTO AMBULATORIAL – PROVIDO.

A substituição da pena privativa de liberdade pela medida de segurança - prevista no art. 183 da LEP - não pode ter duração superior ao tempo restante da pena. Após o término da execução, prevalecerá o disposto no art. 682, § 2º, do CPP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, prover o agravo.

Campo Grande, 26 de julho de 2010.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

Trata-se de agravo criminal interposto por Daniel Pereira de Oliveira em face da decisão proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara de Execução Penal da Comarca de Campo Grande, que manteve/prorrogou a medida de segurança imposta ao sentenciado por mais um ano, em detrimento do pedido de sua extinção condicionada ao tempo da condenação – *8 anos, 9 meses e 22 dias de reclusão, pela prática dos delitos de furto qualificado tentado (2x) e furto qualificado (2x).*

Alega que "a patologia do sentenciado ocorreu no curso da execução da pena. Deste modo, a duração da medida substitutiva não pode ser superior ao tempo restante para o cumprimento de sua reprimenda, sob pena de ofensa à coisa julgada" (f. 6).

Requer, de imediato, "a conversão da internação em tratamento ambulatorial, com as condições previamente determinadas pelo nobre juízo" (f. 9).

Em contrarrazões, o representante ministerial pugna pelo parcial acatamento das razões defensivas, preceituando que a medida de segurança substitutiva da pena, como a do caso em análise, não pode ir além dos limites desta, para não se desrespeitar a coisa julgada (f. 14).

A decisão foi mantida por seus próprios fundamentos (f. 53).

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator)

O recurso deve ser **provido**.

Ao agravante, condenado por infração ao disposto nos artigos 155, § 4º, inciso IV c/c art. 14, *caput*, II (2 vezes) e art. 155, § 4º, IV (2 vezes), todos do CP, foi imposta pena de 8 anos, 9 meses e 22 dias de reclusão – substituída durante sua execução por medida de segurança, a teor do disposto no art. 183, da Lei n. 7.210/84[1].

Pois bem. Segundo consolidada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o cumprimento de medida de segurança substitutiva é adstrito ao tempo da pena privativa de liberdade fixada na sentença condenatória. Entendimento contrário acarretaria em ofensa ao Princípio da coisa julgada.

A propósito:

> EMENTA: CRIMINAL. *HC*. EXECUÇÃO. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUPERVENIÊNCIA DE DOENÇA MENTAL. MEDIDA DE SEGURANÇA SUBSTITUTIVA. RESTRITA AO TEMPO DE CUMPRIMENTO DA PENA. ORDEM CONCEDIDA.
>
> I - A medida de segurança prevista no Código Penal é aplicada ao inimputável, no processo de conhecimento e tem prazo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada a cessação da periculosidade. Já a medida de segurança prevista na Lei de Execuções Penais é aplicada quando, no curso na execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, ocasião em que a pena é substituída pela medida de segurança, que deve perdurar pelo período de cumprimento da pena imposta na sentença penal condenatória.
>
> II - **A medida de segurança substitutiva é adstrita ao tempo de cumprimento da pena privativa de liberdade fixada na sentença condenatória, sob pena de ofensa à coisa julgada**.
>
> III. Hipótese que trata de medida de segurança substitutiva da pena, aplicada aos imputáveis que, no decorrer da execução penal, foram acometidos de doença mental - diferentemente da medida de segurança aplicada aos inimputáveis, que tem tempo indeterminado.
>
> IV – Evidente o constrangimento ilegal, eis que a reprimenda encontra-se encerrada desde 27.1.2001, devendo ser declarada extinta a medida de segurança substitutiva, pelo seu integral cumprimento.
>
> V - Ordem concedida, nos termos do voto do Relator. (*HC* n. 24.455/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 19.5.2003). (grifos não originais)
>
> EMENTA: *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. EXECUÇÃO DA PENA. SUPERVENIÊNCIA DE DOENÇA MENTAL. MEDIDA DE SEGURANÇA. DURAÇÃO.
>
> **A substituição da pena privativa de liberdade pela medida de segurança - prevista no art. 183 da LEP - não pode ter duração superior ao tempo restante da pena.** Pena integralmente cumprida. Expedição de alvará de soltura.

1 Art. 183. Quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, o Juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou da autoridade administrativa, poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança.

> Ordem concedida. (*HC* n. 16.752/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 3.9.2001). (grifos não originais)
>
> EMENTA: PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO DA PENA. DOENÇA MENTAL SUPERVENIENTE. MEDIDA DE SEGURANÇA SUBSTITUTIVA. DURAÇÃO.
>
> - **Havendo medida de segurança substitutiva da pena privativa de liberdade, a sua duração não pode ultrapassar ao tempo determinado para cumprimento da pena**.
>
> *Writ* deferido. (*HC* n. 12.957/SP, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 4.9.2000). (grifos não originais)
>
> EMENTA: PENAL. PROCESSUAL. EXECUÇÃO DA PENA. SUPERVENIÊNCIA DE DOENÇA MENTAL. MEDIDA DE SEGURANÇA SUBSTITUTIVA. DURAÇÃO. *HABEAS CORPUS*.
>
> 1. **A medida de segurança substitutiva, prevista na LEP, art. 183, não pode ter duração superior ao tempo restante da pena**. (grifos não originais)
>
> 2. *Habeas Corpus* conhecido; ordem concedida, sem prejuízo das considerações do CPP, art. 682, § 2º (*HC* n. 7.220/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 8.6.1998).
>
> EMENTA: PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA. DOENÇA MENTAL SOBREVINDA. MEDIDA DE SEGURANÇA.
>
> - Duração. Afeita ao sistema vicariante de 1984, a medida de segurança detentiva aplicável nos termos nos termos do art. 183 da LEP não pode ter duração superior ao tempo restante da pena, sem prejuízo de que, afinal, recomende-se a providencia prevista no art. 682, § 2º do Cód. de Proc. Penal. (*HC* n. 2.445/SP, Rel. Min. José Dantas, DJ de 31.5.1993).

Igual questão já foi decidida por esta Corte. Vejamos:

> *HABEAS CORPUS* – EXECUÇÃO PENAL – DOENÇA MENTAL SUPERVENIENTE – MEDIDA DE SEGURANÇA SUBSTITUTIVA – PRAZO – RESTRITO AO TEMPO RESTANTE DA PENA – CUMPRIMENTO INTEGRAL – PRECEDENTES DO STJ – PROVIDÊNCIA PREVISTA NO ARTIGO 682, § 2º, DO CPP – INTERNAÇÃO EM HOSPITAL COMUM DA REDE PÚBLICA A SER DETERMINADO PELO JUÍZO CÍVEL – ORDEM CONCEDIDA PARA DECLARAR EXTINTA A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.
>
> A duração da medida de segurança substitutiva é restrita ao tempo restante para o cumprimento da pena, de modo que, se ao término desse prazo, for verificada a não cessação da periculosidade e a consequente impossibilidade de retorno ao convívio social, deve o juiz da execução colocar o sentenciado à disposição do juízo civil competente para serem determinadas as medidas de proteção adequadas à sua enfermidade (art. 682, § 2º, do CPP), encaminhando-se, ademais, o condenado à internação em hospital psiquiátrico comum da rede pública que se mostre mais adequado ao tratamento de sua patologia. (*Habeas Corpus* n. 2009.018317-4, Campo Grande, Primeira Turma Criminal, Rel. Des. João Carlos Brandes Garcia, julgado em 4.8.2009).

Com efeito, se ao término do referido prazo, o sentenciado, por suas condições mentais, não puder ser restituído ao convívio social, deve o juiz da execução colocá-lo à disposição do juízo cível competente para determinar as medidas de proteção aconselhadas para sua enfermidade (art. 682, § 2º, do Código de Processo Penal). Ou seja, a questão passa a ser de saúde publica, cabendo ao Estado proporcionar ao cidadão condições de dar continuidade ao tratamento psiquiátrico, porque, à justiça, nada mais deve ele.

Desse modo, **dou provimento ao recurso** para determinar a extinção da medida tão logo atingido o lapso necessário ao cumprimento da pena.

Defiro, de igual forma, a substituição da internação penal por tratamento ambulatorial, nos moldes requeridos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, PROVERAM O AGRAVO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Romero Osme Dias Lopes, Carlos Eduardo Contar e Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 26 de julho de 2010.

***

Apelação Criminal n. 2010.019017-3 - Amambai
Segunda Turma Criminal
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS – SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSO DEFENSIVO – PRETENDIDA REDUÇÃO DA PENA-BASE – POSSIBILIDADE – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS INDEVIDAMENTE FUNDAMENTADAS – PEDIDO DE AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ – ADMISSIBILIDADE – FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – RÉ PRESA EM FLAGRANTE TRANSPORTANDO COCAÍNA NO INTERIOR DE SEU TAMANCO – 'MULA' – TRÁFICO PRIVILEGIADO – RECURSO PROVIDO.

Reduz-se a pena-base ao mínimo legal não havendo fundamentação idônea para respaldar o aumento de um ano, mormente se a culpabilidade e as circunstâncias do crime confundem-se com o próprio tipo penal.

Afasta-se a hediondez do tráfico privilegiado se constatado que a ré agiu como 'mula', designação comum àquele que faz o transporte ocasional da droga, não estando diretamente ligado na organização da traficância ou dela fazendo parte, ainda que ocasionalmente, e preenchidos os requisitos do § 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06. Regime prisional alterado para o aberto e privativa de liberdade substituída por restritivas de direitos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, prover o recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 13 de setembro de 2010.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

A acusada Karina Cândida Bonfim foi condenada como incursa no caput do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, à pena de 1 ano e 11 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 155 dias-multa, porque, segundo a peça acusatória, no dia 24 de julho de 2009, por volta das 3h30min, nas proximidades do Clube do Laço, em Coronel Sapucaia, a recorrente transportava 514 gramas de cocaína, acondicionada no interior de um tamanco que usava, no interior do ônibus da Viação Expresso Queiroz, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Inconformada, requer a apelante a reforma da sentença para reduzir a pena-base ao mínimo legal, afastando das circunstâncias judiciais a culpabilidade e as circunstâncias do crime como desfavoráveis ao recorrente.

Outrossim, pugna pelo afastamento da hediondez ao tráfico privilegiado a que foi condenada e consequente fixação de regime prisional mais brando ou sua substituição por pena restritiva de direitos.

Prequestiona o art. 59 do Código Penal e art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal.

Em contrarrazões, o órgão do Ministério Público junto à primeira instância pede pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator)

Trata-se de recurso de apelação pugnando pela reforma da sentença no concernente ao *quantum* da reprimenda aplicada na sentença que condenou Karina Cândida Bonfim como incursa no art. 33 da Lei de Drogas, pedindo pela redução da pena-base, pela fixação de regime mais brando ou a sua substituição por restritivas de direitos.

1. Do pedido de redução da pena:

Assiste-lhe razão.

O magistrado de instância singela, analisando as circunstâncias judiciais, fixou a pena-base em 6 anos de reclusão e 600 dias-multa, assim fundamentando:

> A acusada é primária e não registra antecedentes nestes autos; sua culpabilidade é acentuada, pois percorreu longo iter criminis, com viagem de ônibus de uma cidade a outra; sem elementos quanto a sua conduta social; personalidade normal; personalidade normal; as circunstâncias graves, pois transportava cocaína causadora de danos irreversíveis ao cérebro com perda de neurônios e destrói o convívio social de seus usuários, devastadora e de fácil dependência, em grau superior, v. g. à maconha; motivos do delito são as normais à espécie, quais sejam, lucro fácil; não houve consequência. A situação econômica da acusada não é boa. (destacamos)

Analisando a fundamentação esposada na sentença, no meu entender, a pena-base imposta à recorrente restou exacerbada sem proporcional embasamento idôneo.

O juízo *a quo* elevou a pena-base em um ano utilizando como desfavorável a culpabilidade e as circunstâncias do crime, que, de fato, confundem-se com os próprios elementos do tipo penal em análise.

Ademais, as razões apresentadas na dosimetria não são suficientes a ponto de denotar maior culpabilidade ou que as tais circunstâncias distingam-se dos demais casos de traficância.

Repise-se que a maior quantidade de pena aplicada a um réu não o tornará melhor e tampouco a sociedade estará cumprindo seu papel e solucionando a questão da criminalidade.

Assim, a pena-base deve ser reduzida, consideradas as condições pessoais da recorrente sob a análise das circunstâncias judiciais.

Luís Guilherme Vieira[1], citando Evandro Lins e Silva, afirma que a cadeia se tornou nada mais que um "*símbolo da incompetência do ser humano em lidar com os atos dos seus semelhantes*".

1 Capturado em http://www.conjur.com.br/2008-fev-24/cadeia_maior_simbolo_incapacidadehumana?pagina=1

E prosseguiu dizendo:

> Sempre que a sociedade se sente vítima deste ou daquele crime, com maior ou menor clamor, surge como ave de rapina o segmento da chamada direita penal, ou o segmento da esquerda punitiva, pronta para solucionar o problema com uma lei, como se criminalizar esta ou aquela conduta fosse suficiente para resolver tudo em um passe de mágica. Sabemos que não é. Já está mais do que comprovado que a cadeia, seguindo a premissa de Evandro Lins e Silva, só pode ser usada em última hipótese, para situações extremamente singulares e ímpares. E não de forma banalizada como se vê por aí.

A sociedade cultiva, ainda, como há séculos, a mesma idéia de que as penas mais duras, prolongadas e degradantes são necessárias e refletem o castigo proporcional ao seu destinatário.

Entretanto, os primeiros ideólogos têm a atenuante da não-previsibilidade de todas as nuances que cercam essa experiência malfadada.

E, consultando outros ensinamentos do grande jurista Evandro Lins e Silva[2] colhe-se:

> A prisão é uma escola de recidiva, uma forma de destruir a personalidade do preso, de deformá-la e de corrompê-la. Além de tudo ela é um instrumento muito caro. O custo de um preso, segundo pesquisa por nós iniciada no Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, varia muito, segundo o local. As informações obtidas, sujeitas a confirmação, oscilavam entre três e sete salários mínimos (nas Penitenciárias). E o preço da construção e da aparelhagem para o funcionamento de um presídio? Veja-se que é como construir um hotel ou uma escola, ou talvez mais, porque a prisão necessita de pessoal especializado, de enfermaria, de cozinha, de escola, etc.
>
> De tudo isso resulta, nunca é demais repetir, que a prisão, como método penal, está condenada pela ciência e pela experiência de todos os povos. Magarinos Torres já escrevia, em 1934, há mais de meio século, no prefácio ao livro Curso da Crítica Penal, de Jorge Severiano Ribeiro: "Ciência não será, tampouco, esse entretenimento literário de espíritos pretensiosos, que vivem a embair a ingenuidade dos moços nas escolas com a prédica das sanções rigorosas e sistemáticas, fingindo ignorar a maldade monstruosa, que caracteriza, na sua objetividade, o Direito Penal. Prisão é somente uma necessidade, que nenhuma ciência poderá justificar. Deve, pois, ser módica e só aplicável pelos efeitos, sempre transitórios, que possa ter sobre a sociedade[…] em falta de remédio mais inteligente.
>
> Prisão é de fato uma monstruosa opção. O cativeiro das cadeias perpetua-se ante a insensibilidade da maioria, como uma forma ancestral de castigo. Para recuperar, para ressocializar, como sonharam os nossos antepassados? Positivamente, jamais se viu alguém sair de um cárcere melhor do que quando entrou. E o estigma da prisão? Quem dá trabalho ao indivíduo que cumpriu pena por crime considerado grave? Os egressos do cárcere estão sujeitos a uma outra terrível condenação: o desemprego. Pior que tudo, são atirados a uma obrigatória marginalização. Legalmente, dentro dos padrões convencionais, não podem viver ou sobreviver. A sociedade que os enclausurou sob o pretexto hipócrita de reinserí-los depois em seu seio, repudia-os, repele-os, rejeita-os. Deixa, aí sim, de haver alternativa, o ex-condenado só tem uma solução: incorporar-se ao crime organizado. Não é demais martelar: a cadeia fabrica delinqüentes, cuja quantidade cresce na medida e na proporção em que for maior o número de presos ou condenados.
>
> Os fariseus de todos os matizes, não podendo deixar de reconhecer a evidência dos malefícios da prisão, bradam que a pena tem caráter intimidativo e serve como retribuição do mal causado pelo infrator da norma penal. O fator intimidativo pode ser exercido por outras

2 LINS, Evandro Lins e. De Beccaria a Filippo Gramática. **Revista da Faculdade de Direito**, Fortaleza, v. 30, n. 2, p. 19, jul.-dez. 1989.

> formas de punição, que não a cadeia, e, quanto à retribuição, seria um retorno à pena castigo, anticientífica, verdadeiro talião patrocinado pelo Estado.
>
> De todas as considerações feitas chegamos à iniludível conclusão de que o encarceramento do homem não o melhora, nem o aperfeiçoa, nem corrige a falha cometida, nem o limpa de culpa para um retorno à vida da sociedade que ele perturbou com a sua conduta delituosa.

E, claro, Cesare Beccaria, um dos nomes mais importantes na defesa dos direitos da pessoa humana, conclui em sua famosa obra Dos delitos e das penas:

> De tudo o que acaba de ser exposto pode deduzir-se um teorema geral utilíssimo, mas pouco conforme ao uso, que é legislador ordinário das nações. É que, para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei.

De fato, somente a decisão irrefletida, sem conhecimento de antropologia, filosofia, história e outros ramos afins não enxerga a realidade do falido sistema carcerário brasileiro e, enquanto isso, aplaude novas iniciativas do Congresso Nacional quando elevam as punições ou criam novos tipos penais.

Os resultados da prevenção e repressão (geral e especial), além da 'ressocialização', embora finalidades da pena, não são alcançadas, conforme demonstrado e sentido pela dura realidade aplacada pela violência.

Afinal, algum cidadão de bem ou mesmo um deliquente contumaz escolhe previamente um tipo penal para transgredir de acordo com a espécie e quantum da pena?

De outro lado, até que ponto, a maior e mais cruel retribuição pelo castigo surte efeitos benéficos à sociedade?

E, principalmente, questiono se a medida e qualidade da repressão resultam em ressocialização efetiva, sendo fator de readequação social e motivador de crescimento pessoal?

Não. Certamente, há algo errado.

As prisões não cumprem seu papel, mas apenas segregam da sociedade esta parcela infeliz da população, o que, talvez, deixe alguns tranquilos, porém sabe-se que a 'escola do crime' está formando seus 'doutores', e eles um dia sairão, pois no Brasil não há pena perpétua. E sairão bem piores.

Aqui não se quer negar que para alguns tipos de crimes não possa haver uma correspondência prisional mais severa, mas daí a mandar para a prisão um mero apêndice de organizações criminosas e achar que a sociedade está defendida e que esse tipo de crime está sendo combatido é uma hipocrisia que não dá para contar.

É preciso repensar a pena. Verificar sua necessidade e quantidade, assim como sua natureza, evitando que criminosos perigosos e cidadãos que erraram por uma primeira vez (como 'mulas') tornem-se parceiros definitivos no crime.

Por esta razão, acolho o pedido e reduzo a pena-base ao mínimo legal, fixando em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Passo ao redimensionamento da pena com a aplicação, tal qual o fez o magistrado a quo, da atenuante da confissão, que nesse novo patamar não redundará em redução ante a súmula 231 do STJ. Por fim, a causa especial de diminuição de 2/3 (dois terços), resultando a pena de 1 ano e 8 meses de reclusão.

Mantém-se a pena de multa como fixada na sentença, visto que mais favorável à recorrente.

2. Do pedido de afastamento da hediondez:

Infere-se dos autos, principalmente do interrogatório de f. 119, 122-123, que a recorrente agiu como 'mula', designação comum àquele que faz o transporte ocasional da droga, não estando diretamente ligado na organização da traficância ou dela fazendo parte, ainda que ocasionalmente.

A requerente fez jus à benesse do § 4.º, do art. 33, da Lei de Drogas em seu patamar máximo de 2/3, estando patente, principalmente, sua condição de mera transportadora da droga.

Por esta razão, afasta-se a hediondez do crime.

Rememore-se que a hediondez e sua equiparação, tal qual determinada na constituição e na lei ordinária, são escolhas políticas elencadas para receber tratamento diferenciado, tomando essas condutas como mais desprezíveis pela sociedade.

Entretanto, conforme digressão acima esposada, a pena – sua necessidade, natureza e quantidade – devem ser analisadas com maior individualização diante da conduta criminalizada.

Como já externado entendimento em outras recentes oportunidades, o denominado tráfico privilegiado não pode ser considerado equiparável a hediondo, verificada desproporcionalidade da pecha e da pena.

Ressalte-se que o tráfico privilegiado é aquele previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, figura que, além de preenchidos todos os requisitos desta causa especial de diminuição, também deve estar caracterizado o pequeno transporte, o serviço de 'mula', 'formiguinha' ou 'aviãozinho'.

É bom que se diga que essas pessoas não podem estar envolvidas com a sociedade criminosa, mas ocasionalmente recrutadas para a prática do simples carregamento ou transporte e, não raras vezes, para despistar outros volumes de real significância, sendo objeto de denúncias anônimas realizadas pelos próprios traficantes. Em geral, a polícia militar ou a polícia federal são acionadas quase sempre pelos contratantes, pois os locais onde são acondicionadas as substâncias entorpecentes não são usuais ou de fácil percepção pelos agentes de polícia, conforme o caso dos autos, em demonstração cabal de conhecimento anterior à abordagem.

Não se quer com isso dizer que os policiais encarregados da diligência estejam mancomunados com os verdadeiros criminosos. Isto, sob nenhuma hipótese, evidenciando apenas o *modus operandi* dos traficantes, que passa a impressão para a sociedade de que o tráfico está sendo combatido. E, assim, pode-se dormir tranquilamente sem os efeitos nefastos que arrasa e arruína milhares de vidas de jovens, pois a mídia divulga estas apreensões (quantidades pequenas transportadas por jovens primários, de bons antecedentes e residência fixa etc, etc, etc) com destaque irreal de sua utilidade, no que deveria ser o verdadeiro combate ao delito de tráfico de drogas promovido por sociedades criminosas. Louva-se o trabalho da Polícia Federal, da Polícia Rodoviária Federal, da Polícia Militar e da Polícia Civil quando promovem apreensões vultosas, com destaque para o seu serviço de inteligência e em operações grandiosas, que realmente debilitam a organização, promovendo várias prisões dos 'barões" do tráfico.

Por isso, defende-se que o 'tráfico privilegiado" não é hediondo.

No caso em epígrafe, há evidente afronta ao princípio da proporcionalidade, subvertendo, de consequência, as finalidades da pena.

Assim, após analisar o "tráfico privilegiado", tem-se que a espécie é incompatível com a natureza hedionda ou sua equiparação previstas na Constituição Federal e na Lei n. 8.072/90.

Ora, nesse tipo de crime (tráfico privilegiado), o agente, necessariamente primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas e nem faz parte de organização criminosa, e que na maioria das vezes comete o delito por estar refém da sua precária condição financeira, sendo apenas instrumento de grandes traficantes, não pode ter tratamento semelhante ao daquele que pratica o delito de forma reiterada ou, ainda, que está comprometido diretamente com o tráfico.

Ao considerar essa espécie como 'tráfico privilegiado", fica possibilitado ao agente os benefícios então vedados pela Lei n. 8.072/90.

Assim, por esses motivos, afasto a vedação contida na Lei dos Crimes Hediondos, fixando o regime de cumprimento da pena no aberto.

Outrossim, concede-se a substituição da pena corporal por duas restritivas de direitos a serem estabelecidas no juízo da execução.

Diante do exposto, e contra o parecer, dou provimento ao recurso de Karina Candida Bonfim para reduzir a pena-base ao mínimo legal, fixando, de consequência, a reprimenda em 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto, possibilitando, ainda, a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, ante o afastamento da hediondez ao reconhecido tráfico privilegiado.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (1º Vogal)

Divirjo do voto inaugural, pois entendo que a sentença condenatória deve ser mantida na sua integralidade.

Inicialmente, quanto à pena-base tenho que a mesma não merece abrandamento, eis que as circunstâncias judiciais invocadas pela instância singela são hábeis a exasperá-la.

Com efeito, a culpabilidade mostra-se acentuada na medida em que a apelante deslocou-se de Mogi Mirim (SP), onde reside, até Coronel Sapucaia para adquirir a droga, utilizando-se de diversos ônibus no trajeto (f. 24), o que evidencia o dolo intenso na prática de conduta delitiva.

Ademais, foi flagrada transportando considerável quantidade de cocaína – 514 g (quinhentos e quatorze gramas) – droga de altíssimo potencial lesivo, fator que, de acordo com o art. 42, da Lei n. 11.343/06, deve ser sopesado com preponderância e conduzir ao recrudescimento da sanção.

Portanto, reputo que a fixação da pena-base em 6 (seis) anos de reclusão e pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa é suficiente para a reprovação e prevenção do crime, como preconiza o art. 59, do Código Penal, restando incabível a sua diminuição para o mínimo legal.

Por outro lado, mantenho a hediondez do crime, pois os condenados por tráfico – tenha sido aplicado ou não o disposto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343 – não podem ser tratados como criminosos comuns, já que **o tipo penal é um só**. NÃO EXISTEM DOIS TIPOS DE TRÁFICO DE DROGAS.

Existem circunstâncias capazes de majorar ou minorar a pena aplicada, e isto nem passa perto da possibilidade de alterar a natureza do ilícito, de sua gravidade ou de sua mitigação.

Falar em conduta eventual no crime de tráfico decorre, única e exclusivamente, do preenchimento de condições pessoais do acusado, que absolutamente nada tem a ver com a figura delitiva em si mesma.

Como cediço, as chamadas causas de aumento ou de diminuição são circunstâncias secundárias "cuja ausência não influi de forma alguma sobre a sua existência. Tem a função de agravar ou abrandar a sanção penal e situa-se nos parágrafos."[3] (Destaques não originais)

3 CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 436.

Endossa Rogério Greco que:

> Circunstâncias são dados periféricos, acessórios, que gravitam ao redor da figura típica, somente interferindo na graduação da pena. A existência ou não de uma circunstância, em nada interfere na definição da figura típica, tendo a sua importância limitada ao aumento ou diminuição da pena de uma determinada infração penal.[4] (Destaques não originais).

Em suma, a incidência da diminuta em voga não criou um tipo penal autônomo, até porque a intenção do legislador ao instituí-la foi atender aos reclamos da política criminal, compensando o aumento da pena-base implementado pela Lei n. 11.343/06, **e não nivelar o tráfico ao crime comum**.

Ora, a equiparação do tráfico de drogas aos crimes hediondos decorre do império contido na Constituição Federal, que em seu art. 5º, XLIII dispõe: "*a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia [...] o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins [...] e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem*."

Reforçando tal entendimento, o art. 2º, da Lei n. 8.072/90, e o art. 83, V, do Código Penal, restringe e recrudesce uma série de benefícios – como anistia, a graça, o indulto, a fiança, a progressão de regime e o livramento condicional – aos processados e condenados pela prática de crimes hediondos e assemelhados, inserindo nesse rol o tráfico de drogas, sem ressalvar exceções.

Assim, é induvidoso que o tráfico de drogas tenha natureza hedionda e, dessa forma, a mera incidência de uma causa de diminuição, como aquela que define a figura eventual do delito, não modifica tal realidade.

Em julgado recente o Superior Tribunal de Justiça firmou tal posicionamento, *in verbis*:

> A pretendida descaracterização do tráfico de drogas como crime equiparado aos hediondos quando incidente a causa especial de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 não se justifica.
>
> O art. 2º, caput, da Lei dos Crimes Hediondos, bem como o anteriormente citado dispositivo constitucional, equipara aos crimes hediondos o 'tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins', sem qualquer ressalva aos casos em que a pena imposta é reduzida de 1/6 a 2/3 em razão de o agente ser primário, possuidor de bons antecedentes e não se dedicar nem integrar organização criminosa (STF, decisão liminar no HC n. 102.881/SC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 11.3.2010).
>
> A simples incidência da causa de diminuição de pena não é bastante para afastar a equiparação do tráfico de drogas aos crimes hediondos. Apesar de a lei prever a redução da reprimenda diante do preenchimento dos requisitos nela enumerados, tal não implica na desconsideração das razões que levaram o próprio texto constitucional a prever um tratamento mais rigoroso ao tráfico de drogas.
>
> Acrescente-se, também, que a vedação a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos contida no próprio § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, serve para demonstrar que a autorização para a redução da pena não afasta o caráter hediondo do crime.
>
> Frise-se, ainda, que nem mesmo o pretendido paralelo traçado em relação ao homicídio privilegiado se mostra pertinente, porquanto ao contrário do que ocorre em relação ao crime contra a vida, no impropriamente denominado 'tráfico privilegiado', as circunstâncias levadas em consideração para diminuir a pena não tem o condão de mitigar o juízo de reprovação incidente sobre a conduta de traficar.

4 **Curso de Direito Penal**: parte geral. Niterói: Impetus, 2007. p. 468. v. 1.

> Enfim, a aplicação da causa de diminuição de pena disposta no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 interfere na quantidade de pena e não na qualificação ou natureza do crime de tráfico de drogas.
>
> 'Embora o legislador tenha previsto a possibilidade de reduzir as sanções do agente primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas e nem integra organização criminosa (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), as razões que o levaram a qualificar o tráfico ilícito de entorpecentes como equiparado a hediondo subsistem em sua integralidade, vez que os critérios que permitem a diminuição da pena não têm o condão de mitigar o juízo de reprovação incidente sobre a conduta delituosa em si mesma, que continua sendo a de tráfico ilícito de drogas.' (HC n. 143361/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 23.2.2010, DJ 8.3.2010)[5]. (Destaques não originais)

Nesse passo, incabível a modificação do regime para o aberto e a substituição da pena privativa de liberdade, haja vista as regras previstas no art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/90, e art. 44, da Lei n. 11.343/06, as quais vedam expressamente tais benefícios.

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso interposto por Karina Cândida Bonfim.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (2º Vogal)

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, PROVERAM O RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Romero Osme Dias Lopes, Carlos Eduardo Contar e Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 13 de setembro de 2010.

***

5 STJ, REsp n. 1.133.945/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 15.4.2010.

NOTICIÁRIO

Revista Trimestral de Jurisprudência
TJMS



EMPOSSADA A NOVA ADMINISTRAÇÃO DO TJMS

Aos cinco dias do mês de julho do ano de dois mil e dez

Em solenidade simples e aberta, tomou posse a nova administração do Tribunal de Justiça de MS. Assumiu a presidência o Des. Paulo Alfeu Puccinelli, que deu posse ao Des. João Batista da Costa Marques, na vice-presidência. Na Corregedoria-Geral de Justiça continua atuando o Des. Josué de Oliveira.

Em nome do Tribunal Pleno, o Des. Rubens Bergonzi Bossay parabenizou os novos componentes do biênio 2009/2010 pela assunção e lembrou da gratificante missão que se tem na presidência do Poder Judiciário. "Sabemos que os desembargadores reúnem todas as qualidades para bem conduzir os destinos da justiça de Mato Grosso do Sul, embora assumam por um período curto. Desejamos uma administração profícua, na certeza de que o Poder Judiciário será muito bem conduzido", disse.

Para o Des. João Batista, não restam dúvidas que este é um novo desafio, porém ressaltou que está preparado para a nova missão. "Estamos habituados a enfrentar os desafios e vencê-los e, mais uma vez, contaremos com o apoio dos pares ao darmos continuidade ao que já foi feito até agora. Trabalharemos com a maior legitimidade e transparência possível, na certeza de vencermos os desafios em prol do judiciário e para que este continue a ser respeitado perante a sociedade", anunciou o novo vice-presidente do TJMS.

O novo presidente, Des. Paulo Alfeu, ressaltou que o principal objetivo, nestes próximos seis meses de administração, é valorizar o ser humano, sejam magistrados e servidores. "Vamos valorizar as pessoas, sem esquecer da missão da justiça perante a sociedade. Completaremos este mandato preparando a justiça de MS para o próximo, sempre de portas abertas para dialogar e tomar as melhores decisões, que atendam o objetivo da justiça sul-mato-grossense", apontou.

Estiveram presentes, além dos três desembargadores que compõem a nova administração do biênio 2009/2010, o Des. Rubens Bergonzi Bossay, a Desa. Marilza Lúcia Fortes, o Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, o Des. João Carlos Brandes Garcia, o Des. Joenildo de Sousa Chaves, os juízes Luiz Gonzaga Mendes Marques, Fábio Possik Salamene, Ruy Celso Barbosa Florence, Marcos José de Brito Rodrigues, Elizabete Anache, Vitor Luiz de Oliveira Guibo, além do advogado Evandro Bandeira e da imprensa local.

Autoria do Texto: Departamento de Jornalismo TJMS

CORUMBÁ REGULAMENTA REMIÇÃO DE PENA PELO ESTUDO

Aos sete dias do mês de julho do ano de dois mil e dez

O juiz titular da 1ª Vara Criminal da Comarca de Corumbá, Anderson Royer, editou portaria que regulamenta a remição de pena por estudo para os detentos do regime fechado e do semiaberto na comarca.

Conforme o magistrado, o principal objetivo da medida é incentivar os reeducandos a buscar conhecimento, ciente de que o grande problema da política criminal e carcerária no país é a exclusão cultural e social destes indivíduos que, em sua maioria, carregam histórias semelhantes de não inserção na sociedade desde seus nascimentos.

O juiz esclarece que o incentivo em remir a pena pelas horas estudadas é mais do que um benefício aos internos. O foco é possibilitar que estes homens e mulheres possam melhorar sua noção de vida, ou seja, compreender que a sociedade não é inimiga. Uma visão marcante para quem sempre esteve à margem de uma vida estável, na qual, pela formação educacional foi possível a conquista de um bom emprego, uma vida estável para si e sua família, acrescenta.

A portaria estabeleceu que os condenados que frequentarem curso de ensino ou profissionalizante terão direito a um dia de pena remido a cada 12 horas de estudos, com frequência mínima de 75%. Uma grande vantagem estabelecida foi a possibilidade de cumular a remição pelo trabalho e pelo estudo.

A medida foi editada levando em consideração a Súmula nº 341 do Superior Tribunal de Justiça, a qual trouxe a interpretação de que a frequência em curso de ensino formal é causa para a remição de parte do tempo de execução de pena sob o regime fechado ou semiaberto, como também considerando a necessidade de regulamentar os pedidos de remição da pena pelo estudo na Comarca de Corumbá.

De acordo com o juiz, atualmente no presídio masculino de Corumbá, para cumprimento de regime fechado, há duas salas de aulas instaladas, com capacidade para 34 vagas. O magistrado esclarece que ainda há vagas disponíveis, porque se trata de um trabalho inicial e será necessário uma mudança cultural para que os detentos busquem os estudos. No fechado feminino, estão disponíveis também outras 16 vagas.

À medida que a demanda for aumentando, pontua o juiz, o intuito dele, juntamente com a administração dos presídios, é aumentar a capacidade de vagas e também possibilitar a formação do ensino médio dentro dos estabelecimentos.

Autoria do Texto: Departamento de Jornalismo TJMS.

DISCURSO DE SAUDAÇÃO, PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR DIVONCIR SCHREINER MARAN, NA POSSE DO NOVO DESEMBARGADOR

Aos dezoito dias do mês de agosto do ano de dois mil e dez

O judiciário sul-mato-grossense cumpre hoje uma das suas mais agradáveis efemérides, qual seja, à de empossar um novo integrante, desta feita, o juiz de direito Dr. Manoel Mendes Carli.

Considero justo, pois, em exórdio, agradecer a confiança dos meus pares pela responsabilidade a mim atribuída de saudar o empossado.

Confesso que a tarefa, a priori, pareceu-me difícil, especialmente porque nunca haverá palavras suficientes para qualificar, tanto o trabalho - efetuado sempre com zelo e na incansável busca por melhorias - quanto ao homem, digno e honrado, que se destaca das pessoas comuns pela serenidade e filosofia de vida.

Homem devotado à causa pública, abraçou a carreira com a paixão que a função exige. Idealizador, consciente de que o juiz não é um mero mecânico na aplicação do direito, mas criador de um sistema que aperfeiçoa o convívio humano.

Exerce a magistratura com sacerdócio e compromisso, o que requer sacrifícios, representados por quase três décadas de cansativo e diuturno labor judicante, entretanto, Deus é conhecedor dessa batalha e assegura: [...] Também nos gloriamos nas tribulações, sabendo que a tribulação produz paciência; e a paciência, a experiência; e a experiência, a esperança - Romanos 5: 3-4.

Assim, diante dessas circunstâncias, reconheço que muito me envaidece a honraria de saudar o Manoel (permita-me amigo a intimidade), pois é uma imensa satisfação o privilégio conferido, sobretudo, reitero, a generosa confiança dos ínclitos componentes deste tribunal, de que sou capacitado para a empreitada.

Manoel Mendes Carli é natural de Andradina, estado de São Paulo, tendo colado grau em direito pela vetusta faculdade de direito "Laudo de Camargo" de Ribeirão Preto - SP, hoje, Unaerp.

Ingressou na magistratura sul-mato-grossense em dezenove de março de um mil novecentos e oitenta e dois (19.3.1982), tendo sido nomeado para exercer o cargo de juiz substituto da 8ª circunscrição (Naviraí) exercendo suas funções judicantes na comarca de Eldorado.

Promovido por merecimento ao cargo de juiz de direito de 1ª entrância da Comarca de Mundo Novo, assumiu suas funções em dezessete de julho de um mil novecentos e oitenta e dois (17.7.1982), ali permanecendo até que, novamente, promovido por merecimento para juiz de direito de 2ª entrância, para a 1ª vara da comarca de Amambai, assumindo suas funções no cargo em data de catorze de dezembro de um mil novecentos e oitenta e quatro (14.12.1984).

Removido, a pedido para a 1ª vara cível da comarca de Três Lagoas – DJ n. 1.720 de dezoito de dezembro de um mil novecentos e oitenta e cinco (18.12.1985). Promovido por antiguidade para o cargo de juiz de direito de entrância especial, da 6ª vara criminal da comarca de Campo Grande, tomando posse no dia treze de setembro de um mil novecentos e noventa (13.9.1990).

Removido, a pedido para a vara de execução fiscal da fazenda pública municipal da mesma comarca em trinta de abril de dois mil e um (30.4.2001). Convocado para exercer as atribuições de desembargador, junto à 2ª turma criminal deste tribunal durante a vacância do cargo, a partir de dez de setembro de dois mil e nove (10.9.2009).

Desembargador Manoel Mendes Carli:

Com esse *curriculum*, aliado à sua experiência e reconhecida capacidade laboral intelectiva, tenho absoluta convicção de que vossa excelência, como sempre o fez em 1ª instância, e está a demonstrar neste sodalício como juiz de direito convocado, agora em caráter definitivo, como desembargador, em muito contribuirá para a rápida e célere distribuição da justiça, meta almejada por todos e que já é uma realidade neste tribunal.

Conhecedor profundo do direito, mercê de sua profícua formação acadêmica; aliado às virtudes dantes mencionadas, qualificam-no, sobremaneira, colega Manoel, para essa nova fase, nesta sua brilhante carreira como magistrado.

Para a corte, este evento revela uma carga de simbolismo muito intensa, e as honrarias que em nome dela ora lhe endereço são mostras de estima, respeito, consideração e reconhecimento espontâneo de serem: o judiciário e a população sul-mato-grossense, devedores irresgatáveis junto a vossa pessoa, por tudo quanto já fez e continuará fazendo em prol da justiça deste estado.

Ao lado desses atributos de ordem profissional, o homem-cidadão Manoel Mendes Carli, é digno de todos os encômios por sua vida pautada na retidão e probidade.

Pai de família extremado, pessoa afável, de fácil relacionamento, tem a seu lado sua esposa, companheira de todas as horas sem a qual, todos sabem, não estaria agora tomando assento em algum cargo, pois é Vilma, sua sombra constante nessa longa caminhada, paciente pelos momentos de convívio familiar que certamente o exercício da função lhe tolheu, e conta também com a sempre confortante presença do casal de filhos Manoel Carlos e Juliana que completam essa família em que eu, assim como todos os que conhecem, jamais vislumbraram atitude em que a lealdade não fosse essência e o carinho, o lineamento.

Manoel, finalizo afirmando que são pessoas como você, homens cujas vidas foram marcadas não pela busca de grandeza sem destemor, tampouco pela busca de homenagens sem merecimento é que, no dizer do seu antepassado Camões:

"Essas honras vãs, esse ouro puro, verdadeiro valor não dão à gente; Melhor é merecê-los sem os ter, que possuí-los sem os merecer".

Você, Manoel, que disso não faz caso, merece-as e, por isso agora lhes são prestadas. Seja bem vindo, e que Deus o abençoe.

Muito obrigado.

DISCURSO DE POSSE DO DR. MANOEL MENDES CARLI NO CARGO DE DESEMBARGADOR

Aos dezoito dias do mês de agosto do ano de dois mil e dez

Em momentos como este é inevitável revisitarmos as primeiras quadras de nossa vida. E isso me faz

Magistrados, membros do Ministério Público, Defensores Públicos, Procuradores do Estado de Mato Grosso do Sul e do Município de Campo Grande, Advogados, Professores e demais operadores do Direito, serventuários da Justiça, amigos e familiares, que nesta data muito me honram com a sua presença, emprestando brilho a esta solenidade, momento ímpar em minha vida, quando alcanço o ápice da minha carreira como magistrado.

Inicialmente, agradeço a Deus a graça, a oportunidade de poder desempenhar a partir deste momento, o cargo de desembargador deste tribunal de justiça, pedindo proteção para continuar julgando como sempre o fiz, com isenção, com firmeza, com humanidade e com humildade, procurando não errar. Que possa eu ir à luta, ao combate sem trégua contra o crime, odiando o crime, mas respeitando a pessoa do criminoso, e pedindo a proteção de Deus, mais uma vez, para que, ao julgar o irmão que errou, tenha a coragem de sentenciar com justiça, sem deixar de levar em conta a misericórdia e compaixão.

Registro meu agradecimento ao Des. Divoncir Schreiner Maran, amigo de longa data, que hoje me saudou em nome deste egrégio Tribunal de Justiça e tenho a certeza que as honrosas palavras a mim dirigidas são frutos dessa amizade, pois os amigos realçam nossas virtudes e minimizam nossos muitos defeitos. Guardarei na memória, pelo resto da vida, tudo o que de mim, aqui foi dito com tanta generosidade e bondade.

Na quarta feira do dia 14 de julho, próximo passado, quando o egrégio Tribunal Pleno deliberou sobre a minha promoção, também recebi a atenção e palavras inesquecíveis dos desembargadores Rêmolo Letteriello, Romero Osme Dias Lopes, Dorival Moreira dos Santos e Marco André Nogueira Hanson, o que por si só, para mim, já representou mais homenagens do que merecia.

O inciso VII do art. 29 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, autoriza, nessas solenidades, apenas o agradecimento do desembargador empossado. Afinal, o dia é de festa. Vamos procurar não sair dessa recomendação.

O saudoso, brilhante e inesquecível magistrado e professor, Nelson Hungria, quando de sua posse perante o Tribunal de Apelação do Distrito Federal, em 1944, afirmava com toda a humildade consentânea aos notáveis: "Sabia que não me sobravam talentos, mas também sabia de um adágio, que me foi esperança e consolo: "antiguidade é posto". O tempo, com sua mão misericordiosa, havia de me ajudar a subir este alcantil. Amigo piedoso é o tempo. Assim como redime a posse viciosa, supre, às vezes, a escassez do mérito. O tempo enseja a lição da experiência, e pode dar ao juiz, ainda que desprovido de espírito brilhante ou vasta erudição, um adestrado sentido de justiça, para distinguir, de plano, onde está a verdade ou com quem está a razão. A juiz não se faz mister inteligência privilegiada ou farta munição de cultura. O que lhe é necessário, antes de tudo, é o espírito de ponderação, o ritmo psíquico, o equilíbrio moral, numa palavra: o bom-senso. Ter bom-senso é a qualidade primacial e indeclinável do juiz. De muitas inteligências excepcionais e cultíssimas sei eu que no entanto, a serviço da justiça, não sincronizam com o exercício da função, lembrando os cinemas sonoros de arrabalde, em que as vozes não afinam com os movimentos, por carência de simultaneidade. É que lhes falta o indispensável corretivo do bom-senso".

Em face da aposentadoria do Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins venho substituí-lo, neste egrégio Tribunal de Justiça, procurando como ele nesta casa, manter as tradições mais honrosas de retidão, operosidade e descortino da justiça. Seu exemplo será para mim constante inspiração de uma justiça imparcial e discreta.

Faço minhas as palavras do Des. Rêmolo Letteriello, quando afirmou: "sempre atuou (o Des. Elpídio) profissionalmente com responsabilidade, inteligência e extremo bom senso. Foi um juiz de caráter íntegro, bravo, justo e generoso. Atrás de uma fisionomia carregada, de um semblante sisudo, sempre se escondeu um ser humano excessivamente emotivo, capaz de verter choro ante qualquer cena comovente ou ouvir lamentos de algum sofredor desprovido de felicidade". Ficam aqui as minhas homenagens ao Desembargador Elpídio.

A minha investidura como desembargador, nesta data, teve início no ano de 1981, quando juntamente com os desembargadores Dorival Moreira dos Santos e Julizar Barbosa Trindade, além de outros colegas já aposentados, fomos aprovados no primeiro concurso público de provas e títulos para o cargo de juiz substituto deste, então, recém criado Estado de Mato Grosso do Sul, que funcionava no edifício Cosmos, nesta capital, onde no plenário tomamos posse, sob a presidência do Des. Jesus de Oliveira Sobrinho, no dia 18 de março de 1982.

O dia de hoje começa com imensa saudade da fase acadêmica, dos colegas, da Faculdade de Direito Laudo de Camargo, de Ribeirão Preto (SP); de quando comecei a exercer a advocacia na cidade de São José do Rio Preto (SP), onde conheci os doutores Joaquim Franco Garcia e Waldemar Alves dos Santos, dois brilhantes advogados, militantes naquela comarca, de notável saber jurídico, iluminados, de escol, inigualáveis, guias e professores do início da minha vida profissional, aos quais, rendo minhas homenagens póstuma, pois seriam presença obrigatória neste ato, como o foram em minha posse como juiz.

Devo também as minhas homenagens a dois outros amigos, os promotores de Justiça Dr. Jurandir Barbosa Ximenez e Dr. Waldemar Marques de Queiroz, exemplo de homens, pais de família dedicados, e que exerceram a sua função com desprendimento e enalteceram a instituição do Ministério Público. Muito me auxiliaram na vida profissional. Deixaram-nos muito cedo.

Recordo-me que na sessão solene de posse dos juízes substitutos do Estado, em 18 de março de 1982, usou da palavra , em nome do tribunal, o saudoso des. Leão Neto do Carmo, que hoje empresta o seu nome ao prédio onde nos encontramos, o qual ao nos receber, endereçou recado contundente e sempre atual, com sua brilhante cultura, não só jurídica: "se é verdade que, no exercício de sua missão, o juiz não deve ter receio de desagradar, não é menos verdade que não deve também buscar inimigos. Nem curvarse ao meio, nem afrontá-lo. Na discrição e no equilíbrio é que o juiz impõe a sua autoridade. Os valores sociais, culturais e morais da sociedade devem ser respeitadas também pelo juiz, para que ela possa também respeitá-lo como ser humano." Posso assegurar que sempre segui os bons conselhos, Des. Leão, inclusive este.

A sede da 8ª circunscrição, para a qual fui designado, é Naviraí, onde tomei posse para entrar em exercício. Em Navírai, fui recebido pelo Dr. Alécio Tamiozzo, hoje desembargador aposentado.

Fui designado como juiz substituto, para Eldorado (onde o titular era o Dr. Bertin, hoje aposentado), até a instalação da comarca de Mundo Novo, a minha primeira Comarca, e da qual fui o primeiro juiz de direito. Até hoje, Mundo Novo sempre é motivo de alguma conversa entre os meus familiares. Boas recordações de bons amigos e a certeza da prestação jurisdicional adequada.

Depois de alguns anos, a promoção para a 1ª Vara da comarca de Amambai, onde era titular da 2ª Vara o Des. Julizar, grande companheiro, e onde nossas famílias criaram muita afinidade. Alguns meses depois em Amambai, fomos removidos, eu para Três Lagoas e o Des. Julizar, para Ponta Porã.

Em Três Lagoas, fui para a 1ª Vara Cível, sendo que o atual presidente desta corte, o Des. Paulo Alfeu Puccinelli, ocupava a 2ª Vara Cível e o Des. Joenildo, a Vara Criminal. Algum tempo depois foi criada e instalada a 3ª vara cível, cujo titular foi o juiz Sebastião Lino Simão, hoje aposentado.

Três Lagoas reduto da minha família materna, local de nascimento da minha mãe Mariana Mendes Carli e do seu casamento com o meu pai, o paulista de Catiguá, Agenor Carli.

Minha mãe, presente nesta solenidade, D. Mariana Mendes Carli, prestes a completar os seus oitenta e sete (87) anos de idade. Esteio de toda a família que constituiu, principalmente de seus filhos, eu, o Agenor e a Márcia. Receba hoje, toda a minha gratidão e homenagens, que também são suas. Beijo-lhe as mãos.

Agenor Carli, meu pai, grande homem, chefe de família exemplar, amigo, sério, idôneo, comerciante respeitado e respeitador, não se encontra mais entre nós, mas tenho a certeza que espiritualmente, lá do alto do céu, está vibrando com a minha conquista ora alcançada. Meu pai, o senhor é credor de toda essa homenagem, mais do que eu, pois foi o incentivador da minha carreira. Não me esqueço do dia 18 de março de 1982, dia da minha posse e do seu aniversário. A festa foi dupla.

Agenor Carli e Mariana Mendes Carli, meus pais, ensinaram aos filhos os princípios morais, o respeito e o que significa a dignidade e a honradez, bem como deveríamos nos nortear por esses princípios.

Promovido para a entrância especial, fui designado para a 2ª Vara Criminal, atuando simultaneamente, como juiz do juizado especial criminal e ainda como membro integrante da 2ª Turma recursal mista, dos juizados especiais da capital. Fui removido a pedido, para a então recém-criada vara de execução fiscal da fazenda pública do município de Campo Grande, de onde fui convocado para exercer o cargo de desembargador, neste Tribunal.

Exerci, ainda, no interior e na capital a função federal de juiz eleitoral e também de membro do Tribunal Regional Eleitoral.

À Vilma, minha esposa, companheira de todos os momentos, mãe dos meus filhos Juliana e Manoel Carlos, que formam a nossa família, a quem tenho muito a agradecer, pelo amor que me dedicam, pelo carinho com que me cercam e a quem peço perdão pelo tempo ausente, quando debruçado sobre temas complexos, e quando das audiências intermináveis. A vocês, esposa e filhos queridos, todo o meu amor, a minha consideração, respeito e apreço.

Desencanto

Poema de Manuel Bandeira

Eu faço versos como quem chora

De desalento...de desencanto...

Fecha o meu livro, se por agora

Não tens motivo nenhum de pranto.

Meu verso é sangue. Volúpia ardente

Tristeza esparsa...remorso vão...

Dói-me nas veias. Amargo e quente,

Cai, gota a gota, do coração.

E nestes versos de angústia rouca

Assim dos lábios a vida corre,

Deixando um acre sabor na boca.

Eu faço versos como quem morre.

Por mais que não pareça, o poema sempre está no contexto. Essa é uma homenagem ao poeta Manuel Bandeira, um dos iluminados que me norteiam nos dias negros. É também uma homenagem aos demais poetas, sem os quais a vida perderia muito do seu sentido.

Reitero o meu mais profundo agradecimento a todos os parentes, amigos, colegas e funcionários, irmanados a mim pelos mais sinceros laços do companheirismo e da amizade, que para a minha alegria, compareceram a esta solenidade.

A todas as autoridades dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, além das eclesiásticas aqui presentes, expresso a grande honra e satisfação pelo comparecimento, numa demonstração de apreço, não merecida por este juiz, mas devida ao egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

A todos, muito obrigado!

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE ONOMÁSTICO

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Atapoã da Costa Feliz

Apelação Cível n. 2010.012281-9 017

Apelação Cível n. 2010.016484-8 021

Apelação Cível n. 2010.022754-2 025

Claudionor Miguel Abss Duarte

Apelação Cível n. 2008.001326-9 028

Divoncir Schreiner Maran

Apelação Cível n. 2010.006504-5 037

Apelação Cível n. 2010.014057-0 041

Agravo Regimental em Apelação Cível n. 2010.016452-5/0001-00 049

Dorival Renato Pavan

Apelação Cível n. 2010.016814-5 056

Apelação Cível n. 2010.020844-9 061

Apelação Cível n. 2010.021098-7 068

Fernando Mauro Moreira Marinho

Apelação Cível n. 2009.019791-5 083

Apelação Cível n. 2009.028391-7 090

Apelação Cível n. 2010.020917-3 094

Hildebrando Coelho Neto

Apelação Cível n. 2007.025844-4 099

Apelação Cível n. 2008.013834-1 102

Apelação Cível n. 2009.008416-8 106

João Maria Lós

Apelação Cível n. 2007.024656-6 117

Apelação Cível n. 2008.009467-8 127

Apelação Cível n. 2010.020246-1 132

Joenildo de Sousa Chaves

Apelação Cível n. 2008.012755-1 142
Apelação Cível n. 2009.033331-5 150
Agravo n. 2010.016732-5 154

Julio Roberto Siqueira Cardoso

Apelação Cível n. 2010.024112-6 157
Apelação Cível n. 2010.026870-6 161
Apelação Cível n. 2010.028029-0 167

Julizar Barbosa Trindade

Apelação Cível n. 2010.015424-9 172
Apelação Cível n. 2010.018743-7 176
Apelação Cível n. 2010.019135-7 179

Luiz Carlos Santini

Apelação Cível n. 2010.014503-7 182
Apelação Cível n. 2010.017372-0 185
Apelação Cível n. 2010.021082-2 192

Luiz Tadeu Barbosa Silva

Apelação Cível n. 2009.028342-9 195
Apelação Cível n. 2009.030190-9 201
Apelação Cível n. 2009.030940-0 206

Marco André Nogueira Hanson

Apelação Cível n. 2009.012746-8 214
Apelação Cível n. 2010.004369-2 221
Apelação Cível n. 2010.011773-9 226

Oswaldo Rodrigues de Melo

Apelação Cível n. 2010.009383-1 232
Apelação Cível n. 2010.016855-4 238
Apelação Cível n. 2010.022046-9 246

Paschoal Carmello Leandro

Apelação Cível n. 2010.016875-0 251
Apelação Cível n. 2010.016931-2 258
Apelação Cível n. 2010.021459-0 264

Rêmolo Letteriello

Apelação Cível n. 2010.017103-2 268
Apelação Cível n. 2010.018656-9 275
Apelação Cível n. 2010.023145-5 280

Rubens Bergonzi Bossay

Apelação Cível n. 2010.013727-4 284
Apelação Cível n. 2010.015347-4 290
Apelação Cível n. 2010.021471-0 297

Sérgio Fernandes Martins

Apelação Cível n. 2008.035123-1 300
Apelação Cível n. 2009.000431-1 304
Apelação Cível n. 2009.006653-1 309

Sideni Soncini Pimentel

Apelação Cível n. 2010.016892-5 314
Apelação Cível n. 2010.017565-2 322
Apelação Cível n. 2010.018807-5 327

Tânia Garcia de Freitas Borges

Apelação Cível n. 2008.022603-1 333
Apelação Cível n. 2008.025939-1 339
Apelação Cível n. 2010.017211-3 343

Vladimir Abreu da Silva

Apelação Cível n. 2010.017330-4 351
Apelação Cível n. 2010.020230-6 355
Apelação Cível n. 2010.025964-2 357

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Carlos Eduardo Contar

Apelação Criminal n. 2009.019913-9 362

Apelação Criminal n. 2010.004846-5 367

Apelação Criminal n. 2010.012939-4 371

Claudionor Miguel Abss Duarte

Apelação Criminal n. 2009.032671-2 376

Agravo Regimental em *Habeas Corpus* n. 2010.025502-2/0001-00 404

Dorival Moreira dos Santos

Apelação Criminal n. 2009.031253-1 411

Apelação Criminal n. 2009.032037-0 415

Apelação Criminal n. 2010.018263-3 418

Francisco Gerardo de Sousa

Habeas Corpus n. 2010.019345-4 421

Habeas Corpus n. 2010.019816-2 423

Habeas Corpus n. 2010.020533-3 427

João Batista da Costa Marques

Conflito de Competência n. 2010.008107-0 429

Agravo Criminal n. 2010.013348-9 432

Agravo Criminal n. 2010.017457-1 436

João Carlos Brandes Garcia

Apelação Criminal n. 2010.003396-9 440

Apelação Criminal n. 2010.014035-0 444

Habeas Corpus n. 2010.015794-6 447

Manoel Mendes Carli

Habeas Corpus n. 2010.017675-7 451

Habeas Corpus n. 2010.020900-1 455

Agravo Criminal n. 2010.021104-4 459

Marilza Lúcia Fortes

Mandado de Segurança n. 2010.010633-4 462
Habeas Corpus n. 2010.017195-3 465
Habeas Corpus n. 2010.017809-8 468

Romero Osme Dias Lopes

Apelação Criminal n. 2010.009308-2.....472
Agravo Criminal n. 2010.017762-5.....475
Apelação Criminal n. 2010.019017-3.....479

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE DE ASSUNTO

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Ação anulatória

Escritura de compra e venda. Vício de consentimento. Erro. Prescrição (2009.012746-8) 214

Penhora. Arrematação. Imóvel transferido a terceiro. Ação de execução. Registro imobiliário. Presunção *juris tantum* (2009.030190-9) 201

Ação de nunciação de obra nova

Remoção. Servidão de passagem. Inexistência de prejuízo para o usuário. Possibilidade (2010.015424-9) 172

Ação de obrigação de fazer

Sociedade de fato. Litígio entre sócios. Necessidade de prova escrita. Ausência (2010.021082-2) 192

Ação de reintegração de posse

Posse justa. Comodato tácito. Permissão de uso. Esbulho não configurado.(2010.018807-5) 327

Ação declaratória

Repetição de indébito. Empresa de telefonia. PIS e CONFINS. Repasse ao consumidor na fatura. Abusividade na cobrança (2010.016452-5/0001-00) 049

Ação monitória

Cheque prescrito. Correção monetária. Termo inicial. Honorários advocatícios. Custas processuais. Distribuição da sucumbência (2007.025844-4) 099

Ordem de serviço. Prova escrita. Documento que atende aos requisitos do art. 1.102-A do CPC (2010.016732-5) 154

Ação reivindicatória

Prova do domínio. Posse injusta do réu. Individualização da área. Ocupação indevida. Caracterizada. Litigância de má-fé. Não-demonstração (2010.018656-9) 275

Acidente de trânsito

Ação de reparação de danos. Propriedade do veículo. Tradição do bem. Falta de Registro no DETRAN. Irrelevância. Ilegitimidade passiva reconhecida (2010.020844-9) 061

Bem de família

Desmembramento. Penhora. Imóvel indivisível (2010.023145-5) 280

Cobrança

Fazenda Pública. Aplicação dos efeitos da revelia. Inadmissibilidade. Contratação temporária. Recebimento de verbas. Indeferida (2010.016484-8) 021

Morte acidental. Comprovação. Cobertura prevista na apólice. Indenização devida (2009.000431-1) 304

Responsabilidade pelo prejuízo causado ao mandante. Advogado. Desídia não configurada. (2009.008416-8)..... 106

Seguro obrigatório. DPVAT. Queda de veículo parado. Inexistência de acidente (2010.021471-0) 297

Trabalho desenvolvido por preso no interior do presídio. Convênio com empresa particular. Pedido de remuneração. Impossibilidade (2010.017372-0) 185

Embargos à arrematação

Impugnação. Laudo de avaliação. Bem arrematado por valor superior a 50% da avaliação. Preço vil (2008.035123-1) 300

Embargos à execução

Corretagem. Aproximação dos interessados. Concretização do negócio. Posterior desfazimento. Comissão devida (2010.021459-0) 264

Tratamento médico-hospitalar. Cheque. Caução. Causa debendi. Possibilidade (2009.028391-7) 090

Embargos de terceiro

Execução. Alimentos. Bem imóvel. Separação de fato. Esforço em comum. Ausência de demonstração. (2010.006504-5 037

Imóvel dado em hipoteca. Procuração sem poderes específicos. Invalidade da garantia. Nulidade da hipoteca. Inocorrência. Aval. Desnecessidade da outorga uxória (2007.024656-6) 117

Penhora. Bem adquirido durante a constância do casamento. Regime de separação de bens. Ausência de previsão expressa acerca da incomunicabilidade dos bens. (2010.025964-2) 357

Penhora. Imóvel. Ausência de registro do título. Transferência da propriedade não consumada (2010.028029-0) 167

Energia elétrica

Ação declaratória. Fraude no medidor. Substituição do aparelho. Perícia. Inexistência. Prova produzida unilateralmente (2010.024112-6) 157

Execução

Exceção de pré-executividade. Alegação tardia. Custas pelo retardamento. Perda do direito aos honorários advocatícios (2010.018743-7) 176

Morte de um dos executados. Substituição pelo espólio. Habilitação dos sucessores. Necessidade de ajuizamento em autos próprios (2010.014503-7) 182

Habilitação de Crédito

Desapropriação. Discussão acerca da posse e propriedade do bem. Impossibilidade. (2010.020230-6) 355

Imposto

ICMS. Minério de fero destinado à exportação. Produto industrializado semi-elaborado. Presunção de certeza e liquidez na inscrição da dívida ativa. (2008.001326-9)..... 028

IPTU. Entidade religiosa. Imunidade tributária. Imóvel que serve também como residência (2008.022603-1)..... 333

ITBI. Lei municipal. Contribuinte. Adquirente de imóvel rural. Imunidade. Transferência de tal obrigação para o transmitente. Impossibilidade (2010.013727-4) 284

Indenização

Aplicação de herbicida. Ineficácia do produto. Ônus da prova. Inversão. Não ocorrência. Indenização devida (2010.017211-3) 343

Danos morais e estéticos. Erro médico. Esquecimento de material cirúrgico no corpo da paciente. Caracterização do ilícito civil (2010.021098-7) 068

Desapropriação. Impossibilidade. Documentação. Sobreposição de área. Posse atual da parte requerida (2010.009383-1) 232

Exoneração. Servidor público. Cargo em comissão. Licença-saúde. Possibilidade (2009.006653-1) 309

Queda de árvore sobre carro estacionado. Lucros cessantes. Cabimento. Termo final. (2010.017103-2) 268

Indenização por danos materiais e morais

Apreensão irregular de pássaros e gaiola. Ato ilícito passível de indenização. Responsabilidade do Estado por atos de seus agentes. (2010.012281-9) 017

Culpa médica. Negligência caracterizada. Demora no diagnóstico. Tratamento inadequado. Teoria da perda da chance aplicada (2010.016892-5) 314

Injúria racial. Provas seguras. Sucumbência recíproca. Não ocorrência. (2010.004369-2) 221

Responsabilidade civil. Assistência médica. Recusa injustificada. Má-prestação do serviço. Caracterização. (2010.017565-2) 322

Responsabilidade civil. Clínica médica. Atendimento médico. Inexistência de nexo de causalidade. Indenização indevida (2009.030940-0) 206

Veículo novo. Defeito de fábrica. Código de Defesa do Consumidor. Substituição do veículo. (2010.020246-1)..... 132

Viagem de ônibus intermunicipal. Prisão em flagrante do condutor. Demora na conclusão da viagem. Responsabilidade objetiva da empresa. (2008.012755-1) 142

Indenização por danos morais

Acidente em parque de diversões. Ressarcimento. Fixação do quantum. Critérios. Majoração (2009.019791-5) 083

Acusação de apropriação de valores em caixa eletrônico. Ofensa à honra. Dano moral configurado. *Quantum* indenizatório (2010.020917-3) 094

Contratação fraudulenta. Linha telefônica. Inscrição indevida nos órgãos de restrição ao crédito. Valor da indenização (2010.016875-0) 251

Defeito de produto. Consumidor. Inversão do ônus da prova. Não-comprovação (2010.022754-2) 025

Município. Responsabilidade pelos atos que seus agentes causam a terceiros. Valor da indenização. (2010.016931-2) 258

Responsabilidade civil. Adultério. Conviventes. Inexistência de ato ilícito (2010.019135-7) 179

Infração administrativa

Festa em boate. Entrada e permanência de menores. Consumo de bebidas alcoólicas. Violação do Estatuto da Criança e do Adolescente. Aplicação de multa (2009.033331-5) 150

Inventário

Desídia do inventariante. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Inadmissibilidade. Intimação pessoal do inventariante (2010.011773-9) 226

Mandado de Segurança

Auto de infração. Farmácia. Comercialização de produtos diversos da atividade. Contrato social. Ausência de direito líquido e certo (2008.009467-8) 127

Funcionário público estadual. Prisão provisória. Suspensão do pagamento da remuneração. Previsão legal (2010.017330-4) 351

Multa de trânsito

Alienação de veículo. Ausência de comunicação da venda junto ao DETRAN no prazo legal. Responsabilidade do anterior proprietário (2008.025939-1) 339

Plano de saúde

Inclusão de menor sob guarda. Inscrição como dependente. Legalidade do ato. Disposição de ordem pública (2010.026870-6) 161

Reintegração de posse

Pretensão fundada no direito de propriedade. Ação petitória. Princípio da fungibilidade. Inaplicabilidade. Discussão sobre divisão de bens. Via inadequada (2010.016855-4) 238

Rescisão de contrato

Compra e venda. Unidade habitacional. Restituição de valores. Fixação de prazo para entrega. Inadimplência. Pena convencional. Indevida (2009.028342-9) 195

Compromisso de compra e venda. Atraso da construtora na entrega do imóvel. Restituição de valores. Multa contratual. Indenização por benfeitorias (2010.014057-0) 041

Indenização. Perdas e danos. Arrendamento rural. Destruição de plantação por animais bovinos. Ônus da prova do autor. Princípio do livre convencimento motivado (2010.016814-5) 056

Seguro

Indenização. Roubo de automóvel. Suspeita de fraude. Indícios insuficientes. Correção monetária (2010.022046-9) 246

Sucessão

Abertura de testamento cerrado. Jurisdição voluntária. Análise das disposições testamentárias. Inadmissibilidade (2008.013834-1) 102

Usucapião especial

Não preenchimento dos requisitos. Ausência de posse mansa e pacífica. Ação de reintegração de posse (2010.015347-4) 290

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Abandono de incapaz

Casal de indígenas. Imputação objetiva. Prova (2009.031253-1) 411

Conflito de competência

Transferência de preso. Cumprimento de pena. Regime aberto. Comarca do interior. Ausência de anuência. (2010.008107-0) 429

Estatuto do Desarmamento

Porte de ilegal de arma de fogo de uso permitido. Desclassificação para posse. Arma apreendida em fazenda. Extinção da punibilidade. Abolitio criminis (2010.003396-9) 440

Estupro

Atentado violento ao pudor. Crime único. Concurso de crimes. Continuidade delitiva. Juízo das execuções penais (2010.013348-9) 432

Execução penal

Doença mental superveniente. Medida de segurança substitutiva. Tratamento ambulatorial (2010.017762-5) .. 475

Furto

Delito cometido por sobrinho da vítima. Ausência de representação. Necessidade de coabitação. Condenação mantida (2010.014035-0) 444

Energia elétrica. Insuficiência de provas. Perícia não realizada. Prescindibilidade. Prova testemunhal (2010.004846-5) 367

Tentativa. Valor ínfimo da res furtiva. Reincidência. Antecedentes criminais. Continuidade delitiva. Regime prisional (2009.019913-9) 362

Habeas corpus

Autoridade coatora. Indeterminação. Expedição de carta precatória. Individualização da ação. Impossibilidade de análise em sede de habeas corpus (2010.025502-2/0001-00) 404

Estrangeiro com decreto de expulsão. Livramento condicional. Impossibilidade de preenchimento de requisito subjetivo (2010.017675-7) 451

Estupro. Paciente que permaneceu solto durante a instrução criminal. Execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação. Impossibilidade. Ofensa ao princípio da presunção de inocência (2010.017809-8).. 468

Estupro vulnerável. Liberdade provisória. Indeferimento. Paciente que apresenta condições favoráveis. Ordem concedida (2010.015794-6) 447

Trancamento da ação penal. Ação que tramita em Juizado Especial. Competência. Turmas recursais dos Juizados Especiais (2010.019345-4) 421

Transferência do presídio militar estadual. Prerrogativa de militar da ativa. Constrangimento ilegal (2010.017195-3) 465

Interceptação telefônica

Sentença condenatória. Gravação realizada com autorização do proprietário do estabelecimento. Ausência de autorização judicial (2010.009308-2) 472

Lei de Execução Penal

Visita a preso por convivente. Vedação. Antecedentes criminais. Ausência de fundamentação idônea (2010.018263-3 418

Livramento condicional

Cometimento de falta grave. Interrupção do prazo. Impossibilidade (2010.017457-1) 436

Mandado de Segurança

Restituição de arma. Terceiro de boa-fé. Arma apreendida. Registro na Polícia Federal. Ordem concedida (2010.010633-4) 462

Peculato

Desvio de verbas públicas. FUNDEF. Pagamento antecipado de combustível. Transporte escolar (2009.032671-2) 376

Porte ilegal de munição

Estatuto do Desarmamento. Absolvição. Atipicidade. Crime de perigo abstrato (2009.032037-0) 415

Progressão de regime

Crime hediondo. Crime cometido depois da Lei n.11.464/2007. Reincidência. Benesse no prazo de 3/5 (2010.021104-4) 459

Preenchimento do requisito objetivo. Cumprimento de 1/6 da pena. Inexistência de fato que desabone a conduta carcerária. Desnecessidade de estágio de convivência (2010.019816-2) 423

Receptação

Liberdade provisória. Ausência de requisitos para a prisão preventiva. Crime de menor potencial ofensivo. Condições pessoais favoráveis (2010.020533-3) 427

Tráfico de entorpecentes

Pena-base. Redução. Possibilidade. Afastamento da hediondez. Admissibilidade. Tráfico privilegiado (2010.019017-3) 479

Violência doméstica

Descumprimento de medida protetiva. Liberdade provisória. Indeferimento. Garantia da ordem pública. Ordem denegada (2010.020900-1) 455

Vias de fato. Ação penal condicional à representação. Retratação da vítima. Denúncia. Nulidade absoluta do processo (2010.012939-4) 371