

**REVISTA  
TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA**

**TJMS**

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

**ANO 32 – N. 180  
ABRIL A JUNHO DE 2011**





**Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul**

# Revista Trimestral de Jurisprudência

**Ano 32 - n. 180 - Abril-Junho de 2011**

## EXPEDIENTE

### REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Ano 32, n. 180

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. 180 (2011) - . – Campo Grande: Tribunal de Justiça, 2011 - .

Trimestral

Passou a ser on-line a partir do n. 171 (2009).

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

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

CDD 340.68171

#### Elaboração

Secretaria Judiciária

Departamento de Pesquisa e Documentação

Coordenadoria de Jurisprudência e Legislação

Parque dos Poderes – Bloco 13

CEP: 79.031-902 - Campo Grande - MS

Telefone: (67) 3314-1388

E-mail: jurisprudencia@tjms.jus.br

#### Capa

Departamento de Relações Públicas

Coordenadoria de Publicidade Institucional

#### Revisão

Marilza Moreno Comar

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

## **Diretoria**

Presidente - Des. Luiz Carlos Santini

Vice-Presidente - Des. Hildebrando Coelho Neto

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

## **Tribunal Pleno**

**(em ordem de antiguidade)**

Des. Rubens Bergonzi Bossay

Des. Claudionor Miguel Absz 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

Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges

Des. Paschoal Carmello Leandro

Des<sup>a</sup>. Marilza Lúcia Fortes

Des. Julizar Barbosa Trindade

Des. Romero Osme Dias Lopes

Des. Carlos Eduardo Contar

Des. Sérgio Fernandes Martins

Des. Sideni Soncini Pimentel

Des. Dorival Renato Pavan

Des. Vladimir Abreu da Silva

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Des. Dorival Moreira dos Santos

Des. Manoel Mendes Carli

Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Des. Francisco Gerardo de Sousa (Juiz designado)

# SUMÁRIO

## **Doutrina**

História e direito: da justiça sanitária à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Luiza Vieira Sá de Figueiredo..... 007

Novos paradigmas para compreensão do vigente direito processual civil.

Jorge Eustácio da Silva Frias ..... 038

**Jurisprudência Cível**..... 076

**Jurisprudência Criminal** ..... 493

## **Índice Onomástico**

Jurisprudência Cível..... 653

Jurisprudência Criminal ..... 656

## **Índice de Assunto**

Jurisprudência Cível..... 659

Jurisprudência Criminal ..... 664

REVISTA  
TRIMESTRAL DE  
JURISPRUDÊNCIA

TJMS

# DOCTRINA



## HISTÓRIA E DIREITO: DA JUSTIÇA SANITÁRIA À JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

*Luiza Vieira Sá de Figueiredo*  
*Juíza substituta do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O Movimento Sanitário no Brasil; 3. A Revolta da Vacina; 4. A Justiça Sanitária; 5. O Supremo Tribunal Federal; 6. Considerações Finais; 7. Referências.

### 1 INTRODUÇÃO

Reunimos alguns julgados do Supremo Tribunal Federal que externam entendimentos consolidados acerca do direito à saúde e da interpretação dada ao artigo 196 da Constituição Federal, bem como desdobramentos decorrentes dessas interpretações. Tais julgados foram compilados a partir de estudos recentes em curso de aperfeiçoamento oferecido pela Escola Superior de Magistratura do Pará (Esmapa). Aproveitamos a oportunidade e a relevância do tema para o Poder Judiciário e resgatamos pesquisas realizadas em documentos do Ministério da Agricultura e do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, ao qual a Saúde Pública esteve vinculada no início do século passado, com o objetivo de trazer ao leitor um pouco da história da saúde pública no Brasil.

Em artigo publicado na Edição n. 176 desta revista – História e Direito: Um Ensaio Interdisciplinar sobre o Surgimento da Norma Jurídica –, vimos como a necessidade de regulação da conduta humana surge naturalmente do que convencionamos chamar de “atrito social” e observamos, pela análise de um fato concreto pertencente à história de nosso país, a evolução dessa normatização em sentido lato ao longo do tempo, até culminar na norma em sentido estrito – a norma jurídica.

No segundo artigo da série “História e Direito”, publicado na Edição n. 178, abordamos a executoriedade da lei vigente, debruçando-nos também sobre fatos concretos da história do nosso país, abordando anseios e desejos do governo constituído e os sucessos e insucessos das intenções traduzidas em uma das formas de expressão do Direito que é a lei jurídica.

No presente trabalho, pretendemos dar continuidade às reflexões anteriores, tratando agora da justiça sanitária e do contexto em que se deu o movimento sanitarista no início do século XX, o qual estava relacionado com a série de transformações políticas e sociais decorrentes do novo regime de governo e da forma de Estado adotada pela Constituição de 1891 – a federativa.<sup>1</sup>

Primeiramente, portanto, retomaremos o contexto histórico brasileiro do início do século XX, período em que fora criado o Serviço de Proteção ao Índio e Localização de Trabalhadores Nacionais, discutido nos artigos anteriores, demonstrando as relações existentes entre a imigração, a localização de trabalhadores nacionais e a política de saneamento levada a efeito pelo governo federal à época, que ficou conhecida como movimento sanitarista (ocorrido tanto na capital da República quanto no interior do país – o movimento sanitário rural ou do sertão).

Na sequência, falaremos sobre a “Revolta da Vacina”, ocorrida em novembro de 1904 no Rio de Janeiro e considerada um movimento popular contra a vacinação obrigatória estabelecida por lei no então

<sup>1</sup> Este é o terceiro artigo de uma série de seis, nos quais buscamos observar fatos históricos sob um enfoque jurídico. Lançamos um olhar sobre acontecimentos da história de nosso país há 100 anos, em especial sobre questões como sociedade, economia e desenvolvimento. A iniciativa se insere no novo paradigma de formação continuada e humana do magistrado.

Distrito Federal, mas que, documentos oficiais revelaram ter sido um movimento político encabeçado por militares e autoridades do Poder Legislativo, os quais, insatisfeitos com o regime republicano, pretendiam restabelecer a monarquia no país.

No mesmo ano em que ocorrera a “Revolta da Vacina” foi criada a Justiça Sanitária, pelo Decreto n. 5.224, de 30.5.1904, estabelecendo que competia ao juiz dos feitos da saúde pública o processo e julgamento das causas cíveis e criminais concernentes à execução e infração das leis e regulamentos sanitários, com recurso para as câmaras respectivas da Corte de Apelação.<sup>2</sup>

A estrutura governamental envolvendo o direito sanitário expandiu-se no âmbito federal, com o também crescente número de matérias e competências reguladas pelo Estado, culminando com a edição da Lei n. 8.080, de 19.9.1990, que criou o Sistema Único de Saúde, como conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, incluídas as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, equipamentos para saúde, sangue e hemoderivados, com a participação, em caráter complementar, da iniciativa privada.

Para o Poder Judiciário, que é diuturnamente chamado a resolver questões que envolvem o direito à saúde, sobressai o entendimento dado pelo Supremo Tribunal Federal acerca de temas recorrentes, os quais destacamos em julgados recentes selecionados, conforme mencionado inicialmente. Não tomamos a senda que nos levassem a interpretações de mérito, antes, percorremos os caminhos históricos, oferecendo ao leitor, para sua própria consideração, informações que reputamos relevantes, acrescidas de fatos concretos ocorridos em nosso país e outros tantos ocorridos alhures, mas com repercussão em nosso ordenamento pátrio.

## 2 O MOVIMENTO SANITÁRIO NO BRASIL

O período que sucedeu a Proclamação da República (1889) foi marcado por instabilidade política, motins, revoltas, expansão inconsiderada de gastos e más finanças, que formavam um contexto de desconfiança generalizada, especialmente por parte da classe intelectual da sociedade. A emissão exagerada de papel moeda, com a criação de instituições bancárias estaduais e regionais que emitiam títulos, gerou grande especulação monetária. O governo autorizou a expansão de bancos, concedendo-lhes terras devolutas para a localização de colonos e fundação de estabelecimentos industriais, dando-lhes também preferência para celebrar contratos com instituições públicas tendo como objeto colonização e imigração, com a contrapartida de que emprestassem recursos destinados à lavoura e indústria a juro não superior a 6% e com prazo máximo de 30 anos.

Entretanto, houve estímulo e amparo às atividades econômicas por meio de proteção alfandegária, da introdução de imigrantes estrangeiros e do desenvolvimento dos meios internos de comunicação, com investimento em linhas férreas e telegráficas, dando-se continuidade ao projeto iniciado ainda pelo governo monárquico de expansão das linhas telegráficas à região da fronteira com a Bolívia e o Paraguai e à região Amazônica, trabalho esse realizado pelas Comissões Telegráficas do Estado de Mato Grosso e de Mato Grosso ao Amazonas, respectivamente.

Como visto nos artigos anteriores, o telégrafo elétrico fora incorporado à realidade brasileira em meados do século XIX, primeiramente como forma de comunicação entre altas autoridades da Corte e posteriormente estendido à população em geral. As comissões telegráficas haviam sido inicialmente constituídas com o objetivo de implementar o serviço de comunicação no centro-oeste e norte do Brasil, mas foram agregando outros projetos governamentais, com destaque para o povoamento e para a questão

<sup>2</sup> O Tribunal de Justiça foi inicialmente denominado de Tribunal da Relação, passando a chamar-se Corte de Apelação e, finalmente, Tribunal de Justiça. Essa evolução de designação é essencialmente da Justiça estadual, porquanto as especializadas foram somente no início do século XX e a federal em 1890, cujo tribunal com competência recursal era o Supremo Tribunal Federal.

indígena. O Serviço de Proteção ao Índio foi paulatinamente gestado e executado no âmbito da Comissão Construtora de Linhas Telegráficas, sob a direção de Cândido Mariano da Silva Rondon até ser promulgado o Decreto federal n. 8.072/1910, que criou o serviço nacionalmente. O decreto criava também o Serviço de Localização de Trabalhadores Nacionais, ambos vinculados ao Ministério da Agricultura.

O Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais constituiu-se em uma política nacional de implemento e desenvolvimento da colonização, povoamento do solo e expansão econômica fundada na agricultura e pecuária. Projetos distintos, que tinham por beneficiários grupos diversos (índios e trabalhadores rurais), mas possuíam um eixo comum, qual seja, o povoamento do solo nacional pela integração dos povos e fomento da produção nacional mediante qualificação do trabalhador no campo. Embora tenha havido duas frentes de imigração subvencionada pelo Governo Brasileiro – uma para estabelecimento de colônias e outra para substituição da mão de obra escrava –, as regras estabelecidas pelo Decreto n. 8.072/1910 para a localização dos trabalhadores nacionais em pequenas propriedades agrícolas já eram aplicáveis, há anos, pela legislação vigente, aos colonos estrangeiros, concedendo-lhes subvenções para aquisição dos lotes, de insumos e oferecendo-lhes assistência médica e profissional gratuita nos primeiros seis meses após a localização em núcleos de povoamento.

Foi também nesse contexto que surgiu, no início do século XX, o movimento sanitarista, inicialmente na capital da República e, logo após, estendido para o interior do país. Os problemas sanitários eram considerados, no primeiro momento, ameaças a interesses econômicos e políticos, tanto na esfera pública quanto privada. De acordo com Simone Petraglia Kropf, *“a malária, a ancilostomose e a tripanossomíase americana foram apontadas pelos cientistas e intelectuais do movimento sanitarista dos anos 10 como grande obstáculo ao progresso nacional, a ser superado mediante o compromisso do Estado em promover o saneamento rural do país.”*<sup>3</sup>

Especificamente em relação à doença de chagas, médicos propagaram a idéia de que a doença, por atingir o coração, comprometia a produtividade do trabalho rural, havendo, até mesmo, quadros comparativos acerca da produtividade de trabalhadores na cidade e no campo no Brasil e em países estrangeiros.<sup>4</sup> Em razão disso, e com o argumento de que essas doenças afetavam o desenvolvimento econômico das regiões do interior do país, sustentava-se que a política sanitária deveria ser prioridade na agenda do governo federal. Para Kropf, *“num momento histórico em que o valor do trabalho assumia centralidade no imaginário político-cultural, esta foi uma estratégia discursiva de grande impacto.”*<sup>5</sup>

Nas primeiras décadas do século XX, especialmente, observa-se um movimento político e intelectual que proclamou a doença como principal problema do País e o maior obstáculo à civilização, pregando como solução para o progresso social e econômico do Brasil o saneamento dos sertões. *Esse movimento também “concentrou esforços na rejeição do determinismo racial e climático e na reivindicação da remoção dos principais obstáculos à redenção do povo brasileiro: as endemias rurais.”*<sup>6</sup>

Nesse diapasão, Nísia Trindade Lima e Gilberto Hochman apontam que um país despovoado, doente e improdutivo era obstáculo para qualquer política de imigração.<sup>7</sup> O governo federal vinha crescentemente investindo na imigração, conforme destacado no artigo anterior, em que discorremos sobre o Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais, o qual se inseria nessa macropolítica de

3 KROPF, Simone Petraglia. Ciência, saúde e desenvolvimento: a doença de Chagas no Brasil (1943-1962). *Revista tempo*, Rio de Janeiro, n. 19, p. 110-1.

4 Belisário Penna, importante intelectual da época e que integrava a Liga Pró-Saneamento, calculava que 6 milhões de brasileiros, quando comparados a trabalhadores estrangeiros, produziam apenas 1/3 do que, livres das doenças, seriam capazes. In: Saneamento do Brasil apud LIMA, Nísia Trindade; HOCHMAN, Gilberto. Op. cit.

5 Idem, *ibidem*, p. 120.

6 LIMA, Nísia Trindade; HOCHMAN, Gilberto. Condenado pela raça, absolvido pela medicina: O Brasil descoberto pelo movimento sanitarista da Primeira República. In: MAIO, Marcos Chor; SANTOS, Ricardo Ventura (Org.). *Raça, ciência e sociedade*. Rio de Janeiro: Fiocruz, Centro Cultural Banco do Brasil, 1996.

7 Op. cit.

povoamento. Esses investimentos, entretanto, tiveram início ainda no Império e foram se avolumando durante a República Velha.<sup>8</sup>

Diz-se que o movimento sanitarista foi político e intelectual, porquanto, na perspectiva de importantes intelectuais do período, a forma federativa de Estado era incompatível com a realidade brasileira e levou à oligarquização da política. O discurso da elite médica era de descontentamento com a subordinação da Educação e da Saúde ao Ministério da Justiça e Negócios Interiores, considerado “*uma agência dominada pelos políticos e pelos bacharéis*”.<sup>9</sup> Para Lima e Hochman, o movimento atribuía à ciência o papel-chave em uma nova organização nacional e o papel do médico nesse contexto “*não pode ser dissociado da crítica à República, especialmente dirigida à adoção do federalismo na Carta Constitucional de 1891. A crítica mais importante à forma de atenção à saúde voltava-se para o princípio constitucional de autonomia estadual e municipal, que restringia as possibilidades de uma ação coordenada em âmbito federal.*”<sup>10</sup>

De fato, as tentativas de regulação uniforme no território nacional acerca das questões sanitárias esbarravam em uma questão jurídica, qual seja, a distribuição de competências trazida pela Constituição Federal de 1891, que dava autonomia aos Estados e Municípios para legislar e organizarem serviços de saúde pública, ficando a cargo da União tão somente as ações de saúde no Distrito Federal, a vigilância sanitária dos portos e a assistência aos Estados em casos previstos e regulados constitucionalmente.<sup>11</sup>

8 Destaque para a seguinte legislação, englobando período do Império e da República Velha. Decreto de 1.9.1808: Manda vir da Ilha dos Açores 1.500 famílias para a Capitania do Rio Grande do Sul; Decreto n. 2168 de 1.5.1858: Aprova Regulamento para o transporte de Emigrantes; Decreto n. 3254 de 20.4.1864: Aprova as alterações feitas no Regulamento para o transporte de emigrantes, que baixou com o Decreto n. 2168 de 1.5.1858; Decreto n. 3575 de 30.12.1865: Autoriza a incorporação da Companhia anônima, denominada “Promotora da Colonização Polaca no Império” e aprova os respectivos Estatutos; Decreto n. 163 de 16.1.1890: Cria colônias nacionais no território da Guyana Brasileira; Decreto n. 528 de 28.6.1890: Regulariza o serviço da introdução e localização de imigrantes na República Federativa do Brasil. Decreto n. 603 de 26.7.1890: Reorganiza a Inspeção Geral das Terras e Colorização; Decreto n. 964 de 7.11.1890: Altera e amplia disposições do Decreto n. 528 de 28.6.1890; Decreto n. 1178 de 18.12.1890: Concede autorização aos bancos Colonizador e Agrícola, de Portugal e do Brasil, e Luso-Brasileiro para organizarem uma sociedade anônima sob a denominação de Companhia Pastoril-Industrial Sul do Brasil, tendo por fim social a aquisição, no Estado do Rio Grande do Sul, de terras para cultivar e estabelecer colônias; a introdução de imigrantes; a compra e exploração no mesmo Estado de charqueadas que funcionem; a fundação de outros estabelecimentos de produção de carne seca, gorduras, couros, solas; o estabelecimento de curtumes e fábricas de preparo e conservação de carne de vaca, de porco e de carneiro; a criação de toda a espécie de gado para exportação e consumo no país; a importação dos artigos necessários à indústria agrícola e às outras a cujo desenvolvimento se propõem; Decreto n. 68 de 21.3.1891: Amplia as disposições do Decreto n. 528 de 28.6.1890; Decreto n. 927 de 5.7.1892: Aprova o regulamento para o Serviço das Delegacias da Inspeção Geral das Terras e Colonização; Lei n. 97 de 5.12.1892: Permite livre entrada no território da República de integrantes de nacionalidade chinesa e japonesa; autoriza o Governo a promover a execução do Tratado de 5 de setembro de 1890 com a China; a celebrar tratado de comércio, paz e amizade com o Japão e dá outras providências atinentes à imigração daquelas procedências; Decreto n. 1861 de 30.10.1894: Adota modelos para expedição de títulos de propriedade de lotes de terra vendidos aos imigrantes; Decreto n. 2231 de 10.2.1896: Abre ao Ministério da Indústria, Viação e Obras Públicas crédito especial para favorecer a civilização dos silvícolas nos Estados do Pará e Amazonas e fundar colônias nas fronteiras, mandando pelo mesmo crédito construir linhas telegráficas e estradas que facilitem as comunicações para essas colônias; Decreto n. 3539 de 29.12.1899: Regula a introdução de imigrantes a que se refere o contrato em vigor celebrado entre o Governo Federal e a Companhia Norte Mineira, para fundação de núcleos agrícolas; Decreto n. 4.241 de 18.11.1901: Abre ao Ministério da Indústria, Viação e Obras Públicas crédito para pagamento devido à Companhia Norte Mineira pela rescisão dos respectivos contratos para fundação de burgos agrícolas no Estado da Bahia; Decreto n. 4.242 de 18.11.1901: Abre ao Ministério da Indústria, Viação e Obras Públicas crédito para pagamento devido à Companhia Terras e Viação pela rescisão dos respectivos contratos para fundação de burgos agrícolas no Estado de Minas Gerais; Decreto n. 4.027 de 27.5.1901: Abre ao Ministério da Indústria, Viação e Obras Públicas crédito para pagamento devido à Companhia Colonização e Indústrias de Santa Catarina pela rescisão dos respectivos contratos para fundação de burgos agrícolas nesse Estado; Decreto n. 1606 de 29.12.1906: Cria uma Secretaria de Estado com a denominação de Ministério dos Negócios da Agricultura, Indústria e Comércio. Decreto n. 6455 de 19.4.1907: Aprova as bases regulamentares para o Serviço de Povoamento do solo nacional; Decreto n. 6479 de 16.5.1907: Cria a Diretoria-Geral do Serviço de Povoamento; Decreto n. 6668 de 3.10.1907: Aprova as instruções para o serviço de propaganda e expansão econômica do Brasil no estrangeiro (art. 136 do Decreto n. 6455 de 19.4.1907); Decreto n. 9081 de 3.10.1911: Regula o Serviço de Povoamento (art. 61 da Lei n. 2356 de 31.12.1910); Decreto n. 3550 de 16.10.1918: Reorganiza a Diretoria do Serviço de Povoamento, dando-lhe a denominação de Departamento Nacional do Trabalho; Decreto n. 16027 de 30.4.1923: Cria o Conselho Nacional do Trabalho; Decreto n. 21.914 de 10.10.1932: Altera, para os lotes de terras do Centro Agrícola da Fazenda Nacional de Santa Cruz, os preços de que cogita, o Capítulo IX do Regulamento da Diretoria-Geral do Serviço do Povoamento, aprovado pelo Decreto n. 9.081, de 3 de novembro de 1911.

9 Idem, *ibidem*.

10 Idem, *ibidem*.

11 Sobre competência constitucional, segue a transcrição dos respectivos artigos da Constituição Federal de 1891. **Art. 5º:** *Incumbe a cada Estado prover, a expensas próprias, as necessidades de seu Governo e administração; a União, porém, prestará socorros ao Estado que, em caso de calamidade pública, os solicitar; Art. 6º:* *O Governo federal não poderá intervir em negócios peculiares aos Estados, salvo: 1º) para repelir invasão estrangeira, ou de um Estado em outro; 2º) para manter a forma republicana federativa; 3º) para restabelecer a ordem e a tranquilidade nos Estados, à requisição dos respectivos Governos; 4º) para assegurar a execução das leis e sentenças federais; Art. 7º:* *É da competência exclusiva da União decretar: 1º) impostos sobre a importação de procedência estrangeira; 2º) direitos de entrada, saída e estadia de navios, sendo livre o comércio de cabotagem às mercadorias nacionais, bem como às estrangeiras que já tenham pago impostos de importação; 3º) taxas de selo, salvo a restrição do art. 9º, § 1º, n. I; 4º) taxas dos correios e telégrafos federais. § 1º Também compete privativamente à União: 1º) a instituição de bancos emissores; 2º) a criação e manutenção de alfândegas. § 2º Os impostos decretados pela União devem ser uniformes para todos os Estados. § 3º As leis da União, os atos e as sentenças de suas autoridades serão executadas em todo o País por funcionários federais, podendo, todavia, a execução das primeiras ser confiada aos Governos dos Estados, mediante anuência destes; Art. 9º:* *É da competência exclusiva dos Estados decretar impostos: 1º) sobre a exportação de mercadorias de sua própria produção; 2º) sobre Imóveis rurais e urbanos; 3º) sobre transmissão de propriedade; 4º) sobre indústrias e profissões. § 1º Também compete exclusivamente aos Estados decretar: 1º) taxas de selos quanto aos atos emanados de seus respectivos*

Segundo Hochman, o aumento da capacidade de penetração e intervenção da União sobre o território brasileiro seria, sempre, um questionamento do pacto federativo e dos poderes das oligarquias estaduais. Afirmar que esses princípios constitucionais foram a principal arma utilizada para tentar conter qualquer projeto ou decisão que significasse um aumento da competência da União.<sup>12</sup> Para Kropf, entretanto, a saúde e, em especial, o combate às endemias rurais, ganhava nova visibilidade no projeto político desenvolvimentista pela expansão da capacidade administrativa do Estado; do uso de recursos científicos e tecnológicos que começavam a se sedimentar como tratamento eficaz contra essas endemias (podemos citar a vacina como exemplo); e, sobretudo em razão do “*significado político e simbólico que viria a assumir, num período em que as metas do desenvolvimento foram sintetizadas na grande operação de interiorização*” do país.<sup>13</sup>

O órgão federal responsável pelas ações na área de saúde pública era o Departamento Geral de Saúde Pública, criado pelo Decreto n. 2458, de 10.2.1897 no Ministério da Justiça e Negócios Interiores, tendo como principais atribuições: o estudo da natureza, etiologia, tratamento e profilaxia das moléstias transmissíveis, que aparecessem ou se desenvolvessem em qualquer localidade da República em que não houvesse recursos materiais ou serviço organizado para as pesquisas de caráter técnico ou científico necessárias; a prestação de socorro médico e de higiene às populações dos Estados, à requisição dos respectivos governos, verificado o caso de calamidade pública; o serviço sanitário dos portos marítimos e

*Governos e negócios de sua economia; 2º contribuições concernentes aos seus telégrafos e correios. § 2º É isenta de impostos, no Estado por onde se exportar, a produção dos outros Estados. § 3º Só é lícito a um Estado tributar a importação de mercadorias estrangeiras, quando destinadas ao consumo no seu território, revertendo, porém, o produto do imposto para o Tesouro federal. § 4º Fica salvo aos Estados o direito de estabelecerem linhas telegráficas entre os diversos pontos de seus territórios, entre estes e os de outros Estados, que se não acharem servidos por linhas federais, podendo a União desapropriá-las quando for de interesse geral; Art. 10: É proibido aos Estados tributar bens e rendas federais ou serviços a cargo da União, e reciprocamente; Art. 11: É vedado aos Estados, como à União: 1º) criar impostos de trânsito pelo território de um Estado, ou na passagem de um para outro, sobre produtos de outros Estados da República ou estrangeiros, e, bem assim, sobre os veículos de terra e água que os transportarem; 2º) estabelecer, subvencionar ou embarçar o exercício de cultos religiosos; 3º) prescrever leis retroativas; Art. 12: Além das fontes de receita discriminadas nos artigos 7º e 9º, é lícito à União como aos Estados, cumulativamente ou não, criar outras quaisquer, não contraindo, o disposto nos artigos 7º, 9º e 11, n. 1; Art. 34: Compete privativamente ao Congresso Nacional: 1º) orçar a receita, fixar a despesa federal anualmente e tomar as contas da receita e despesa de cada exercício financeiro; 2º) autorizar o Poder Executivo a contrair empréstimos a fazer operações de crédito; 3º) legislar sobre a dívida pública e estabelecer os meios para o seu pagamento; 4º) regular a arrecadação e a distribuição das rendas federais; 5º) regular o comércio internacional, bem como o dos Estados entre si e com o Distrito Federal, alfandegar portos, criar ou suprimir entrepostos; 6º) legislar sobre a navegação dos rios que banhem mais de um Estado, ou se estendam a territórios estrangeiros; 7º) determinar o peso, o valor, a inscrição, o tipo e a denominação das moedas; 8º) criar bancos de emissão, legislar sobre ela e tributá-la; 9º) fixar o padrão dos pesos e medidas; 10º) resolver definitivamente sobre os limites dos Estados entre si, os do Distrito Federal e os do território nacional com as nações limitrofes; 11º) autorizar o governo a declarar guerra, se não tiver lugar ou malograr-se o recurso do arbitramento, e a fazer a paz; 12º) resolver definitivamente sobre os tratados e convenções com as nações estrangeiras; 13º) mudar a capital da União; 14º) conceder subsídios aos Estados na hipótese do art. 5º; 15º) legislar sobre o serviço dos correios e telégrafos federais; 16º) adotar o regime conveniente à segurança das fronteiras; 17º) fixar anualmente as forças de terra e mar; 18º) legislar sobre a organização do Exército e da Armada; 19º) conceder ou negar passagens a forças estrangeiras pelo território do País, para operações militares; 20º) mobilizar e utilizar a guarda nacional ou milícia cívica, nos casos previstos pela Constituição; 21º) declarar em estado de sítio um ou mais pontos do território nacional, na emergência de agressão por forças estrangeiras ou de comoção interna, e aprovar ou suspender o sítio que houver sido declarado pelo Poder Executivo, ou seus agentes responsáveis, na ausência do Congresso; 22º) regular as condições e o processo da eleição para os cargos federais, em todo o País; 23º) legislar sobre o direito civil, comercial e criminal da República e o processual da Justiça Federal; 24º) estabelecer leis uniformes sobre a naturalização; 25º) criar e suprimir empregos públicos federais, fixar-lhes as atribuições, estipular-lhes os vencimentos; 26º) organizar a Justiça Federal, nos termos dos artigos 55 e seguintes da Seção III; 27º) conceder anistia; 28º) comutar e perdoar as penas impostas, por crimes de responsabilidade, aos funcionários federais; 29º) legislar sobre terras e minas de propriedade da União; 30º) legislar sobre a organização municipal do Distrito Federal bem como sobre a polícia, o ensino superior e os demais serviços que na capital forem reservados para o Governo da União; 31º) submeter à legislação especial os pontos do território da República necessários para a fundação de arsenais ou outros estabelecimentos e instituições de conveniência federal; 32º) regular os casos de extradição entre os Estados; 33º) decretar as leis e resoluções necessárias ao exercício dos poderes que pertencem à União; 34º) decretar as leis orgânicas para a execução completa da Constituição; 35º) prorrogar e adiar suas sessões; Art. 35: Incumbe, outrossim, ao Congresso, mas não privativamente: 1º) velar na guarda da Constituição e das leis e providenciar sobre as necessidades de caráter federal; 2º) animar no País o desenvolvimento das letras, artes e ciências, bem como a imigração, a agricultura, a indústria e comércio, sem privilégios que tolham a ação dos Governos locais; 3º) criar instituições de ensino superior e secundário nos Estados; 4º) prover a instrução secundária no Distrito Federal; Art. 48: Compete privativamente ao Presidente da República: 1º) sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e resoluções do Congresso; expedir decretos, instruções e regulamentos para sua fiel execução; 2º) nomear e demitir livremente os Ministros de Estado; 3º) exercer ou designar quem deva exercer o comando supremo das forças de terra e mar dos Estados Unidos do Brasil, quando forem chamadas às armas em defesa interna ou externa da União; 4º) administrar o exército e a armada e distribuir as respectivas forças, conforme as leis federais e as necessidades, do Governo nacional. 5º) prover os cargos civis e militares de caráter federal, salvas as restrições expressas na Constituição; 6º) indultar e comutar as penas nos crimes sujeitos à jurisdição federal, salvo nos casos a que se referem os artigos 34, n. 28, e 52, § 2º; 7º) declarar a guerra e fazer a paz, nos termos do art. 34, n. 11; 8º) declarar imediatamente a guerra nos casos de invasão ou agressão estrangeira; 9º) dar conta anualmente da situação do País ao Congresso Nacional, indicando-lhe as providências e reformas urgentes, em mensagem que remeterá ao Secretário do Senado no dia da abertura da Sessão legislativa; 10º) convocar o Congresso extraordinariamente; 11º) nomear os magistrados federais mediante proposta do Supremo Tribunal; 12º) nomear os membros do Supremo Tribunal Federal e os Ministros diplomáticos, sujeitando a nomeação à aprovação do Senado. Na ausência do Congresso, designá-los-á em comissão até que o Senado se pronuncie; 13º) nomear os demais membros do Corpo Diplomático e os agentes consulares; 14º) manter as relações com os Estados estrangeiros; 15º) declarar por si, ou seus agentes responsáveis, o estado de sítio em qualquer ponto do território nacional nos casos, de agressão estrangeira, ou grave comoção intestina (art. 6º, n. 3; art. 34, n. 21 e art. 80); 16º) entabular negociações internacionais, celebrar ajustes, convenções e tratados, sempre ad referendum do Congresso, e aprovar os que os Estados, celebrarem na conformidade do artigo 65, submetendo-os, quando cumprir, à autoridade do Congresso.*

12 Idem, ibidem.

13 Idem, ibidem, p. 107-24.

fluviais; complementar e acessoriamente a preparação de culturas atenuadas e soros antitóxicos e curativos, a fim de serem fornecidos às autoridades que os reclamassem; complementar e acessoriamente a fiscalização do exercício da medicina e da farmácia, em todos os seus ramos, no que não estivesse regulado por lei dos Estados e dos municípios; complementar e acessoriamente a organização das estatísticas demográfico-sanitárias, relativas a causas de moléstia e de morte, estudadas em concreto, tanto na Capital Federal, como nos Estados; a confecção do Código Farmacêutico brasileiro. Como grande parte dos Estados não tinha condições de enfrentar os problemas sanitários sem o apoio financeiro do governo federal, este atuava pontualmente em casos de surtos epidêmicos.

De acordo com Santos *et al.*, “até a criação do Departamento Nacional de Saúde Pública (pelo Decreto n. 3.987, de 01/02/1920, a frente do qual esteve Carlos Chagas), não havia, a rigor, uma política federal para os estados.”<sup>14</sup> Ao discorrer especificamente sobre a hanseníase, afirmam que, “em virtude do forte impacto público da doença, ou por sua dramaticidade e pelo indesejado ‘conteúdo simbólico’, academias de medicina e centros de pesquisa engajaram-se no debate sobre as medidas necessárias de prevenção e controle”, tendo, a partir daí, a saúde pública se tornado uma área importante da atuação do Estado. “A hanseníase, assim, somava-se à ancilostomíase, à febre amarela, à tuberculose e à malária, como uma ameaça a mais à civilização, à raça e à nação.”<sup>15</sup>

Com efeito, essas doenças eram consideradas “o retrato de um país enfermo” e “um entrave ao processo de modernização do país”.<sup>16</sup> Mas à suposta incapacidade física e intelectual decorrente das doenças somava-se o abandono do governo, em especial da população do interior do país. O sertanejo estava relegado à sua própria sorte e, como mencionado no artigo anterior, preterido pelo estrangeiro em relação a investimentos públicos, especialmente para o fomento da agricultura e pecuária.

Em ofício encaminhado ao Instituto Histórico e Geográfico de São Paulo, em 4.7.1910, Cândido Mariano da Silva Rondon, referindo-se à criação do SPI, vinculou a assistência ao trabalhador nacional, que seria implementada pelo mesmo serviço, como paralela à já implementada para o colono estrangeiro no cultivo do solo da pequena propriedade agrícola. Destaca-se:

O ato do Sr. presidente da República veio realmente não só amparar os nossos silvícolas, subtraindo-os à miséria de uma condição que os aviltava, senão salvar as Instituições vigentes da culpa de os haver abandonado ao arbítrio dos civilizados, deixando escapar à ação penal crimes que jamais foram praticados impunemente contra os próprios escravos. O governo da República, volvendo sua atenção para esse problema secular cumpria, pois, um dever de que lhe não era lícito eximir-se, estendendo as mesmas vistas protetoras ao trabalhador nacional que, há de constituir elemento seguro, de par com o colono estrangeiro, no desenvolvimento da pequena propriedade agrícola.<sup>17</sup>

No mesmo sentido, o discurso parlamentar proferido em sessão de 24.12.1912 para votação da lei orçamentária com os recursos destinados ao Ministério da Agricultura:

Território vastíssimo, com uma população dispersa e rara, insuficiente para estimular as grandes emulações e suggestionar as iniciativas e ambições nobilitantes; população inculta e abandonada à rotina, sem conhecimento dos progressos vivificadores da moderna indústria agrícola e sem elementos e recursos para adquiri-los: sem mercados próximos, nem meios fáceis de transporte para os centros consumidores, eis, entre outros, os motivos de nossa inferioridade produtiva, que de modo algum deve ser atribuída à

14 SANTOS, Luiz Antonio de Castro; FARIA, Lina; MENEZES, Ricardo Fernandes de. Contrapontos da história da hanseníase no Brasil: cenários de estigma e confinamento. *Revista brasileira de estudo da população*, São Paulo, v. 25, n. 1, p. 167-90, jan./jun. 2008.

15 Idem, *ibidem*.

16 Idem, *ibidem*.

17 Recepção e posse do General Rondon: discursos proferidos na sessão extraordinária de 25 de março de 1939. *Instituto Histórico e Geográfico de São Paulo*, São Paulo, v. 36, 1939. Separata. Disponível no Museu Histórico do Exército.

incapacidade ingênita do povo brasileiro [...] cuidar dessa até hoje abandonada ou simplesmente incompreendida população proletária do interior, resistente e sofredora, que tem o fetichismo da terra em que nasceu e que ela já ajudou a defender com seu sangue, localizá-la, dar-lhe terras para trabalhar, ministrar-lhe ensino, facilitar-lhe os meios de se adaptar às modernas necessidades da vida agrícola e industrial, sugerir-lhe idéias novas, auxiliá-la, ampará-la na luta constante contra os elementos hostis que lhe atrofiaram os movimentos de iniciativa e de ambição, só isso, que constitui a súplica de importantes deveres do Estado Moderno, [...] cuidando de amparar, instruir e vigorar a classe dispersa dos trabalhadores brasileiros, que vivem como estrangeiros em sua própria terra, outros continuam a se agitar, pedindo que deles se não descuidem os poderes públicos. Se nos parece que é dever primordial do Estado dar amparo e proteção aos trabalhadores nacionais, nem por isso desconhecemos a necessidade que tem a União de cuidar e persistentemente do relevante assunto da imigração e colonização estrangeira.<sup>18</sup>

Igualmente, em discurso proferido no Instituto Histórico e Geográfico de São Paulo, em 25.3.1939, José Torres de Oliveira, membro do Instituto, referiu-se à criação do SPILTIN como “*complemento do serviço de povoamento do solo*”.<sup>19</sup> Oportuno destacar que o Ministério da Agricultura à época também detinha atribuições de imigração e colonização (artigo 2º, item 1º, alínea b, do Decreto n. 1.606/1906).

Um elemento que também contribuiu com o movimento sanitarista, especialmente no interior do Brasil, foram as expedições científicas realizadas no início do século XX. A Comissão Construtora de Linhas Telegráficas de Mato Grosso ao Amazonas ganhou nítido caráter científico, à medida que passaram a integrá-la estudiosos das mais variadas áreas, como botânica, zoologia, etnografia, história natural e mineralogia, a maioria desses profissionais era vinculada ao Museu Nacional no Rio de Janeiro, local em que está grande parte do que foi coletado no curso dessas expedições.

Os relatórios dessas expedições foram posteriormente publicados, havendo até relatórios sanitários, elaborados pelos médicos que pertenceram à referida comissão. Arthur Torres Caser analisou esses relatórios médicos e afirma que eles abordavam tanto “*as condições clínicas dos membros das expedições quanto questões ligadas à salubridade dos locais percorridos, produzindo uma interpretação dos ‘sertões do noroeste’ na qual se destacavam a onipresença da malária e o aspecto desalentador das cidades e pequenos núcleos populacionais aí presentes.*”<sup>20</sup> Segundo ele, o papel dos médicos que acompanhavam a comissão era cuidar dos seus integrantes que ficassem doentes, mas eles também descreveram outros aspectos observados, como o clima e o quadro nosológico das regiões percorridas. Ademais, tiveram contato com a população que vivia nessas localidades e tomaram conhecimento, portanto, das doenças que ali proliferavam: a malária era a principal delas. Caser destaca que nos textos desses relatórios evidenciava-se a insalubridade de determinadas regiões, mas defendia-se que a ocupação desses lugares era perfeitamente possível com a correta aplicação do saber médico-sanitário. A natureza era vista como uma adversária, passível de ser domada pelo homem: o vale do Amazonas não era insalubre, mas estava insalubre.<sup>21</sup>

Pelos seus relatórios, os médicos da Comissão Construtora de Linhas Telegráficas de Mato Grosso ao Amazonas produziram, conforme conclusão de Caser, “*um quadro médico-sanitário dos sertões do noroeste*”, construído, entretanto, pelos olhos e lentes de profissionais que se inseriam no contexto da época: de ocupação dos espaços vazios do interior do Brasil e de supremacia do homem sobre a natureza.

As viagens realizadas por membros do Instituto Oswaldo Cruz, em 1912, por solicitação da Inspetoria de Obras contra as Secas, igualmente, retratam o isolamento do ‘sertanejo’ e o abandono em que se encontra

18 SÁ, Luiza Vieira. **Rondon**: O agente público e político. Tese (Doutorado)–Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, São Paulo, 2009.

19 Anais do Senado.

20 CASER, Arthur Torres. Os Relatórios Médicos da Comissão Rondon. In: XIII ENCONTRO DE HISTÓRIA ANPUH-RIO: identidades, 2008, Rio de Janeiro. **Anais...** Rio de Janeiro: [s.n.], 2008.

21 Idem, ibidem.

em relação às políticas públicas. Uma referência é a obra “Viagem Científica pelo Norte da Bahia, Sudoeste de Pernambuco, Sul do Pará e de Norte a Sul de Goiás”, cujo relatório, “*além de informações sobre clima, a fauna e flora, apresenta, em detalhes, as doenças que afetavam homens e atividade pecuária.*” Oportuno destacar que “*tratando-se de um estudo prévio à construção de açudes pela Inspetoria de Obras contra as Secas, seus autores em vários momentos sublinham a ineficácia dessa medida, se tomada isoladamente*”. Além disso, “*os autores são enfáticos em destacar a necessidade de ações profiláticas que impedissem a associação perversa entre disponibilidade de água e foco de doenças.*”<sup>22</sup>

Lima e Hochman apontam que “*é na década de 1910 que os problemas de saúde pública passam a ocupar um lugar central na agenda política do País.*” Diante da necessidade de recuperar e integrar o homem do interior para viabilizar o progresso econômico do país, o saneamento passou a reunir importantes setores da elite intelectual e política, com destaque para a criação da Liga Pró-Saneamento do Brasil, em fevereiro de 1918, que realizou propaganda, conferências, palestras em escolas, em entidades associativas de proprietários rurais e divulgou folhetos para educação sanitária, atividades essas que repercutiram na imprensa e nos debates do Congresso Nacional.<sup>23</sup>

Entrelaçada nas relações entre a doença e a sociedade, Belisário Penna, um dos dirigentes da Liga Pró-Saneamento, em publicações feitas na Revista Saúde, critica o sistema republicano e o papel do governo federal no saneamento, no povoamento e na saúde pública.<sup>24</sup> Para ele, após a proclamação da República, o País ficou dividido em pequenos potentados locais, entregues a tiranos, consequência da perda da principal virtude do Império, qual seja, a unidade de comando. Mencionou também as implicações para o país do despovoamento do interior e das doenças que atingiam a já pequena e esparsa população que ali vivia.<sup>25</sup>

Em 1918, Belisário Penna publicou uma obra apontando o que reputava serem as falhas mais relevantes das políticas públicas na área de saúde e trazia um programa propondo soluções, dentre as quais: intervenção crescente do Estado no setor da saúde pública; a elaboração de novo código sanitário para todo o país; divisão do Brasil em zonas sanitárias; criação de tribunal especial para tratar de questões relacionadas à aplicação da nova legislação sanitária.<sup>26</sup> Algumas dessas medidas foram efetivamente tomadas pelo governo federal, conforme trataremos no próximo tópico, com a criação da Justiça Sanitária e a crescente produção legislativa em matéria sanitária, acompanhada da expansão da estrutura governamental no âmbito federal.

Os intelectuais da Liga Pró-Saneamento também criticaram as correntes que, fundadas no determinismo racial, apontavam a imigração como única solução para as dificuldades que envolviam as questões de povoamento e saúde pública. Combatiam a idéia de que “*o grande problema da nacionalidade radicava-se no povo que, no limite, deveria ser substituído*”.<sup>27</sup> Propunham soluções como a revisão dos princípios federalistas; o incentivo à pequena propriedade rural; investimento em educação; a valorização da população do interior do país; a união das qualidades do sertanejo com “*a missão civilizadora do homem do litoral*”, papel esse que era “*recorrentemente atribuído pelos participantes da campanha do saneamento aos cientistas e às expedições científicas*”<sup>28</sup> Acreditavam que “*o trabalhador brasileiro, sertanejo ou caipira, poderia ser recuperado se fosse retirado do abandono em que se encontrava e curado das doenças que o parasitavam.*”<sup>29</sup>

22 LIMA, Nísia Trindade; HOCHMAN, Gilberto. Op. cit.

23 Idem, ibidem.

24 Idem, ibidem.

25 Editorial, Saúde, n.3, 1918 apud LIMA, Nísia Trindade; HOCHMAN, Gilberto. Op. cit.

26 SANTOS, Luiz Antonio de Castro. O pensamento sanitário na Primeira República: Uma ideologia de construção da nacionalidade. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 28, n. 2, p. 193-210, 1985. Dados.

27 Skidmore; Carvalho apud LIMA, Nísia Trindade; HOCHMAN, Gilberto. Op. cit.

28 BRITTO, Lima apud LIMA, Nísia Trindade; HOCHMAN, Gilberto. Op. cit. Essa era, aliás, a mesma idéia defendida por Cândido Mariano da Silva Rondon e seus correligionários nas Comissões Telegráficas, em especial a de Mato Grosso ao Amazonas (1907/1915) que tinha atribuições expressas de povoamento. Acreditavam que o “sertão” era bruto e passível de dominação pelo “homem civilizado”, que também levaria tecnologia e conhecimento para a população do interior, inclusive a indígena.

29 LIMA, Nísia Trindade; HOCHMAN, Gilberto. Op. cit.

Destaque para Alberto Torres, que combateu o latifúndio rural e o uso predatório da terra e defendeu que as ações governamentais voltadas para a população rural deveriam abarcar obras de saneamento e difusão de ensino profissional. Defendeu também que o trabalhador nacional (fazendo um contraponto com o imigrante) deveria receber assistência do Estado.<sup>30</sup> Essa assistência teve como marco inicial o Ensino Agrônomo,<sup>31</sup> que estava, por sua vez, extremamente ligado aos ideais de ensino agrícola promovidos nos centros agrícolas instituídos pelo Serviço de Localização de Trabalhadores Nacionais. A criação desse serviço foi uma política pública específica e direcionada para o sertanejo, tal qual defendiam alguns dos membros da Liga, mas o controle sanitário das doenças que grassavam pelo país era questão um pouco mais complexa e o pontapé inicial foi dado nas cidades, especificamente, na então Capital Federal.

### 3 A REVOLTA DA VACINA

O governo federal e o do distrito federal, especificamente, vinham tomando algumas medidas com a finalidade de enfrentar a questão sanitária, em especial as relativas à saúde pública.<sup>32</sup> Ao assumir a Presidência da República em 1902, Rodrigues Alves estabeleceu dentre as metas governamentais o

30 TORRES, Alberto. **A Organização Nacional**. 3. ed. São Paulo: Editora Nacional, 1978.

31 O Ensino Agrônomo foi criado no âmbito do Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio em 1910. Tinha como finalidade a instrução técnica e profissional no âmbito da agricultura, pecuária e indústrias ligadas a essas atividades. Compreendia o ensino superior, ensino médio ou teórico-prático e ensino prático nas áreas de agricultura, medicina veterinária, zootecnia e indústrias rurais. Compreendia igualmente o ensino de áreas correlatas que interessavam a essas atividades, com destaques para economia rural, contabilidade agrícola e legislação. Dentre os estabelecimentos criados para realizar o ensino agrônomo, estavam as estações experimentais, os campos de experiência e demonstração, as fazendas experimentais, os postos zootécnicos e os postos meteorológicos. As estações experimentais tinham por objeto o “*estudo experimental de todos os fatores da produção agrícola regional, de modo a fornecer aos agricultores os dados precisos para aperfeiçoamento dos métodos de cultura*”, melhoria das plantas úteis e dos seus produtos, bem como dos animais domésticos e das indústrias rurais. Destinavam-se ao aperfeiçoamento das principais culturas do país, estudando-as não só em relação à cultura propriamente dita como também os processos de bonificação, transporte, embalagem e comércio dos respectivos produtos. As fazendas experimentais eram destinadas ao ensino prático da agricultura, mediante demonstrações e culturas sistemáticas das plantas úteis, principalmente das que fossem comuns à região em que estivessem estabelecidas, bem como mediante o auxílio de práticas afetas à zootecnia e às indústrias rurais. Compreendiam os campos de experiência e demonstração, que consistiam em campos de culturas de todas as plantas úteis da região e de outras ali adaptadas, divididos em seções: serícola, apícola, pecuária, depósito de máquinas e instrumentos e utensílios agrícolas. Cabia ainda ao Governo Federal, por intermédio dos aprendizados agrícolas ou campos de demonstração, distribuir gratuitamente plantas e sementes e instalar culturas de plantas frutíferas nacionais e exóticas em diferentes zonas climáticas de modo a completar o ensino prático de fruticultura, bem como de métodos de conservação, embalagem e comércio de frutas. Os postos zootécnicos tinham por finalidade promover o desenvolvimento da indústria pecuária e das indústrias correlativas e os postos meteorológicos seriam instalados em todos os institutos de ensino agrônomo, bem como em estabelecimentos conexos ao ensino. O ensino superior era ministrado na Escola Superior de Agricultura e Medicina Veterinária, estabelecida no Distrito Federal, e tinha por finalidade promover o desenvolvimento científico da agricultura por meio da formação de profissionais da área, inclusive professores para os cargos do próprio Ensino Agrônomo (cargos do Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio), bem como para a direção dos serviços inerentes à exploração racional da grande propriedade agrícola e das indústrias rurais. O curso de História Natural oferecido pelo Museu Nacional era um dos cursos conexos ao ensino agrícola superior. O ensino médio ou teórico-prático visava à educação profissional aplicada à agricultura, à zootecnia, à veterinária e às indústrias rurais, o que era feito mediante difusão de conhecimentos científicos e práticos indispensáveis à exploração econômica da propriedade agrícola. O ensino médio objetivava constituir um corpo de agricultores instruídos em todos os ramos de sua profissão. Diferentemente do ensino superior, que estava concentrado na Capital da República, o ensino médio ou teórico-prático tinha um caráter regional. As escolas eram fundadas pelo Governo Federal, por si ou em parceria com os Governos estaduais, com Associações Agrícolas ou com particulares, com o escopo de colaborar com o desenvolvimento econômico da região em que estivessem instaladas, mediante investigações científicas, experimentações em laboratórios e propaganda agrícola, que seriam levadas a efeito através de fazendas experimentais, postos zootécnicos e estações agrônomicas. No regulamento do referido ensino, havia previsão expressa para se priorizar as culturas regionais, por meio de experimentações que concorressem para o aumento do seu rendimento, em detrimento de novas culturas. O ensino prático, por sua vez, tinha por finalidade formar chefes de cultura, administradores de propriedades rurais e instruir os filhos de agricultores, bem como aqueles que desejassem se dedicar à vida agrícola. Priorizava o aprendizado prático, como o próprio nome sugere, com um ensino teórico limitado a noções elementares que viabilizassem o aprendizado de processos de cultura, de práticas referentes à zootecnia, veterinária e indústrias rurais. O regulamento estabelecia que teriam preferência de ingresso nos estabelecimentos destinados ao ensino prático os filhos de pequenos cultivadores e trabalhadores rurais que desejassem se instruir nas artes manuais ou mecânicas que relacionadas à agricultura, aos métodos racionais de exploração do solo, ao manejo dos instrumentos agrários, às práticas referentes à criação, higiene e alimentação dos animais domésticos. Havia ainda a previsão da fundação de uma escola prática de agricultura em cada um dos Estados da República e no Distrito Federal, mediante auxílio do Governo Federal, que deveria ser estabelecida em boas terras de cultura, localizada em centros rurais de maior densidade demográfica e servidos de meios de comunicação. O ensino seria complementado com excursões a propriedades agrícolas, museus, fábricas, oficinas, exposições, feiras e mercados. Na estrutura do Ensino Agrônomo havia ainda o Conselho Superior, destinado a auxiliar a ação do Governo na orientação e fiscalização dos diferentes estabelecimentos e serviços que o integravam. Era presidido pelo Ministro da pasta da Agricultura, Indústria e Comércio e composto, em sua maioria, por dirigentes de outros órgãos e serviços que integravam o Ministério, quais sejam: os três diretores-gerais da Secretaria de Estado; o diretor do Serviço de Inspeção, Estatística e Defesa Agrícola; o diretor do Jardim Botânico; o diretor do Museu Nacional; o diretor da Diretoria de Meteorologia e Astronomia; o diretor-geral do Serviço de Proteção aos Índios e Localização dos Trabalhadores Nacionais; o diretor-geral do Serviço do Povoamento do Solo; o diretor da Escola Superior de Agricultura; e o diretor do Posto Zootécnico Federal. Prevista ainda a participação de representantes de diversos ramos da agricultura, inclusive de associações agrícolas, a serem nomeados pelo Governo. O ensino agrônomo será abordado em artigo específico na série História e Direito.

32 O termo saúde pública denota preocupação com a coletividade, ou seja, a idéia de “preservar e promover a saúde” de um grupo ou coletividade. Pode ser dividida em duas grandes áreas: a higiene do meio-ambiente e a ação social. Nesse diapasão, será considerado um problema de saúde pública tudo que disser respeito ao bem estar de uma coletividade e que demandar uma intervenção coletiva, epidemias, por exemplo, medicamentos, higiene, vacinação, engenharia genética. A saúde pública se contrapõe à medicina clínica, cuja preocupação é individual, de tratamento de doentes. AITH, Fernando Mussa Abujamra. **Teoria Geral do direito sanitário brasileiro**. Tese (Doutorado)—Universidade de São Paulo, Faculdade de Saúde Pública, São Paulo, 2006.

saneamento e reurbanização da capital. Francisco Pereira Passos estava à frente do governo municipal e incumbiu os engenheiros Francisco Bicalho e Paulo de Frontin para a reforma do porto e do centro do Rio de Janeiro, respectivamente. Ao médico Oswaldo Cruz coube a chefia da Diretoria de Saúde Pública.

Em 1904, o Departamento Geral de Saúde Pública foi reorganizado pelo Decreto n. 1151, de 5 de janeiro, que subordinou a esse departamento, além das atribuições que já possuía, “*tudo que no Distrito Federal diz respeito à higiene domiciliária, polícia sanitária dos domicílios, lugares e logradouros públicos, tudo quanto se relaciona à profilaxia geral e específica das moléstias infecciosas, podendo o Governo fazer as instalações que julgar necessárias e pôr em prática as atuais posturas municipais que se relacionem com a higiene.*”<sup>33</sup>

O decreto estabeleceu ainda que o Governo deveria regulamentar todos os serviços dependentes da Diretoria-Geral de Saúde Pública, mencionando as medidas repressivas necessárias, a fim de tornar efetivas a notificação das moléstias infecciosas, a vigilância e polícia sanitárias e todas as demais medidas executivas necessárias a disposições regulamentares. Na ocasião, ficou autorizada a promulgação do Código Sanitário, que seria nacional, tendo como bases: a regulamentação das questões atinentes à higiene urbana e domiciliária; a profilaxia geral e específica das moléstias infecciosas; o serviço sanitário dos portos e a profilaxia sanitária internacional; a regulamentação do exercício da medicina e farmácia; o código farmacêutico; e a cominação de multa como pena às infrações sanitárias, que poderiam ser convertidas em prisão. O decreto ampliava a atuação do governo federal no distrito federal e seguiu-se de um período de intensa agitação política, especialmente na Capital Federal.

Menos de trinta dias depois, foi editado o Decreto n. 5156, de 8 de março, dando novo regulamento aos serviços sanitários a cargo da União, os quais compreendiam, em todo o território nacional, o estudo da natureza, etiologia, tratamento e profilaxia das moléstias transmissíveis; a prestação de socorro médico e de higiene às populações dos Estados mediante requisição dos respectivos Governos em caso de calamidade pública; o serviço sanitário dos portos marítimos e fluviais; a fiscalização do preparo de todas as vacinas, soros, culturas atenuadas e produtos congêneres, preparados pelos institutos ou laboratórios oficiais ou particulares; a fiscalização do exercício da medicina e da farmácia em todos os seus ramos; a organização das estatísticas demográfico-sanitárias estudadas tanto no Distrito Federal, como nos Estados. No Distrito Federal, a esse serviço competiria, exclusivamente, superintender a higiene domiciliária; a polícia sanitária dos domicílios e logradouros públicos; a profilaxia geral e específica das moléstias infecciosas. A direção e execução de tais atividades continuaram sob a competência exclusiva da Diretoria-Geral de Saúde Pública.<sup>34</sup>

Os serviços médicos e de higiene prestados pela União nos Estados continuavam sendo em caráter excepcional, somente em casos de calamidade pública. O litoral brasileiro foi dividido em três grandes distritos sanitários, para fins de controle sanitário dos portos: o 1º distrito, com sede na Capital Federal e administrado pelo diretor-geral imediatamente, era constituído pelas Inspetorias de Saúde dos portos do Espírito Santo, Rio de Janeiro, São Paulo, Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul, tendo como lazareto comum o da Ilha Grande; o 2º distrito, com sede no porto do Recife e administrado pelo inspetor de saúde desse porto, era constituído pelas Inspetorias de Saúde dos portos da Paraíba, Pernambuco, Sergipe, Alagoas e Bahia, tendo como lazareto comum o de Tamandaré; o 3º distrito, por fim, tinha sede no porto de Belém, era administrado pelo inspetor de saúde desse porto e constituía-se pelas Inspetorias de Saúde dos portos do Amazonas, Pará, Maranhão, Ceará, Piauí e Rio Grande do Norte, tendo como lazareto comum o do Pará.

Ainda no âmbito do serviço sanitário dos portos, havia a previsão da existência de, em cada porto principal dos Estados marítimos e fluviais, um hospital de isolamento e uma estação de desinfecção, destinados ao tratamento de doentes com moléstias infecciosas e ao expurgo dos navios, passageiros e objetos procedentes de locais suspeitos ou comprovadamente infectados. Incumbia à polícia sanitária dos navios e ancoradouros averiguar o estado de saúde da tripulação dos navios; da condição higiênica das embarcações

<sup>33</sup> Disposições expressas no artigo 1º do Decreto n. 1115/1904.

<sup>34</sup> Disposições contidas nos artigos 1º e 2º do Decreto n. 5156, de 8.3.1904.

e da higiene dos ancoradouros e pontos de atracação; a conservação, melhoria e restabelecimento das boas condições sanitárias dos navios; a fiscalização e a execução das medidas de saneamento indicadas pelas autoridades sanitárias. No âmbito do serviço sanitário terrestre, competia à polícia sanitária dos domicílios e logradouros públicos a profilaxia geral das doenças infecciosas, cujo serviço compreendia: notificação, isolamento, desinfecção, e vigilância médica. Foram estabelecidas como doenças de notificação compulsória: a febre amarela, a peste bubônica, a cólera, a varíola, a difteria, a infecção puerperal nas maternidades, a febre tifóide, a lepra, a tuberculose, o impaludismo, a escarlatina, e o beribéri.<sup>35</sup>

Dando cumprimento a tais disposições legais, Oswaldo Cruz criou brigadas sanitárias que, com a finalidade de combater a peste bubônica, transmitida pelo rato, cruzavam a cidade espalhando raticidas, mandando remover o lixo e comprando ratos. Segundo Paula de Oliveira Rodrigues, “*um novo cargo público foi criado: o dos compradores de ratos, que saíam pelas ruas pagando trezentos réis por cada rato capturado.*”<sup>36</sup> Em relação à febre amarela, Oswaldo Cruz acreditava na teoria de médicos cubanos, que apontavam o mosquito como transmissor da doença, razão pela qual criou brigadas de mata-mosquitos, que tratavam das águas paradas em terrenos baldios e entravam à força nas casas, desinfetando caixas d’água, esgotos e sarjetas. Os doentes eram isolados ou removidos para hospitais, dependendo da doença infecciosa, mesmo contra a vontade.<sup>37</sup>

Relatou o então inspetor do serviço de febre amarela, criado no âmbito da Diretoria-Geral de Saúde Pública, que, antes de Oswaldo Cruz assumir a chefia do órgão em questão, a higiene oficial “*considerava como causadores das epidemias de febre amarela todos os movimentos de terra, revolvimentos do solo e sub-solo, sendo considerado crime descobrir o lençol d’água da cidade e os movimentos da vasa no litoral.*”<sup>38</sup> O inspetor descreve como era realizado o combate ao mosquito:

Notificado ou descoberto pela vigilância médica o caso de febre amarela, a providência invariável é a seguinte: o isolamento ou remoção do doente e extinção dos mosquitos por meio de enxofre ou pyrethro, na casa e casas vizinhas, em tantas quantas parecer necessário. Pois bem, até este momento, verifica-se que nenhuma casa de amarelento se transformou em foco. Jamais se reproduziu a moléstia, embora permitindo, após conveniente isolamento do doente, a entrada de crianças e adultos, sem exceção, na casa e no próprio quarto do enfermo. [...] Não devemos nos esquecer de que até hoje, em época alguma, houve o rigor atual na notificação compulsória, na vigilância médica, na vigilância das farmácias, a par da fiscalização do obituário geral de cada dia, feito pelo nosso Serviço.<sup>39</sup>

Com efeito, a notificação da doença era compulsória e o regulamento estabelecia multa aos médicos que não comunicassem, ainda que o caso fosse suspeito e não confirmado. Muitos casos inicialmente comunicados como de febre amarela eram, poucos dias depois, confirmados como sendo de gripe ou varíola. Não obstante, o que se desejava era que a notificação fosse realizada prontamente. Nos dizeres do inspetor do serviço, se o caso fosse positivo para febre amarela, a intervenção seria proveitosa e, caso contrário, não se deveria lamentar o trabalho perdido, pois “*mais vale perder o tempo em centenas de casos suspeitos, depois negativos, do que deixar de isolar um amarelento.*”<sup>40</sup>

35 A notificação compulsória de doenças como varíola, difteria, tifo, febre tifóide, tuberculose, febre amarela, peste e cólera, já era prevista no regulamento do Decreto n. 4.464, de 12.7.1902, que trazia instruções para o Serviço de Higiene de Defesa da Capital da República. SANTOS, Luiz Antonio de Castro; FÁRIA, Lina; MENEZES, Ricardo Fernandes de. Contrapontos da história da hanseníase no Brasil: cenários de estigma e confinamento. **Revista brasileira de estudo da população**, São Paulo, v. 25, n. 1, p. 167-90, jan./jun. 2008.

36 RODRIGUES, Paula de Oliveira. De uma imposição a uma revolta popular: demonstração de organização, luta e identidade de um povo descontente com seu governo. In: XIII ENCONTRO DE HISTÓRIA ANPUH-RIO: identidades, 2008, Rio de Janeiro. **Anais...** Rio de Janeiro: [s.n.], 2008.

37 Idem, ibidem.

38 SEABRA, J.J. **Relatório apresentado ao Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil** - Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1905.

39 Idem, ibidem.

40 Idem, ibidem.

Em razão dessas e outras medidas, esse período é referido pela literatura como “era de polícia sanitária”. Mas, havia também certa preocupação das autoridades constituídas em relação à educação da população sobre medidas de profilaxia contra essas doenças. De acordo com o relatório do chefe do Serviço de Profilaxia da febre amarela, Carneiro Mendonça, apresentado a Oswaldo Cruz:

Por ocasião de sua entrada nas casas desta cidade, o pessoal do Serviço de Profilaxia da Febre Amarela esforçou-se sempre por mostrar, já o modo de destruir as larvas do mosquito, já o de evitar que elas possam criar-se. Tem sido minuciosamente explicado aos habitantes da cidade, praticamente, verbalmente e por escrito, o modo da criação dos mosquitos. Foi uma aprendizagem longa, paciente, trabalhosa e dispendiosa. Tempo é já de fazê-la cessar, deixando à população o cuidado de impedir a criação dos mosquitos. Autorizado por vós, tenho feito entregar, em todas as habitações da cidade, editais anunciando que, de primeiro de Agosto em diante, serão impostas multas àqueles em cujas casas forem encontradas larvas de mosquitos. Espero que a execução dessa medida, a qual presidirão a justa tolerância e o critério que sempre emprega este Serviço em sua afanosa campanha, trará resultados que serão benefício seguro para todos os habitantes da cidade. Por outro lado, nos permitirá aumentar largamente o trabalho de expurgo, agora que ele se faz mais necessário com a entrada do verão.<sup>41</sup>

Em 1904, eclodiu no Rio de Janeiro uma epidemia de varíola. Oswaldo Cruz preparou um projeto de lei que reiterava a obrigatoriedade da vacinação para essa moléstia, já instituída em 1837, mas nunca efetivamente cumprida. A lei foi aprovada pelo Congresso em 31 de outubro do mesmo ano, tornando obrigatória a vacinação contra a varíola para todas as pessoas de mais de 6 meses de idade.<sup>42</sup> De acordo com Oliveira, “a população não acreditava na eficácia da vacina e temia os efeitos que a injeção de líquidos desconhecidos poderia causar”. Havia ainda aquelas pessoas que proclamavam ser a vacina imoral e contra o pudor, por ser normalmente aplicada nos braços ou nas coxas, rejeitando, pois, a exposição de partes do corpo a agentes sanitários do governo.<sup>43</sup> Rui Barbosa, era um dos que não concordava com a obrigatoriedade da vacina. Seus argumentos contrários, entretanto, eram jurídicos:

Não tem nome, na categoria dos crimes do poder, a temeridade, a violência, a tirania a que ele se aventura, expondo-se, voluntariamente, obstinadamente, a me envenenar, com a introdução no meu sangue, de um vírus sobre cuja influência existem os mais bem fundados receios de que seja condutor da moléstia ou da morte.<sup>44</sup>

A aprovação da lei em questão teria sido o estopim de uma revolta popular, visto que a população já estava insatisfeita com o movimento que ficou conhecido como “bota-abaixo”, fazendo referência às transformações que ocorriam na cidade do Rio de Janeiro, com a derrubada de casarões e cortiços, tanto em decorrência das obras de reurbanização e reorganização dos espaços públicos na cidade, como também por serem considerados focos de doenças contagiosas.

Mas, na versão oficial do Governo Federal,<sup>45</sup> as agitações populares ocorridas em novembro de 1904 no Rio de Janeiro e com repercussão também em outras capitais, como Salvador e Belém, tiveram móvel político, maquiado de revolta popular decorrente da obrigatoriedade da vacinação contra a varíola. Enquanto eram tomadas medidas policiais para conter a população revoltosa, até mesmo com uso das forças

41 CRUZ, Oswaldo Gonçalves. **Relatório apresentado ao Exmo. Sr. J. J. Seabra, Ministro da Justiça e Negócios Interiores**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1905.

42 Idem, *ibidem*.

43 Idem, *ibidem*.

44 PONTE, Carlos Fidelis; PÔRTO, Ângela. Vacinas e campanhas: as imagens de uma história a ser contada. **História, Ciências, Saúde**, Manguinhos, v. 10, p. 725-42, 2003. Suplemento 2.

45 A Constituição Federal de 1891 previa, em seu artigo 51, que os Ministros de Estado deveriam apresentar relatórios anuais ao Presidente da República (Artigo 51 da Constituição Federal de 1891: “Os Ministros de Estado não poderão comparecer às sessões do Congresso, e só comunicarão, com ele por escrito ou pessoalmente em conferência com as Comissões das Câmaras. Os relatórios anuais dos Ministros serão dirigidos ao Presidente da República e distribuídos por todos os membros do Congresso”).

nacionais (o Exército e a Armada, à época), chegou ao governo a informação de que a Escola Militar “*se havia revoltado, e, tendo à sua frente o general de brigada Sylvestre Rodrigues da Silva Travassos e o tenente-coronel Lauro Sodré, marchava para a cidade, a fim de depor o Governo constitucional.*”<sup>46</sup>

Segundo relatos do Ministério, embasado em investigação policial, a intenção desses militares, associados aos deputados Alfredo Varela e Pinto de Andrade, era restabelecer a monarquia por meio de um golpe militar, com o qual se implantaria, de início, uma ditadura, posteriormente convertida em governo monárquico. Lauro Sodré e Alfredo Varela seriam os mentores da revolta e desejavam “*a regeneração da República ou a Monarquia*”.<sup>47</sup> De acordo com relatos colhidos no inquérito policial, o levante estava sendo planejado há meses e os seus mentores aguardavam um pretexto para insuflar a população e levar a cabo a empreitada política.

Em razão de tais fatos, o Congresso Nacional autorizou a decretação de Estado de Sítio no Distrito Federal e em Niterói, pelo prazo de 30 dias, pelo Decreto n. 1270 de 16.11.1904, posteriormente prorrogado pelos Decretos n. 1297 de 14.12.1904, n. 5432 de 14.1.1905, n. 5461 de 15.2.1905 e finalmente suspenso em 14.3.1905 pelo Decreto n. 5479.<sup>48</sup>

Um dos “conjurados”, aliado de Lauro Sodré e Alfredo Varela, ficou responsável por “fazer o povo vir para a praça pública” porque ele “*melhor conhecia a gente que costuma passar pelo povo da cidade nos momentos em que a desordem domina a rua*”.<sup>49</sup> Mas o povo, segundo o relatório ministerial:

[...] não constitui o pessoal habituado ao crime [...] povo não é o facinora que empunha a navalha, o cacete e a garrucha; povo não é o ladrão que esvazia a bolsa do transeunte e assalta as casas e rouba; povo não é o desordeiro de profissão; povo não é o ébrio habitual; povo não é a meretriz, não é o cafetn; não é o jogador, o vagabundo e o vadio. [...] Bandos de indivíduos educados na escola do vício e da malandragem, afeitos ao crime, vagabundos, desordeiros profissionais, malfeitores dos mais perigosos, a que se juntavam mulheres da mais baixa condição, ébrias e maltrapilhas, obedecendo, uns e outros, evidentemente, a um sinistro plano da Maldade, em cumprimento de ordens que deveriam ser executadas a risca, cometiam toda a sorte dos mais graves atentados, ora atacando os transeuntes à pedra e a tiros, ora invadindo casas de negócios e saqueando-as, ora embaraçando, dificultando e impossibilitando o trânsito de veículos e deles se apropriando para inutilizá-los a golpes de machado e pelas chamas do incêndio, ora quebrando os combustores da iluminação pública e deixando em trevas as ruas e praças, ora fazendo barricadas, [...] <sup>50</sup>

46 SEABRA, J.J. **Relatório apresentado ao Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil** - Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1905.

47 De acordo com as investigações policiais que se sucederam aos fatos, “o senador Lauro Sodré, tendo como fiador o Deputado Alfredo Varela, havia selado um pacto com os inimigos do regime. Daquele se diz que proferira em ocasião solene, na comemoração de um morto ilustre, estas palavras: ‘ou a regeneração da República ou a Monarquia’. Além disso, o relatório fazia referência a “Um telegrama expedido desta Capital para o Século XIX, de Geneva, e reproduzido nos jornais ingleses confirmam esta versão, como se vê da revista The South American journal and Brasil River & Plate Hail (de 15 de outubro de 1904), onde se lê que a conjuração tinha aquele fim “for overthrowing the present Republican form of Government and replacing it by a temporary military dictatorship, to give place later on to a restored monarchy”. Para o então Ministro relator, “isto era corrente, em outubro, nos jornais ingleses e italianos, um mês antes, pois, de ser levado a efeito o pronunciamento”. SEABRA, J.J. **Relatório apresentado ao Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil** - Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1905.

48 Segue na íntegra a mensagem do Presidente da República ao Congresso Nacional: “Srs. Membros do Congresso Nacional - No dia 14 do corrente, às sete horas da Noite, o general do brigada Sylvestre Travassos sublevo a Escola Militar do Brasil, e, assumindo o seu comando, pôs-se em marcha à frente dos alunos armados, com destino a cidade. O Governo fez marchar imediatamente forças ao seu encontro e conseguiu restabelecer a ordem, ocupando militarmente a Escola, prendendo os alunos e o general Travassos. Sabe-se que era intuito dos revoltosos depor o Governo legal e instituir no país a ditadura militar. O levante da Escola Militar era o seguimento de uma série de tumultos que há dias tem perturbado a tranqüilidade desta Capital, como preparo aquela criminosa tentativa. O Governo tem procurado cumprir o seu dever, e esta preparado para manter a ordem pública e garantir as instituições, contando com o patriotismo inquebrantável de todas as forças da Republica. Carece, entretanto, apurar as responsabilidades dos militares e civis envolvidos em tão graves acontecimentos, fazendo-os processar e prender, e lamentar ter de vos comunicar que o senador tenente-coronel Lauro Sodré e os deputados Alfredo Varela e major Barboza Lima são geralmente considerados como autores do movimento, que visava entregar ao primeiro deles a ditadura militar. Trazendo ao vosso conhecimento fatos de tanta gravidade, confio que auxiliareis o Governo a apurar essas responsabilidades, sem embaraço que as imunidades parlamentares concedem aqueles membros do Congresso, que se acham envolvidos nos lamentáveis acontecimentos. Rio de Janeiro, em 16 de novembro de 1904. Francisco de Paula Rodrigues Alves.” SEABRA, J.J. **Relatório apresentado ao Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil** - Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1905.

49 SEABRA, J.J. **Relatório apresentado ao Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil** - Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1905.

50 Idem, ibidem.

E conclui J. J. Seabra que Vicente de Souza utilizou-se desses elementos para deflagrar a revolta e não com o povo da cidade. Segundo ele, Vicente de Souza não contava com a mocidade que estuda; com o operário que busca em um rude trabalho o pão de cada dia; com o industrial ou comerciante; com os funcionários públicos; com o médico, o advogado, o professor, o jornalista, o engenheiro ou o sacerdote; com qualquer dos que têm ocupação, de que haurem os meios de honesta subsistência; não contava, em suma, “*com aqueles que se incorporam na entidade-povo, e constituem, reunidos, o povo que pensa, decide e age, contribui e vota, e tem responsabilidades e deveres.*”<sup>51</sup>

O levante político teve ramificações militares em outros Estados, como Bahia, Pará, Acre e Pernambuco:

Guardava na Bahia o que lhe parecia certo, a vitória de seu chefe supremo, para então agir prontamente, pondo em movimento de franca adesão a ditadura militar do Sr. Lauro Sodré o batalhão a que pertencia. [...] A frase por ele proferida, o que a imprensa da Bahia recolheu, foi esta: « Quero somente criar embaraços ao governo, se o movimento lá já está abafado, recomeçará ...» O alferes Teodomiro contava, além disto, diz o citado Jornal de notícias, que a sua revolta encontrasse eco, principalmente no primeiro distrito militar, com sede no Pará, atendendo as condições das forças do Exército destacadas no Acre. [...] Ainda no dia 17 de novembro a imprensa dos conjurados na cidade do Recife fazia crer que o movimento rebelde desta capital não estava terminado. O Jornal Pequeno, propriedade de Thomé Gibson, órgão incendiário, propagandista de revoltas, folha que naquele Estado representa o mesmo papel e obedece aos mesmos intuitos do Comércio do Brasil, ousava publicar em 17 de novembro o seguinte, que textualmente transcrevo para bem aquilatar da perversidade dos inimigos da República: « A nossa reportagem conseguiu as seguintes notícias, que, pela fonte, todo crédito merecem: ‘A rebelião ainda não está abafada e o Governo talvez não a possa sufocar pelas adesões últimas de elementos do Exército à causa de Lauro Sodré.’ [...] (em Pernambuco) apenas se deu um conflito do encontro de populares, que percorriam as ruas levados pela agitação do “Jornal Pequeno” com a banda de música da polícia, que se recusara acompanhar com o hino nacional um viva ao Dr. Lauro Sodré.»<sup>52</sup>

Jornais das principais capitais brasileiras publicavam notícias inverídicas dos acontecimentos na Capital Federal, insuflando o movimento político chefiado por Lauro Sodré nessas cidades.<sup>53</sup> O curioso é que nada houve de anormal na ordem pública durante os debates parlamentares que levaram à aprovação da lei da vacinação obrigatória contra a varíola. Além disso, a lei em questão não “*representava uma coisa nunca vista ou uma inovação perigosa*”<sup>54</sup>, porquanto medidas como esta já haviam sido tomadas anteriormente, especialmente, na cidade do Rio de Janeiro.

Em 28 de agosto de 1835, por entender que a falta de regularidade da vacina na província se dava em razão da ausência de regulamentação, o então presidente da província Paulino José Soares de Souza editou circular que estabelecia obrigações aos vacinadores e recomendava à Câmara que editasse atos normativos estabelecendo multas para aqueles que não comparecessem à casa de vacina para serem vacinados, incluindo aí a responsabilidade de levarem seus filhos, parentes sob o seu poder e escravos. Recomendava, ao final do documento, “*o maior zelo e cuidado em objeto de tanta importância e influência sobre a saúde pública.*”<sup>55</sup>

51 Idem, ibidem.

52 Idem, ibidem.

53 Segundo o relatório ministerial: “*No Amazonas o povo, acompanhado de oficiais do Exército, percorre as ruas erguendo vivas a Lauro Sodré e a vitória da rebelião. O general Leite de Castro desde ontem que não é visto. Não é mesmo encontrado na sua residência, nem nos demais pontos que costumava frequentar. Os bondes, no Rio, ainda não conseguiram realizar o seu tráfego. Espera-se um levantamento na Estrada de Ferro Central do Brasil. O Governo mandou, por forças de polícia, guardar as estações principais. Os alunos dos cursos superiores percorrem as principais ruas da Capital Federal, dando vivas a Lauro Sodré, ao Correio da Manhã, ao Comércio do Brasil, e tem na lapela do casaco o retrato de Floriano Peixoto. O general Piragibe, comandante da polícia, foi ferido por uma pedrada, que partiu da multidão no largo de S. Francisco de Paula. Foi distribuída no Rio, em avulsos, que se supõe do Comércio do Brasil, uma proclamação assinada pelos drs. Lauro Sodré, Barboza Lima e Alfredo Varella, em que dizem os signatários que o povo não deve recuar e que a vitória da rebelião será, hoje ou amanhã, uma realidade. No Estado do Pará é grande a agitação em favor da rebelião do Rio. O Dr. Barboza Lima em frente a mocidade das escolas prestou o juramento de que cumpriria a sua palavra dada às classes operárias. A rua do Ouvidor, Lauro Sodré a frente do povo recebeu ordem de prisão. O vale republicano reagiu e o povo cercou-o aclamando-o. Esse jornal, que traz coisas publicadas nas colunas da redação como notícias de boa fonte, merecedoras de todo o crédito, e tão insolitamente faltava a verdade ao público para uma agitação a benefício da revolta chefiada pelo Sr. Lauro Sodré.” SEABRA, J.J. Op. cit.*

54 Idem, ibidem.

55 Idem, ibidem.

Em 1837, foi acrescentado, ao Código de Posturas Municipais, o seguinte dispositivo (seção 2ª, título 11º):

Toda pessoa do termo da cidade que tiver a seu cargo a educação de alguma criança de qualquer cor que seja, será obrigada a mandá-la a casa de vacina para ser vacinada até pegar, ou fazê-la vacinar em casa, podendo-o, dentro de três meses do seu nascimento, e de um depois que a tiver a seu cargo, passando desta idade e estando em saúde para receber o remédio. Os que se acharem em contravenção serão multados.<sup>56</sup>

Por portaria de 15 de julho de 1844 da Secretaria de Estado dos Negócios do Império, foi estabelecido que:

Todas as pessoas, pais, tutores, curadores, amos e senhores são obrigados a levar ao instituto vacínico para aí serem vacinadas as crianças até três meses depois de nascidas e os adultos, logo que os tenham em seu poder, salvo para uns e outros o caso de moléstia que a isto se oponha: o contraventor pagará uma multa.<sup>57</sup>

A obrigatoriedade da vacina, portanto, não era algo novo no ordenamento jurídico vigente à época. Tais dispositivos mencionados foram editados ainda no período imperial. Considerando o regime republicano, apenas no período de 1889 a 1903 foram várias as determinações legais que traziam a obrigatoriedade da vacinação para crianças e também para diversas finalidades, em especial na assunção de cargos públicos, matrícula em escolas públicas, ingresso nas Forças Armadas e no então sistema penitenciário, conforme tabela cuja transcrição é oportuna.

LEGISLAÇÃO	ASSUNTO
Decreto n. 68 de 18 de dezembro de 1889, artigo 5º.	A vacinação contra a varíola é obrigatória nos primeiros seis meses da vida.
Decreto n. 330, de 12 de abril de 1890, artigo 43.	A condição de ter sido vacinado é indispensável para matrícula nas escolas militares.
Decreto 368-A, de 1º de maio de 1890, artigos 169, §§3º e 4º.	É requisito, para admissibilidade ao concurso de empregado dos Correios, ter sido vacinado.
Decreto n. 381, de 2 de maio de 1890, artigo 6º § 2º.	A vacinação prévia é condição imprescindível para a admissão no Colégio Militar.
Decreto n. 408, de 17 de maio de 1890, artigo 33, n. 3.	A admissão no Instituto Nacional dos Cegos, hoje Instituto Benjamin Constant, sujeita o pretendente à vacinação prévia.
Decreto n. 657, de 12 de agosto de 1890, artigo 9º.	Os menores admitidos na Casa de São José serão logo vacinados, se o não tiverem sido antes, e revacinados dentro de cinco anos.
Decreto n. 658 de 12 de agosto de 1890, artigo 33, n. 1.	Os menores admitidos no Asilo de Meninos Desvalidos deverão ser vacinados e serão revacinados.
Decreto n. 683, de 23 de agosto de 1890, artigo 72.	Todos os cirurgiões do Corpo de Saúde da Armada, tanto os empregados nos corpos como os das Escolas de Aprendizes Marinheiros, terão todo o cuidado para sejam vacinados imediatamente todos os indivíduos que ainda não o foram.
Decreto n. 934, de 24 de outubro de 1890, artigo 44.	A prova de ter sido vacinado dentro de prazo não superior a cinco anos é indispensável para matrícula no Instituto Nacional de Música.
Decretos n. 981 e 1075, de 8 e 22 de novembro de 1890, artigo 31 n. 3 e 16, §2º.	Para admissão à matrícula no Ginásio Nacional é necessária a prova de vacinação ou revacinação.
Decreto n. 1232, II, de 2 de janeiro de 1891, artigo 268 n. 2.	Para matrícula nos cursos jurídicos, o estudante deverá provar ter sido vacinado, com bom resultado.

<sup>56</sup> Idem, ibidem.

<sup>57</sup> Idem, ibidem.

Decreto n. 1256, de 10 de janeiro de 1891, artigo 18, n. 2.	Para admissão à matrícula na Escola Naval, exige-se que o candidato tenha sido vacinado.
Decreto n. 750-A, de 2 de março de 1892, artigo 23, n. 2.	A vacinação prévia é condição imprescindível para a admissão no Colégio Militar.
Decreto n. 1194, de 28 de dezembro de 1892, artigo 11 n. 2.	Para admissão à matrícula no Ginásio Nacional, é necessária a prova de vacinação ou revacinação
Decreto n. 1109, de 31 de dezembro de 1892, artigo 28, n. 2.	A vacinação prévia é condição para admissão na Escola de Sargentos.
Decreto n. 1197, de 31 de dezembro de 1892, artigo 51.	A prova de ter sido vacinado dentro de prazo não superior a cinco anos é indispensável para admissão à matrícula no Instituto Nacional de Música.
Decreto n. 1652, de 15 de janeiro de 1894, artigo 11, n. 2.	Para admissão à matrícula no Ginásio Nacional é necessária a prova de vacinação ou revacinação.
Decreto n. 1692-A, de 10 de abril de 1894, artigos 495 e 496.	É requisito para admissibilidade ao concurso de empregado dos Correios, ter sido vacinado.
Decreto n. 2208, de 30 de dezembro de 1895.	Não pode ser admitido à matrícula na Escola de Maquinistas Navais o indivíduo que não for vacinado.
Decreto n. 2221, de 23 de janeiro de 1896, artigo 30, n. 3.	A matrícula na Escola Politécnica requer a prova de vacinação, com bom resultado.
Decreto n. 2230, de 10 de fevereiro de 1896, artigo 393 e 394.	Os praticantes e suplentes, carteiros e suplentes, contínuos, coletores, condutores, carimbadores, serventes e estafetas não serão nomeados para os Correios sem provarem que estão vacinados.
Decreto n. 2857, de 30 de março de 1898, artigo 23, II.	Para admissão à matrícula no Ginásio Nacional é necessária a prova de vacinação ou revacinação.
Decreto n. 2881, de 18 de abril de 1898.	Ter sido previamente vacinado é condição para matrícula nos institutos militares e de ensino.
Decreto n. 3632, de 31 de março de 1900, artigo 58.	A prova de ter sido vacinado dentro de prazo não superior a cinco anos é indispensável para admissão matrícula no Instituto Nacional de Música.
Decreto n. 3647, de 23 de abril de 1900, artigo 22, § 10.	Os condenados enviados à Casa de Correção devem ser vacinados e revacinados.
Decreto n. 3890 de 1º de janeiro de 1901, artigo 119.	Para matrícula em qualquer Faculdade de ensino superior ou Instituto de ensino secundário e indispensável a prova de ter sido vacinado.
Decreto n. 3901, de 12 de Janeiro de 1901, artigo 32, n. 3.	A admissão no Instituto Nacional dos Cegos, hoje Instituto Benjamin Constant, sujeita o pretendente a vacinação prévia.
Decreto n. 3014, de 26 de janeiro de 1901.	Para admissão à matrícula no Ginásio Nacional é necessária a prova de vacinação ou revacinação.
Decreto n. 3964, de 23 de março de 1901, artigo 55.	Ter sido vacinado ou revacinado é condição para admissão no Instituto de Surdos-Mudos.
Decreto n. 3987, de 13 de abril de 1901, artigo 113.	É necessária a prova de ter sido vacinado para admissão à matrícula na Escola Nacional de Belas Artes.
Decreto n. 4766, de 9 de fevereiro de 1903, artigo 37, III.	Os indivíduos recolhidos à Casa de Detenção devem ser vacinados e revacinados.

O Ministro da pasta de Justiça e Negócios Interiores concluiu que “*estavam os conjurados a espreita de um pretexto que explicasse uma certa agitação do espírito público por eles reputada necessária como meio para atingir os fins do tenebroso plano de há muito concertado contra a República.*”<sup>58</sup>

58 Em elucubrações externadas no seu relatório, afirmou o ministro: “*É possível que os impugnadores do projeto de lei sobre a vacinação desconhecessem tais disposições de leis e decretos promulgados e publicados no regime imperial como no republicano? Esses impugnadores ignoravam então que os estadistas da*

Paula de Oliveira Rodrigues, ao discorrer sobre a revolta, afirma que a “*oposição política, que já articulava um golpe contra o presidente Rodrigues Alves, ao sentir a insatisfação popular percebeu que poderia canalizar a desagrado popular em favor de causa própria. Era uma tentativa de retornar aos militares o papel que desempenharam no início da República.*”<sup>59</sup> Reconhece, no entanto, que “*a obrigatoriedade da vacinação por si só trazia força suficiente para provocar reações violentas em defesa da privacidade e da livre determinação.*”<sup>60</sup> E esse era o argumento dos contrários à obrigatoriedade da vacina. A opção por receber esse tratamento deveria ser individual e respeitada a vontade e autonomia de cada cidadão. O próprio Apostolado Positivista, que ainda possuía força política à época, encampou a tese da privacidade e autonomia individual. Prevaleceu, contudo, a compulsoriedade da vacinação, porquanto a epidemia urbana de uma doença contagiosa demonstrou os efeitos da crescente interdependência social, a qual demandava soluções amplas, de largo alcance e efetivas a longo prazo.

De acordo com Hochman, compreendeu-se que a epidemia de massa deveria ser tratada como um “mal público”, “*porquanto atingia a todos os membros de várias coletividades, independentemente de terem contribuído ou não para o seu surgimento e disseminação.*” Acrescenta que “*os problemas gerados pelas condições sanitárias do país, ao evidenciarem os efeitos da interdependência entre as unidades federativas e as limitações das soluções localizadas, modificaram ao longo do tempo a configuração estabelecida pela Constituição de 1891.*”<sup>61</sup> Essas mudanças permitiram que a União atuasse de forma mais direta em infraestrutura e coordenação de políticas públicas. Uma das iniciativas, sugerida inclusive pela Liga Pró-Saneamento, foi a criação de uma justiça especializada para as questões de saúde pública: a Justiça Sanitária.

#### 4 A JUSTIÇA SANITÁRIA

A especialização de órgãos jurisdicionais para questões de saúde teve início com a reorganização dos serviços de higiene administrativa da União pelo Decreto n. 1151, de 5.1.1904. Foi instituído no Distrito Federal o juízo dos feitos da saúde pública, composto de um juiz, um procurador, um subprocurador, um escrivão e oficiais de justiça sanitária. Sua competência vinha também delineada no ato normativo em questão: conhecer de todas as ações e processos civis e criminais em matéria de higiene e salubridade pública, concernentes à execução das leis e dos regulamentos sanitários, incluindo atos de ofício das autoridades sanitárias.

A jurisdição do juízo dos feitos da saúde pública era privativa, em primeira instância, para o processo e julgamento das causas que tinham por objeto despejo, demolição, interdição, desapropriação, obras de prédio ou qualquer propriedade; cobrança de multas ou taxas sanitárias; julgamento dos crimes e contravenções de higiene e salubridade pública; e qualquer ação em que a saúde pública possa ser interessada. Essa última, sem dúvida, uma cláusula geral que respaldava ações de caráter emergencial. A instância revisora dos feitos da saúde pública era a Corte de Apelação.

Havia ainda, em se tratando de competência, vedação expressa para a concessão de interditos possessórios contra ato de autoridade sanitária, bem como vedação para modificação ou revogação de atos administrativos e quaisquer medidas de higiene e salubridade determinadas por autoridade sanitária. Essa vedação era estendida, além da justiça sanitária, para as autoridades judiciárias federais e locais, com a ressalva do “*direito de reclamar judicialmente perante a justiça federal, as perdas e danos que lhe*

---

*república, desde o governo provisório até o último período presidencial, desde o inclito generalíssimo Deodoro da Fonseca até ao ilustre senhor Dr. Manoel Ferraz de campo e Sales haviam cogitado da vacinação como necessária a varíola? Que combate era esse impatriótico? Que pretendiam desmoralizando a única medida de eficácia conhecida contra a terrível moléstia?”* SEABRA, J.J. Op. cit.

59 RODRIGUES, Paula de Oliveira. Op. cit.

60 PONTE, Carlos Fidelis; PÓRTO, Ângela. Vacinas e campanhas: as imagens de uma história a ser contada. **História, Ciências, Saúde**, Manguinhos, v. 10, p. 725-42, 2003. Suplemento 2.

61 HOCHMAN, Gilberto. Regulando os efeitos da interdependência: Sobre as relações entre saúde pública e construção do Estado (Brasil 1910-1930). **Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 11, p. 40-61, 1993.

*couberem se o ato ou medida da autoridade sanitária tiver sido ilegal, e promover a punição penal, se houver sido criminosa.*<sup>62</sup>

No âmbito de sua composição administrativa, os cargos de juiz, procurador e subprocurador eram providos mediante nomeação pelo Presidente da República. Os de escrivão e oficial, pelo juiz, o qual seria escolhido dentre os bacharéis em direito com quatro anos, no mínimo, de prática forense. Para o cargo de procurador, esse período era reduzido para dois anos de prática. O cargo do magistrado não era vitalício. Ele serviria por quatro anos, permitida a recondução por iguais períodos. Todos os demais eram cargos demissíveis *ad nutum*. Havia previsão expressa para recebimento de custas, conforme a regra vigente para a justiça local do Distrito Federal.

Ao procurador dos feitos da saúde pública competia promover o andamento de todas as causas que interessassem à saúde pública e officiar em todas as questões administrativas, como consultor jurídico, sendo obrigatória a sua intervenção nos processos judiciais. Ao subprocurador competia auxiliar o procurador nos casos em que fosse designado e substituí-lo em suas faltas.

As disposições contidas no Decreto n. 1151, de 5.1.1904, foram repetidas na íntegra pelo Decreto n. 5156, de 8.3.1904, que deu novo regulamento aos serviços sanitários da União (artigos 279 a 292). A única distinção é que a justiça sanitária agora era tratada em capítulo próprio no decreto, o qual era bem mais extenso e minucioso do que o anterior, complementando-o. Poucos meses depois, foi aprovado o regulamento processual da justiça sanitária, pelo Decreto n. 5224, de 30.5.1904.

O regulamento processual repetia algumas disposições da lei material e evidenciava o tipo de demanda que chegava a juízo. Ultimado o processo administrativo da verificação das infrações, que previa recurso para o Diretor-Geral de Saúde Pública, o procurador dos feitos da saúde pública, mediante petição, promovia o processo e julgamento perante o juiz dos feitos. Por simples despacho, o juiz determinava a intimação do réu para, em 24 horas, contadas da intimação, pagar a multa ou apresentar a sua defesa e requerer diligências, facultando-lhe o exame de todas as peças do processo em cartório. Não sendo encontrado o infrator, a intimação era feita por edital de 10 dias, publicado três vezes “*no jornal em que sair o expediente da Diretoria-Geral de Saúde Pública*”.<sup>63</sup> Declarado revel o infrator, os autos voltariam à conclusão para julgamento imediato.<sup>64</sup> Encerrada a dilação probatória (composta por diligências e inquirição de testemunhas), facultava-se às partes a apresentação de alegações escritas e os autos eram remetidos à conclusão para julgamento. Fora mantida a competência da Corte de Apelação para apreciar eventual recurso.

Transitada em julgado a sentença, a execução se dava nos próprios autos “*independentemente de carta de sentença ou qualquer outra formalidade judicial ou administrativa*”.<sup>65</sup> Ao réu condenado era facultado o prazo de oito dias para pagamento voluntário da multa imposta, acrescida das custas processuais, bem como para indicação de bens para satisfação da dívida. Caso o condenado não tivesse meios para pagar a multa, ou não a quisesse pagar dentro do prazo legal, contado da intimação judicial, a multa seria convertida em prisão, a qual ficaria sem feito, a qualquer tempo da execução, caso efetuado o pagamento.

Se a proporção da conversão da multa em prisão não estivesse prevista nos regulamentos sanitários, o decreto em comento trazia uma cláusula residual, cuja aferição deveria ser feita por arbitradores. Esses deveriam avaliar quanto o condenado recebia por dia em razão dos seus bens, emprego ou profissão,

62 Artigo 1º, § 20, do Decreto n. 1151 de 5.1.1904.

63 Artigo 4º, § 1º, do Decreto n. 5224, de 30.5.1904.

64 O artigo 2º do Decreto n. 5224, de 30.5.1904 estabelecia que o juiz dos feitos da saúde pública deveria “*dar duas audiências públicas por semana podendo dar outras extraordinárias quando houver afluência de serviço, devendo permanecer diariamente no juízo, para despacho, das 11 horas da manhã às 3 da tarde.*”

65 Artigo 2º, § 8º, do Decreto n. 5224, de 30.5.1904.

calculando-se os dias de prisão necessários para arrecadar a importância da multa. O tempo de prisão, no entanto, não poderia ser menor que três dias nem maior que três meses, independente do valor da multa. A prisão era cumprida com trabalho e, na impossibilidade de assim ser, deveria ser convertida em prisão simples, mas majorada em um sexto.

Nas infrações em que fosse cominada pena de demolição, interdição, despejo, cassação de licença e fechamento, ou o cumprimento de qualquer diligência ou obrigação, caso a obrigação específica não fosse cumprida voluntariamente no prazo fixado pela autoridade sanitária, era dado início ao processo judicial para execução forçada da medida.

No tocante a apreensões de gêneros alimentícios, bebidas ou outros produtos análogos, suspeitos de serem falsificados ou impróprios para consumo, os inspetores sanitários deveriam recolher amostras e, após análise laboratorial, caso confirmada a irregularidade, proceder-se-ia com a arrecadação judicial para responsabilização criminal.

Conforme mencionado alhures, das disposições contidas no regulamento processual da justiça sanitária, observa-se o tipo de demanda que era levada a juízo: responsabilização civil e criminal por infração aos regulamentos sanitários. Com efeito, o direito à saúde, tal qual concebido hoje, passou por um processo de reconhecimento jurídico e evolução conceitual que se deu ao longo do século XX.

Não foi apenas o Poder Judiciário que se especializou para as causas da saúde pública. No decorrer do século XX, o governo federal ampliou sua atuação, especialmente no interior do país, por convênios celebrados com os Estados. Para Santos *et al.*, a criação do Departamento Nacional de Saúde Pública (DNSP), em 1920, reforçava a crescente ação pública na área de saúde, instituindo-se programas de profilaxia rural, de responsabilidade federal, em vários Estados, disseminando-se postos e centros de saúde urbanos, com o que, pouco a pouco, superava-se a visão emergencial ou localizada prevalecente até então na atuação federal nos Estados.<sup>66</sup>

O DNSP fora incumbido dos serviços de higiene e saúde pública do Distrito Federal, abrangendo a profilaxia geral e específica das doenças transmissíveis, a polícia sanitária dos domicílios e logradouros públicos, bem como estabelecimentos de ensino, comerciais, industriais e hospitalares; a fiscalização dos gêneros alimentícios, no Distrito Federal; o serviço sanitário dos portos marítimos e fluviais; o estudo da natureza, etiologia, tratamento e profilaxia das doenças transmissíveis e pesquisas de interesse da saúde pública; o fornecimento de vacinas e outras substâncias destinadas ao combate de epidemias em qualquer região do país; o fornecimento dos medicamentos oficiais, por intermédio do Instituto Oswaldo Cruz; a inspeção médica de imigrantes e passageiros nos portos da República; a organização da estatística sanitária; no Distrito Federal, a assistência aos doentes que deveriam ser compulsoriamente isolados e a fiscalização de esgotos; a profilaxia rural no Distrito Federal, nos Estados e no então território federal do Acre.<sup>67</sup>

Esses serviços foram distribuídos em três diretorias, quais sejam, a Diretoria dos Serviços Sanitários Terrestres<sup>68</sup>, a Diretoria de Defesa Sanitária Marítima e Fluvial<sup>69</sup> e a Diretoria de Saneamento e Profilaxia

66 Desde 1920, no âmbito do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, o Departamento Nacional de Saúde Pública abrigava uma Inspeção de Profilaxia da Lepra, das Doenças Venéreas e do Câncer. “Primeiro órgão federal destinado à campanha contra a hanseníase no país.” SANTOS, Luiz Antonio de Castro; FÁRIA, Lina; MENEZES, Ricardo Fernandes de. Op. cit.

67 Competência mencionada no artigo 1º do Decreto n. 14354 de 15.9.1920.

68 Esse serviço era composto pelos seguintes órgãos: Inspeção dos Serviços de Profilaxia (geral e específica); Inspeção de Fiscalização de Gêneros Alimentícios; Inspeção de Profilaxia da Tuberculose; Laboratório Bacteriológico; Laboratório Bromatológico; Delegacias de Saúde (que eram dez, ao todo, exercendo a competência para as ações da denominada “polícia sanitária”).

69 Esse serviço era composto pelos seguintes órgãos: Inspeção de Profilaxia Marítima; Inspeção de Saúde do Porto do Rio de Janeiro; Inspeções de Saúde dos Portos dos Estados; Delegacias da Saúde Marítimas; Lazareto (como o da Ilha Grande, no Rio de Janeiro, destinado ao isolamento e à assistência hospitalar dos casos de doenças de natureza epidêmica, ocorridos a bordo de quaisquer embarcações no porto do Rio de Janeiro, sendo expressamente vedada a internação

Rural, todas subordinadas à Diretoria-Geral do Departamento, à frente da qual esteve Carlos Chagas. Além das três diretorias, ficavam também subordinados à Diretoria-Geral, como serviços anexos, a Inspetoria de Estatística Sanitária; a Inspetoria de Engenharia Sanitária; a Inspetoria de Profilaxia da lepra e doenças venéreas; a Inspetoria de Fiscalização do exercício da medicina, farmácia e odontologia; e a assistência hospitalar. O inspetor era nomeado pelo Presidente da República, após indicação do Diretor-Geral.

Belizário Pena, um dos idealizadores e fundadores da Liga Pró-Saneamento, como visto no tópico anterior, fora nomeado para a Diretoria de Saneamento e Profilaxia Rural, que possuía sede na Capital Federal, mas atribuições em todo o território nacional. Competia-lhe a superintendência administrativa e a orientação técnica de todos os serviços de higiene e saúde pública, inclusive os executados nos Estados, nas zonas rurais do Distrito Federal e no então Território do Acre, realizados sob a responsabilidade e com recursos financeiros da União, ainda que parcialmente.

Dentre os serviços que englobava estavam os de profilaxia destinados a combater as endemias rurais nos Estados; propaganda dos preceitos de higiene geral e educação profilática das populações do interior; execução de medidas de profilaxia e de higiene geral nos Estados; acordo com os governos estaduais e municipais, especialmente no combate às endemias nas cidades e nas zonas rurais do interior do país.<sup>70</sup> Em suma, todos os serviços de saneamento e profilaxia rural deveriam ser executados de acordo com processos técnicos uniformes e orientados pela Diretoria, que se constituía em um centro de uniformização desses serviços.

Santos *et al.* afirmam que, logo no início de suas atividades, o DNSP firmou acordo com dezoito Estados para trabalhos de saneamento rural e de combate à lepra e doenças venéreas.<sup>71</sup> Santos igualmente destaca que, em poucos meses, onze Estados haviam firmado acordos para a criação de postos de profilaxia no interior do país.<sup>72</sup> Com efeito, o novo código sanitário mantinha disposições já existentes, mas ampliava o poder de atuação do governo federal nos Estados.

Às doenças de notificação compulsória previstas no regulamento anterior foram acrescentadas: sarampo (quando ocorrida em estabelecimentos coletivos, como internatos e asilos); disenterias bacilar e amebiana; meningite; paralisia infantil; leishmaniose e coqueluche (quando ocorrida em estabelecimentos coletivos, como internatos e asilos). Além da profilaxia geral das doenças transmissíveis (que abarcava a notificação, o isolamento, a desinfecção, a vigilância médica, a vacinação contra a varíola e a imunização contra outras doenças transmissíveis), havia também profilaxia específica para as doenças de notificação compulsória, doenças venéreas e câncer.

O trabalho de polícia sanitária e de fiscalização das construções<sup>73</sup> era realizado, no Distrito Federal, pelas Delegacias de Saúde, vinculadas à Diretoria dos Serviços Sanitários Terrestres, e no interior pelos postos de profilaxia rural, vinculados à Diretoria de Saneamento e Profilaxia Rural.<sup>74</sup>

---

de pacientes cuja doença não possuísse natureza epidêmica); Hospital Paula Candido (destinado às operações sanitárias dos navios, ao isolamento de doentes e de embarcações que exijam tratamento especial, a critério da autoridade sanitária, especialmente quando tais medidas, caso realizadas no porto, sejam deficientes ou possam causar perigo de contaminação da cidade); Estações de desinfecção.

70 A celebração de acordos estava prevista no artigo 990 do regulamento, que estabelecia as seguintes condições: “Para a execução dos serviços a seu cargo a Diretoria de Saneamento e Profilaxia Rural promoverá acordos com os governos estaduais e municipais, ou aceitará propostas para que sejam instituídos, em quaisquer regiões do país, os trabalhos de saneamento e profilaxia rural, especialmente os de combate às principais endemias dos campos. § 1º A União, na organização dos serviços de profilaxia rural no interior do país, levará em conta, principalmente, o critério das indicações regionais, estabelecendo serviços sanitários, de preferência e com maior amplitude, nas zonas mais atingidas pelas endemias, de população mais densa e de maior riqueza econômica. § 2º Para os acordos de que trata este artigo, os Estados se obrigam ao concurso financeiro, nas bases do § 1º do art. 9º da lei n. 3.987, de 2 de janeiro de 1920. § 3º A quota de contribuição dos Estados, quando o acordo se realizar nas bases do § 1º, do art. 9º da lei n. 3.987, de 2 de janeiro, de 1920, será depositada na Delegacia Fiscal, à disposição da Diretoria Geral do Departamento de Saúde Pública, antes de iniciados os trabalhos; e quando estabelecido o acordo nas bases do § 2º do art. 9º da lei citada, deverá o Estado firmar compromisso legal com o Departamento Nacional de Saúde Pública, para indenização futura. § 4º Para que se realizem os acordos de que trata este artigo, os Estados deverão preliminarmente aceitar, e promover a aceitação pelos municípios, de todas as leis sanitárias do Departamento de Saúde Pública relativas ao assunto.”

71 SANTOS, Luiz Antonio de Castro; FARIA, Lina; MENEZES, Ricardo Fernandes de. Op. cit.

72 SANTOS, Luiz Antonio de Castro. O pensamento sanitarista na Primeira República: Uma ideologia de construção da nacionalidade. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 28, n. 2, p. 193-210, 1985. Dados.

73 A polícia sanitária das construções tinha como escopo prevenir e corrigir os vícios de construção dos prédios, no que diz respeito aos interesses da saúde pública; prevenir e corrigir as faltas de higiene provindas dos proprietários, arrendatários, locatários e moradores; e evitar a manifestação e a propagação das doenças transmissíveis. De acordo com o regulamento, toda a história sanitária dos prédios deveria ficar registrada na Delegacia de Saúde, em livros específicos, dos quais constariam os nomes dos proprietários, fiadores, locatários e arrendatários (artigos 759 e 777 do Decreto n. 14354 de 15.9.1920).

74 Além das atribuições conferidas às Delegacias de Saúde, aos postos de profilaxia rural incumbia a profilaxia geral das doenças endêmicas que grassavam o interior do país, especialmente com medidas preventivas de saneamento e educação, bem como a profilaxia específica do impaludismo, da esquistossomose, da doença de chagas e da leishmaniose.

Santos *et al.* apontam que a atuação de Carlos Chagas no DNSP, embora pioneira, é considerada pela literatura como autoritária, em razão das medidas de segregamento dos doentes, especialmente em relação à lepra, que permitia a requisição de força policial de pessoas com suspeita da doença para a realização do exame e, caso confirmada, para o isolamento. Aduzem, contudo, que “*a análise histórica não deveria negligenciar o estágio rudimentar do conhecimento científico sobre a moléstia naquele momento.*”<sup>75</sup> De fato, como adverte o historiador Marc Bloch, ao se olhar para o passado, deve-se sempre ter a cautela de poupar o cérebro do vírus do momento.<sup>76</sup> Ademais, as medidas de segregação eram previstas não apenas para a lepra, mas para todas as doenças mencionadas no regulamento como sendo de notificação compulsória.

A notificação incumbia ao chefe da casa ou ao parente mais próximo que nela residisse com o doente ou suspeito; ao enfermeiro ou pessoa que o acompanhasse; aos dirigentes, nas casas de habitação coletiva, em estabelecimentos comerciais, industriais, agrícolas, educacionais e hospitalares; ao médico que examinasse o doente ou suspeito, ainda que não assumisse a direção do tratamento. Nos casos de lepra, a notificação incumbia também ao próprio doente. No mesmo sentido, a comunicação de morte decorrente de tais moléstias.

O regulamento cominava multa para quem deixasse de fazer a notificação obrigatória e, especificamente, para os médicos que violassem as regras do isolamento, que poderia ser hospitalar ou domiciliar.<sup>77</sup> O isolamento hospitalar era realizado em instituições públicas, a maioria mantida pelo governo federal. No Estado do Pará, foi estabelecida a primeira colônia agrícola para leprosos no Brasil, chamada Lazarópolis do Prata, a aproximadamente 150 km de Belém. No Rio de Janeiro, havia o Hospital Colônia de Curupaiti, em Jacarepaguá, e, em São Paulo, a Colônia de Santo Ângelo.<sup>78</sup>

O que também se destaca na atuação de Carlos Chagas à frente do DNSP é a preocupação com a prevenção e educação da população, cujo marco inicial apontado pela doutrina é a influência norte-americana no Brasil, em especial da Fundação Rockefeller, a partir de 1916, a qual reforçou a “*concepção de saúde pública baseada na profilaxia de doenças infecciosas e estimulou novos padrões de educação sanitária e de formação de profissionais de saúde pública.*”<sup>79</sup> Essa postura se evidencia no regulamento sanitário, bem como no regulamento do DNSP, reestruturado em 1923 por Chagas, que previa a organização de um serviço de propaganda e educação sanitária. No mesmo ano, a Inspetoria de combate à lepra e doenças venéreas criou um serviço de visitadoras, composto por enfermeiras que, após um curso de capacitação de seis meses, levavam à população carente informações sobre higiene e profilaxia de doenças contagiosas.<sup>80</sup>

O fim da República Velha e o início da Era Vargas marcam, segundo Kropf, o protagonismo do Estado na “*recomposição das forças políticas e econômicas do país, com vistas à implantação de uma nova ordem urbano-industrial.*” E, no campo da saúde pública, “*este processo significou o aprofundamento de uma tendência que já se vinha delineando nos anos 20, de centralização e ampliação do poder do Estado.*”<sup>81</sup> Com efeito, a centralização e ampliação do poder do Estado foram características do governo Vargas, o qual, apesar disso, não enfrentou as oligarquias agrárias de modo a promover “*a elevação dos padrões de saúde e saneamento dentro das fazendas e nas sedes dos municípios.*” No projeto de interiorização levado a efeito

75 SANTOS, Luiz Antonio de Castro; FARIA, Lina; MENEZES, Ricardo Fernandes de. Op. cit.

76 Segundo o autor: “*quem, uma vez diante de sua mesa de trabalho, não tiver a força de poupar seu cérebro do vírus do momento será bem capaz de destilar suas toxinas até num comentário sobre a Iliada ou a Ramayana.*” BOLCH, Marc. **Apologia da história ou o ofício do historiador.** Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2002. 62 p.

77 Eram estabelecidas como condições do isolamento domiciliar: “*a) prestar-se a casa ao isolamento; b) ter um quarto arejado e independente, revestido de piso de fácil desinfecção, em que permaneça o doente; c) conservar, quando necessário, fechadas todas as portas de entrada, exceto uma, na qual se postará um guarda enfermeiro, para impedir, segundo as instruções, a saída de pessoas e de objetos e a entrada de outras que não sejam o médico assistente e as que apresentarem autorização escrita, e que ficarão sujeitas a medidas profiláticas; d) sujeitarem-se a pessoa isolada, os moradores da casa e os que nela permanecerem por algum tempo às determinações da autoridade sanitária.*” Artigo 279 do Decreto n. 14354 de 15.9.1920.

78 SANTOS, Luiz Antônio de Castro; FARIA, Lina; MENEZES, Ricardo Fernandes de. Op. cit.

79 Idem, ibidem.

80 SILVA, Araújo apud SANTOS, Luiz Antônio de Castro; FARIA, Lina; MENEZES, Ricardo Fernandes de. Op. cit.

81 KROPF, Simone Petraglia. Ciência, saúde e desenvolvimento: a doença de Chagas no Brasil (1943-1962). **Revista tempo**, Rio de Janeiro, n. 19, p. 107-24.

pelo governo federal, conhecido como Marcha para o Oeste, o oeste era concebido pela fronteira política e econômica de expansão e ocupação do território nacional. Nas áreas de antiga dominação coronelista, entretanto, Vargas praticou uma política de acomodação, de concessões e barganhas, que impediu o avanço do movimento sanitário nas terras sob domínio oligárquico.<sup>82</sup>

Para Kropf, o projeto de modernização instaurado em 1930 privilegiava o mundo urbano-industrial. Não obstante, *“o tema do interior e do desenvolvimento rural ganhava um novo sentido, como condição para garantir o abastecimento de um mercado interno consumidor, capaz de sustentar o novo modelo econômico.”* Aduz que, em termos políticos e ideológicos, *“a centralidade conferida pelo novo Estado ao tema do trabalho como valor primordial para a construção de uma nova nação, vinha respaldar projetos que visassem a garantir melhores condições para a existência de trabalhadores sãos, fortes e produtivos, nas cidades e no campo.”*<sup>83</sup>

Segundo Hochman, o caráter histórico da coletivização da saúde como um bem público está intimamente associado com a criação e penetração do poder público em toda a extensão do território nacional, materializado por estruturas administrativas, ou seja, a formação do Estado interage com a transformação da saúde em um bem público, que exige atuação compulsória, efetiva e de âmbito nacional. Para o autor, este é um processo de transformação no tratamento das deficiências e das adversidades humanas, que inicialmente eram cuidados individuais, passaram a ser coletivos (de caráter voluntário, comunitário e local) para, finalmente, tornarem-se cuidados estatais.<sup>84</sup>

Esse processo de transformação estaria ligado à interdependência das relações sociais. Vale dizer que, em questões como saúde, não basta que cada um cuide da sua, pois existem efeitos externos que a influenciam. Isto é, *“consequências indiretas das deficiências e adversidades de uns indivíduos sobre outros que são imediatamente atingidos, apesar de não sofrerem desses problemas.”*<sup>85</sup> Nesse contexto, Hochman conclui que, devido às suas características específicas, o Estado se constituiu como organização legítima para regular os efeitos negativos das interdependências sociais, que, ao longo do tempo, tendem a ser reduzidas a soluções legais e administrativas sob a responsabilidade de uma burocracia.<sup>86</sup> Como exemplo, cita a experiência das epidemias de cólera do século XIX na Europa e nos Estados Unidos, que atingiram a todos (ricos, pobres) em lugares diversos (cidades, regiões, países) evidenciando os problemas da interdependência social e *“a necessidade da criação de organizações e políticas permanentes, amplas, coletivas, compulsórias e supralocais para prevenir e combater os riscos da infecção e do contágio em massa.”* Para ele, *“foi dessa forma que o tema da reforma urbana e sanitária, que mobilizou as elites políticas e intelectuais, entrou na agenda pública e gerou resultados concretos.”*<sup>87</sup>

Nesse contexto, cumpre destacar a criação, em 7 de abril de 1948, da Organização Mundial da Saúde (OMS), agência especializada em saúde, com sede em Genebra, na Suíça, subordinada à Organização das Nações Unidas, que tem como objetivo desenvolver o nível de saúde de todos os povos.<sup>88</sup> Saúde que é definida em sua Constituição como “estado de completo bem-estar físico, mental e social” e não apenas “ausência de uma doença ou enfermidade.”<sup>89</sup>

82 SILVA, Araújo apud SANTOS, Luiz Antônio de Castro; FARIA, Lina; MENEZES, Ricardo Fernandes de. Op. cit.

83 KROPF, Simone Petraglia. Ciência, saúde e desenvolvimento: a doença de Chagas no Brasil (1943-1962). *Revista tempo*, Rio de Janeiro, n. 19, p. 107-24.

84 HOCHMAN, Gilberto. Regulando os efeitos da interdependência: Sobre as relações entre saúde pública e construção do Estado (Brasil 1910-1930). *Estudos históricos*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 11, p. 40-61, 1993.

85 Idem, ibidem.

86 Idem, ibidem.

87 Idem, ibidem.

88 A OMS teve como precursora o Comitê de Higiene da Liga das Nações, que, por sua vez, foi precursora da ONU. A Liga das Nações foi uma organização internacional idealizada após a primeira guerra mundial e tinha como principal finalidade assegurar a paz. Sua última reunião ocorreu em abril de 1946 e o seu acervo foi doado à ONU.

89 A constituição da OMS está disponível em: < <http://brasil.bvs.br/php/index.php> >.

A OMS é composta por 193 Estados-membros e financiada por contribuições desses Estados e diversos doadores, especialmente, organizações não governamentais e fundações, como a Fundação Rockefeller, que teve influência no movimento sanitário no Brasil, conforme já dito. A agência menciona como suas funções essenciais: a liderança em questões críticas para a saúde; envolvimento em parcerias onde a ação comum é importante; a definição da agenda de pesquisa e o estímulo à geração, difusão e utilização de conhecimentos valiosos; o estabelecimento de normas e o acompanhamento de sua aplicação prática; o desenvolvimento de opções políticas éticas e científicas de base; o apoio técnico aos países membros, catalisando mudanças e capacitação institucional sustentável; o acompanhamento e a avaliação das tendências de saúde.

Kropf assevera que a criação da OMS trouxe novas condições institucionais e políticas para os projetos na área de saúde.<sup>90</sup> Com efeito, mencionamos no primeiro artigo da série que a produção legislativa não tem como único exponencial o Estado em si, mas que diversas são as fontes, na atualidade, a interagirem com o poder constituído a fim de gerarem normas. Não apenas as relações sociais estabelecidas entre os membros de um grupo social determinado ou uma sociedade, mas também relações internacionais estabelecidas entre países, comunidades e organismos internacionais.

Outro exemplo é a Organização Pan-Americana da Saúde, organismo internacional vinculado à OMS e à OEA (Organização dos Estados Americanos), que tem por escopo melhorar as condições e serviços públicos de saúde nos países das Américas pela transferência de tecnologia e difusão do conhecimento acumulado por meio de experiências dos países-membros em várias áreas, como epidemiologia, meio ambiente, recursos humanos, controle de zoonoses e medicamentos.<sup>91</sup>

No Brasil, a primeira Constituição que tratou especificamente sobre o direito à saúde foi a de 1988. As demais previam, basicamente, competências legislativas nessa área. A Constituição de 1934 estabelecia a competência concorrente da União e dos Estados para cuidar de saúde e assistência pública. Certamente, uma alteração fruto das discussões jurídicas travadas nas primeiras décadas do século XX no âmbito do movimento sanitarista, conforme abordado no item 2, em que discutimos o surgimento do movimento no país. No título IV, a tratar da ordem econômica e social, essa carta constitucional incumbia à União a organização do serviço nacional de combate às grandes endemias do país, cabendo-lhe o custeio, a direção técnica e administrativa nas zonas onde a execução excedesse as possibilidades dos governos locais.<sup>92</sup>

As constituições de 1937 e 1946 traziam a competência privativa da União para legislar sobre normas fundamentais da defesa e proteção da saúde. A de 1947, além dessa competência legislativa, incumbia-lhe a elaboração de planos nacionais de educação e de saúde. Trazia também a previsão de que seis por cento do valor que fosse repassado aos municípios a título de fundo de participação nos impostos federais deveria ser aplicado em programas de saúde.

A Constituição de 1988 estabelece, em seu artigo 196, que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Estabelece também que as ações e serviços de saúde são considerados de relevância pública, cabendo ao Poder Público dispor sobre a sua regulamentação, fiscalização e controle.<sup>93</sup> No próximo tópico, veremos como o Supremo Tribunal Federal tem interpretado esses dispositivos constitucionais.

90 KROPF, Simone Petraglia. Ciência, saúde e desenvolvimento: a doença de Chagas no Brasil (1943-1962). *Revista tempo*, Rio de Janeiro, n. 19, p. 107-24.

91 Disponível em: <<http://www.opas.org.br>>.

92 BRASIL. Congresso Nacional. Constituição (1937). *Câmara*, Brasília, DF, 1937. Disponível em: <[http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/anteriores.html](http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/anteriores.html)>. Acesso em: 11.5.2011.

93 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). 42 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 410 p. (Coleção Saraiva de legislação).

## 5 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O reconhecimento da saúde como um direito humano fundamental e como dever do estado aumentou a amplitude da regulação estatal sobre as ações e serviços de saúde.<sup>94</sup> Apenas como exemplo, podemos citar a Lei n. 5991, de 17.12.1973 (Dispõe sobre o controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos); Lei n. 6259, de 30.10.1975 (Dispõe sobre a organização das ações de vigilância epidemiológica, o programa nacional de imunizações e notificação compulsória de doenças); Lei n. 6360, de 23.9.1976 (Dispõe sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos); Lei n. 6437, de 20.8.1977 (Infrações à legislação sanitária federal); Lei n. 9656, de 3.6.1998 (Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde); Lei n. 9782, de 26.1.1999 (Define o sistema nacional de vigilância sanitária, cria a agência nacional de vigilância sanitária); Lei n. 11.105, de 24.3.2005 (Lei de Biossegurança). Houve também o deslocamento do foco das ações judiciais: busca-se por saúde em relação a tratamentos e serviços médicos mediante prestações positivas por parte do Estado.

Nesse contexto, quando falamos, atualmente, em direito sanitário, referimo-nos ao “*subsistema normativo decorrente do reconhecimento da saúde como direito fundamental do homem; ramo do direito que disciplina as ações e serviços de interesse à saúde.*”<sup>95</sup> O conceito de saúde, conforme já mencionado, é trazido pela Constituição da Organização Mundial de Saúde como sendo “*o estado de completo bem-estar físico, mental e social*”.<sup>96</sup> Conceito abrangente, que ultrapassa a ausência de enfermidades para alcançar também a faceta psicológica e social inerente ao ser humano.<sup>97</sup>

No tocante à jurisprudência dos Tribunais superiores, selecionamos alguns entendimentos consolidados em matéria de saúde que pensamos oportunos para evidenciar a evolução do conceito e da concepção de saúde desde os tempos da justiça sanitária até os dias atuais. Por haver previsão constitucional, muitas dessas demandas chegam ao Supremo Tribunal Federal. A ação de descumprimento de preceito fundamental, por exemplo, é instrumento processual idôneo para a concretização de políticas públicas previstas na Constituição que venham a ser descumpridas pelas instâncias governamentais. Para o Supremo, a competência que lhe é conferida pela Carta de 1988 evidencia a dimensão política da jurisdição constitucional, não podendo esse Tribunal demitir-se do encargo de tornar efetivos os direitos sociais (direitos de segunda geração), sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional.<sup>98</sup>

O Supremo reconhece que dentre as funções institucionais do Poder Judiciário não se inclui, ordinariamente, a atribuição de formular e implementar políticas públicas. Não obstante, em bases excepcionais, quando os órgãos estatais competentes descumprirem os encargos político-jurídicos a eles constitucionalmente atribuídos, de modo a comprometer a eficácia e a integridade de direitos constitucionais (sejam individuais ou coletivos), será possível e legítima a intervenção do Poder Judiciário. Isso se aplica inclusive para direitos decorrentes de cláusulas revestidas de conteúdo programático, porquanto “*o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política não pode converter-se em promessa constitucional inseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado*”.<sup>99</sup>

94 AITH, Fernando Mussa Abujamra. **Teoria geral do direito sanitário brasileiro**. Tese (Doutorado)—Universidade de São Paulo, Faculdade de Saúde Pública, São Paulo, 2006.

95 Idem, *ibidem*.

96 A constituição da OMS está disponível em: < <http://brasil.bvs.br/php/index.php> >.

97 Em artigo publicado na Revista Saúde, Ética e Justiça, da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (ISSN 1414-218X; v. 12; ano 2007), tive a oportunidade de defender, juntamente com o Prof. Reinaldo Ayer de Oliveira, que o ser humano não nasce autônomo, mas se torna autônomo e isso se desenrola através de um processo biológico, psicológico e social.

98 RTJ 164/158-161; Relator Ministro Celso de Mello.

99 RTJ 175/1212-1213, Relator Ministro Celso de Mello.

A realização dos direitos sociais – como a saúde – caracteriza-se pela gradualidade de seu processo de concretização e depende, invariavelmente, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado. Em razão disso, surge a chamada cláusula da reserva do possível, a qual, segundo entendimento externado pelo Supremo Tribunal Federal, somente pode ser invocada pelo ente público quando comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, de modo que não seria razoável dela exigir, considerada a limitação material objetiva, a imediata efetivação de comando fundado no texto da Carta Política. A regra, no entanto, é a de que o Estado não pode invocar a cláusula em questão “*com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.*”<sup>100</sup> Isso porque “*a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição.*”<sup>101</sup>

Nesse contexto, a regra é que o Poder Judiciário não pode intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade; não pode querer controlar opções legislativas de organização e prestação de serviços públicos, a menos que ocorra – e esse seria o fator legitimante de sua atuação – violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.<sup>102</sup>

Considerando o disposto no já mencionado artigo 196 da Constituição, é discussão corriqueira nos Tribunais a tentativa de se definir se, como e em que medida o direito à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial. As divergências concentram-se no efetivo âmbito de proteção da norma constitucional, diante da tensão e da necessidade de compatibilização entre o mínimo necessário para uma vida digna e os recursos públicos disponíveis. Isso porque “*todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos*”<sup>103</sup>, por isso é necessário fazer escolhas alocativas, ou seja, ante a impossibilidade de satisfazer todas as necessidades sociais, deve-se escolher em quais se vai investir, o que representa típica opção política. Daí as críticas acerca da “judicialização da política”, quando essas opções passam a ser questionadas no Poder Judiciário.

Nesse aspecto, para o Supremo Tribunal Federal, se por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania e concretização de direitos fundamentais, por outro, “*as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se vêem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias.*”<sup>104</sup> A solução para essa relação conflituosa entre princípios e diretrizes políticas seriam juízos de ponderação. Isso porque, para o Supremo, é possível identificar na redação do artigo 196 da Constituição tanto um direito individual quanto um direito coletivo à saúde.

Embora a norma do artigo em questão trate de um direito social, dizer que ela é tão somente programática, que apenas indica diretrizes a serem observadas pelo poder público, é esvaziar seu conteúdo e negar força normativa à Constituição. Para o Ministro Celso de Melo, “*a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inseqüente*”<sup>105</sup> Mas, nessa dimensão individual, o direito à saúde é assegurado mediante políticas sociais e econômicas. Ou seja, para o Supremo, “*não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um*

100 SL 228/CE. Relator Ministro Gilmar Mendes. Publicação: DJe-199 Public 21.10.2008.

101 Idem, ibidem.

102 Idem, ibidem.

103 Idem, ibidem.

104 Idem, ibidem.

105 Relator do AgR-RE n. 271.286-8/RS.

*direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde.*<sup>106</sup> De acordo com a Ministra Ellen Gracie, o artigo 196 da Constituição refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, pois a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários.<sup>107</sup> Nesse diapasão, “a garantia judicial da prestação individual de saúde, *prima facie*, estaria condicionada ao não comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde.”<sup>108</sup>

Outro entendimento pacificado pelo Supremo Tribunal Federal é a responsabilidade solidária da União, Estados, Distrito Federal e Municípios pela saúde para com o indivíduo e a coletividade, razão pela qual todos são legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa, pelo Sistema Único de Saúde (seja pelo gestor municipal, estadual ou federal), de prestações na área de saúde. O princípio do acesso igualitário e universal expressamente previsto no artigo 196 reforça a responsabilidade solidária dos entes da federação, impedindo, inclusive, a discriminação dos pacientes em razão do domicílio ou da nacionalidade.<sup>109</sup>

Outrossim, previsão expressa no artigo 197 da Carta de 1988 estabelece que as ações e serviços de saúde são de relevância pública, integrantes de uma rede regionalizada e hierarquizada, segundo o critério da subsidiariedade, e constituem um sistema único, regulamentado pela Lei n. 8080, de 19.9.1990, conhecida como Lei Orgânica da Saúde, e pela Lei n. 8.142, de 28.12.1990, que dispõe sobre a participação da comunidade nesse sistema. O Sistema Único de Saúde (SUS) consiste no conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, incluídas as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, bem como de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde. Foram estabelecidas, igualmente pela Constituição, quatro diretrizes básicas para as ações de saúde: direção administrativa única em cada nível de governo; descentralização político-administrativa; atendimento integral, com preferência para as atividades preventivas; e participação da comunidade. A base do financiamento do Sistema Único de Saúde é pública, conforme expressão do seu artigo 195 e opera-se com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.<sup>110</sup>

De acordo com o Ministro Gilmar Mendes, a alteração promovida pela Emenda Constitucional n. 29/2000, com o acréscimo de dois novos parágrafos ao artigo 198 da Constituição, assegurando percentuais mínimos a serem destinados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios para a saúde, teve a finalidade de dar maior estabilidade para os recursos de saúde, consolidando um mecanismo de cofinanciamento das políticas de saúde pelos entes da Federação.<sup>111</sup> Dispositivo semelhante já existia na Constituição Federal de 1947, como mencionado no tópico anterior.

Para o Supremo, os problemas de eficácia social do direito à saúde, no Brasil, devem-se muito mais a questões ligadas à implementação e manutenção das políticas públicas de saúde já existentes do que à falta de legislação específica. Em outras palavras, o problema não é de inexistência, mas de (in)execução administrativa das políticas públicas pelos entes federados.

Em decorrência da realização de audiência pública, com a participação de vários órgãos e entidades representativas dos diversos setores relativos à saúde, o Supremo reconheceu que, na maioria dos casos,

106 SL 228/CE. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Publicação: DJe-199 Public 21.10.2008.

107 STA 91-1/AL. Relatora Ministra Ellen Gracie. DJ 26.2.2007.

108 SL 228/CE. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Publicação: DJe-199 Public 21.10.2008.

109 STA 91-1/AL. Relatora Ministra Ellen Gracie. DJ 26.2.2007.

110 SL 228/CE. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Publicação: DJe-199 Public 21.10.2008.

111 Idem, ibidem.

a intervenção judicial não ocorre em face de uma omissão legislativa absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas em razão de uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Nesse contexto, não há falar em interferência judicial no âmbito de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros poderes quanto à formulação de políticas públicas, e, em última análise, em violação do pacto republicano, crítica que comumente aparece em ações dessa natureza. Destarte, o Judiciário, ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento.<sup>112</sup>

São recorrentes no Judiciário as demandas que versam sobre fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses, criação de vagas de UTI e leitos hospitalares, contratação de servidores de saúde, realização de cirurgias e exames, custeio de tratamentos fora do domicílio, até mesmo no exterior. De acordo com diretrizes traçadas pelo Supremo Tribunal Federal, o primeiro dado a ser considerado em demandas desse tipo é a existência ou não de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Se houver, a questão é de execução dessa política. Se, contudo, a prestação não estiver entre as políticas existentes, deve-se distinguir se a não prestação decorre de omissão legislativa e/ou administrativa; de deliberada decisão administrativa de não fornecê-la; ou de vedação legal ao seu fornecimento.

Isso porque, em decorrência do disposto nos artigos 12, 14 e 18 da Lei n. 6.360/76, é vedado à Administração fornecer fármaco que não seja registrado na Anvisa, pois o registro do medicamento é garantia à saúde pública e constitui condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto à população. Não obstante, a Lei n. 9782/99 permite que a Anvisa dispense registro a medicamento de organismo multilateral ou internacional para uso em programa de saúde pública no Ministério da Saúde.

No caso de deliberada decisão administrativa de não fornecer determinada ação de saúde pleiteada pela parte, deve-se considerar se há motivação idônea para o não fornecimento, porquanto há casos em que o SUS decidiu não custear determinada ação de saúde por entender não haver evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão no sistema. Nesse caso, entende o STF que obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada. Em razão disso, deve ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente.

Em outros termos, esse entendimento não afasta a possibilidade de que medida diferente da custeada pelo SUS seja fornecida a paciente que comprove a ineficácia do tratamento oferecido pelo SUS no seu caso específico, considerado individualmente. Primeiro porque o organismo de cada pessoa pode reagir de forma diferente a determinado tratamento e segundo porque *“os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas do SUS não são inquestionáveis, até porque devem ser periodicamente revistos, razão pela qual se permite sua contestação judicial.”*<sup>113</sup>

No caso de omissão legislativa e conseqüente inexistência de tratamento na rede pública, deve-se distinguir se o tratamento pleiteado é puramente experimental ou se é novo, ainda não testado pelo SUS, para inclusão no sistema. De acordo com o Supremo, *“tratamentos experimentais são aqueles em que ainda não há comprovação científica de sua eficácia. A participação nesses tratamentos regem-se pelas normas que regulam a pesquisa médica e, portanto, o Estado não pode ser condenado a fornecê-lo.”*<sup>114</sup> Entretanto, o Tribunal constitucional faz uma ressalva: *“a inexistência de protocolo clínico no SUS não pode significar*

112 Idem, ibidem.

113 Idem, ibidem.

114 Idem, ibidem.

*violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada”*, pois, conforme já mencionado, os dispositivos da Constituição que tratam sobre saúde devem ser vistos sob dupla perspectiva: de política pública e de direito fundamental e compatibilizados nestas duas vertentes que, antes de serem antagônicas, se complementam.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O movimento sanitário no Brasil esteve intimamente ligado às mudanças sociais e políticas que ocorreram no final do século XIX e início do século XX. Foi um movimento que teve origem na classe intelectual e médica da então capital da República e se difundiu pelo país.

A demanda judicial na área de saúde mudou significativamente ao longo do tempo. Historicamente, vimos que as questões que chegavam à justiça no início do século passado eram relativas a descumprimento de regulamentos sanitários que previam, por sua vez, medidas de profilaxia contra doenças infecciosas. A justiça sanitária não foi, propriamente, uma justiça especializada, mas sim a especialização de juízos para feitos dessa natureza – medida que se insere na atribuição de competência material no âmbito da organização judiciária.

ONU, OEA, OMS são algumas das entidades internacionais que contribuíram mediante tratados e documentos oficiais para a consagração da saúde como direito humano, muito embora a implementação efetiva dos direitos declarados ainda seja grande desafio para as autoridades constituídas, em qualquer dos poderes, considerada a sua esfera de atuação e em todos os níveis de governo.

Os julgados da Corte Suprema refletem considerações relevantes do atual estágio normativo do direito brasileiro. Para alguns julgadores, o destaque abarca o Estado de Direito, na concepção de que a lei em sentido estrito é que dá a medida da interferência judicial. Para outros, no entanto, não há construir cidadania sem considerações do trato social. Independente de qual viés se defenda, a pluralidade da Corte e sua composição essencialmente colegiada permitem o debate de idéias que, como sabiamente adverte Francesco Carnelutti, se não se sacode a peneira, não se refina a farinha.<sup>115</sup>

## 7 REFERÊNCIAS

- AITH, Fernando Mussa Abujamra. **Teoria geral do direito sanitário brasileiro**. Tese (Doutorado)– Universidade de São Paulo, Faculdade de Saúde Pública, São Paulo, 2006.
- BOLCH, Marc. **Apologia da história ou o ofício do historiador**. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2002. 62 p.
- CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. 2. ed. Campinas: Minelli, 2004.
- CASER, Arthur Torres. Os Relatórios Médicos da Comissão Rondon. In: XIII ENCONTRO DE HISTÓRIA ANPUH-RIO: identidades, 2008, Rio de Janeiro. **Anais Complementares**. Rio de Janeiro: [s.n.], 2008.
- CRUZ, Oswaldo Gonçalves. **Relatório apresentado ao Exmo. Sr. J. J. Seabra, Ministro da Justiça e Negócios Interiores**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1905.
- HOCHMAN, Gilberto. Regulando os efeitos da interdependência: Sobre as relações entre saúde pública e construção do Estado (Brasil 1910-1930). **Estudos históricos**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 11, p. 40-61, 1993.
- KROPF, Simone Petraglia. Ciência, saúde e desenvolvimento: a doença de Chagas no Brasil (1943-1962), **Revista Tempo**, Rio de Janeiro, RJ, n. 19, p. 110-1.

<sup>115</sup> Expressão utilizada por CARNELUTTI, Francesco. In: **Como se faz um processo**. 2. ed. Campinas: Minelli, 2004. p. 125.

LIMA, Nísia Trindade; HOCHMAN, Gilberto. Condenado pela raça, absolvido pela medicina: o Brasil descoberto pelo movimento sanitaria da Primeira República. In: MAIO, Marcos Chor; SANTOS, Ricardo Ventura (Org.). **Raça, ciência e sociedade**. Rio de Janeiro: Fiocruz, Centro Cultural Banco do Brasil, 1996.

PONTE, Carlos Fidelis; PÔRTO, Ângela. Vacinas e campanhas: as imagens de uma história a ser contada. **História, Ciências, Saúde, Manguinhos**, v. 10, p. 725-42, 2003. Suplemento 2.

RECEPÇÃO e posse do General Rondon: discursos proferidos na sessão extraordinária de 25 de março de 1939. **Instituto Histórico e Geográfico de São Paulo**, São Paulo, v. 36, 1939. Separata. Disponível no museu histórico do exército.

RODRIGUES, Paula de Oliveira. De uma imposição a uma revolta popular: demonstração de organização, luta e identidade de um povo descontente com seu governo. In: XIII ENCONTRO DE HISTÓRIA ANPUH-RIO: identidades, 2008, Rio de Janeiro. **Anais Complementares**. Rio de Janeiro: [s.n.], 2008.

SÁ, Luiza Vieira. **Rondon: O agente público e político**. Tese (Doutorado)–Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, São Paulo, 2009.

SANTOS, Luiz Antonio de Castro. O pensamento sanitaria na primeira república: uma ideologia de construção da nacionalidade. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 28, n. 2, p. 193-210, 1985. Dados.

SANTOS, Luiz Antonio de Castro; FARIA, Lina; MENEZES, Ricardo Fernandes de. Contrapontos da história da hanseníase no Brasil: cenários de estigma e confinamento. **Revista Brasileira de Estudo da População**, São Paulo, v. 25, n. 1, p. 167-90, jan./jun. 2008.

SEABRA, J.J. **Relatório apresentado ao presidente da república dos Estados Unidos do Brasil** - Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1905.

TORRES, Alberto. **A organização nacional**. 3. ed. São Paulo: Editora Nacional, 1978.

## LEGISLAÇÃO FEDERAL

Brasil. Congresso Nacional. Constituição (1891). **Sicon**, Brasília, DF: Imprensa Nacional, 1891. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>.

Brasil. Congresso Nacional. Constituição(1934). **Sicon**, Brasília, DF: Imprensa Nacional, 1934. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>.

Brasil. Congresso Nacional. Constituição (1937). **Sicon**, Brasília, DF: Imprensa Nacional, 1937. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>.

Brasil. Congresso Nacional. Constituição (1946). **Sicon**, Brasília, DF: Imprensa Nacional, 1946. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>.

Brasil. Congresso Nacional. Constituição (1967). **Sicon**, Brasília, DF: Imprensa Nacional, 1967. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>.

Brasil. Congresso Nacional. Constituição (1988). **Sicon**, Brasília, DF: Imprensa Nacional, 1988. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>.

Brasil. Decreto n. 68, de 18 de dezembro de 1889. Dá providencias relativas ao serviço de policia sanitaria e adapta medidas para impedir ou attenuar o desenvolvimento de quaesquer epidemias. Coleção de Leis do Império 1808-1889, p. 261, 1889. Câmara, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-68-18-dezembro-1889-502816-norma-pe.html>>.

Brasil. Decreto n. 330, de 12 de abril de 1890. Promulga o regulamento que reorganiza o ensino nas escolas do exército. **Sicon**, Brasília, DF, 31 dez. 1890. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>.

Brasil. Decreto n. 368-A, de 1º de maio de 1890. Reforma os correios da República. **Sicon**, Brasília, DF, 31 dez. 1890. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>.

Brasil. Decreto n. 381, de 2 de maio de 1890. Manda observar o plano de uniformes dos empregados da Secretaria de Estado e da Contadoria da Marinha. **Sicon**, Brasília, DF, 31 dez. 1890. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>.

Brasil. Decreto n. 408, de 17 de maio de 1890. Aprova o regulamento para o Instituto Nacional dos Cegos. **Sicon**, Brasília, DF, 31 dez. 1890. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>.

Brasil. Decreto n. 657, de 12 de agosto de 1890. Dá regulamento à casa de São José. **Sicon**, Brasília, DF, 31 dez. 1890. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>.

Brasil. Decreto n. 658, de 12 de agosto de 1890. Dá novo regulamento ao asilo de meninos desvalidos. **Sicon**, Brasília, DF, 31 dez. 1890. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>.

Brasil. Decreto n. 683, de 23 de agosto de 1890. Dá novo regulamento ao corpo de saúde da armada. **Sicon**, Brasília, DF, 31 dez. 1890. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>.

Brasil. Decreto n. 934, de 24 de outubro de 1890. Dá novo regulamento ao Instituto Nacional da Música. **Sicon**, Brasília, DF, 24 out. 1890. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>.

Brasil. Decreto n. 981, de 8 de novembro de 1890. Aprova o regulamento da instrução primária e secundária do Distrito Federal. **Sicon**, Brasília, DF, 8 nov. 1890. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>.

Brasil. Decreto n. 1075, de 22 de novembro de 1890. Aprova o regulamento para o Ginásio Nacional. **Sicon**, Brasília, DF, 22 nov. 1890. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>.

Brasil. Decreto n. 1232 H, de 2 de janeiro de 1891. Instrução publica. Aprova o regulamento das Instituições de Ensino Jurídico, dependentes do Ministério da Instrução publica. Coleção de Leis do Império 1889-1899, p. 5, 1891. Câmara, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/legislacao/publicacoes/republica/colecao1.html>>.

Brasil. Decreto n. 1256, de 10 de janeiro de 1891. Altera o regulamento da Escola Naval mandando executar por decreto 10.201 de 9 de março de 1889. **Sicon**, Brasília, DF, 31 dez. 1891. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>.

Brasil. Decreto n. 750-A, de 2 de março de 1892. Aprova o regulamento para o Colégio Militar. **Sicon**, Brasília, DF, 31 dez. 1892. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>.

Brasil. Decreto n. 1194, de 28 de dezembro de 1892. Aprova o regulamento para o Ginásio Nacional. **Sicon**, Brasília, DF, 31 dez. 1892. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>.

Brasil. Decreto n. 1109, de 31 de dezembro de 1892. Reorganiza a Guarda Nacional da Comarca de Iguaçu, no estado do Rio de Janeiro. **Sicon**, Brasília, DF, 31 dez. 1892. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>.

Brasil. Decreto n. 1197, de 31 de dezembro de 1892. Aprova o regulamento para o Instituto Nacional da Música. **Sicon**, Brasília, DF, 31 dez. 1892. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>.

Brasil. Decreto n. 1652, de 15 de janeiro 1894. Aprova o regulamento para o Internato do Gymnasio Nacional. Coleção de Leis do Império 1894, v. 1, pt II, p. 28. Câmara, Brasília, DF. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1652-15-janeiro-1894-501038-norma-pe.html>>.

Brasil. Decreto n. 1692-A, de 10 de abril de 1894. Aprova o regulamento dos correios da República. **Sicon**, Brasília, DF, 31 dez. 1894. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>.

Brasil. Decreto n. 2208, de 30 de dezembro de 1895. Reorganiza as escolas de maquinistas navais da República dos Estados Unidos do Brasil. **Sicon**, Brasília, DF, 31 dez. 1895. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>.

Brasil. Decreto n. 2221, de 23 de janeiro de 1896. Aprova os estatutos da escola politécnica do Rio de Janeiro. **Sicon**, Brasília, DF, 31 dez. 1896. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>.

Brasil. Decreto n. 2230, de 10 de agosto de 1896. Aprova o regulamento dos Correios Federais. **Sicon**, Brasília, DF, 31 dez. 1896. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>.

Brasil. Decreto n. 2458, de 10 de fevereiro de 1897. Aprova o regulamento da Diretoria Geral de Saúde Pública e a tabela de vencimentos do respectivo pessoal. **Sicon**, Brasília, DF, 31 dez. 1897. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>.

Brasil. Decreto n. 2857, de 30 de março de 1898. Aprova o regulamento para o Ginásio Nacional e ensino secundário nos estados. **Sicon**, Brasília, DF, 31 dez. 1896. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>.

Brasil. Decreto n. 2881, de 18 de abril de 1898. Aprova o regulamento para os Institutos Militares de ensino. **Sicon**, Brasília, DF, 31 dez. 1898. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>.

Brasil. Decreto n. 3632, de 31 de março de 1900. Aprova o regulamento para o Instituto Nacional da Música. **Sicon**, Brasília, DF, 31 dez. 1900. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>.

Brasil. Decreto n. 3647, de 23 de abril de 1900. Dá novo regulamento à casa de correção da capital federal. **Sicon**, Brasília, DF, 31 dez. 1900. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>.

Brasil. Decreto n. 3890, de 1º de janeiro de 1901. Aprova o código dos institutos de ensino superior e secundário, dependentes do Ministério da Justiça e Negócios Interiores. **Sicon**, Brasília, DF, 31 dez. 1901. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>.

Brasil. Decreto n. 3901, de 12 de janeiro de 1901. Aprova o regulamento do Instituto Benjamin Constant. **Sicon**, Brasília, DF, 31 dez. 1901. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>.

Brasil. Decreto n. 3914, de 26 de janeiro de 1901. Aprova o regulamento para o Gymnasio Nacional. **Sicon**, Brasília, DF, 26 jan. 1901. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/index.jsp?action=LegislacaoTextual>>.

Brasil. Decreto n. 3964, de 23 de março de 1901. Aprova o regulamento para Instituto Nacional dos Surdos Mudos. **Sicon**, Brasília, DF, 31 dez. 1901. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>.

Brasil. Decreto n. 3987, de 13 de abril de 1901. Aprova o regulamento para a Escola Nacional de Bellas Artes. **Sicon**, Brasília, DF, 31 dez. 1901. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>.

Brasil. Decreto n. 4766, de 9 de fevereiro de 1903. Dá novo regulamento à casa de detenção desta capital. **Sicon**, Brasília, DF, 31 dez. 1903. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>.

Brasil. Decreto n. 5224, de 30 de maio de 1904. Aprova o regulamento processual da Justiça Sanitária. **Sicon**, Brasília, DF, 31 dez. 1904. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>.

Brasil. Decreto n. 8072, de 20 de julho de 1910. Cria o serviço de proteção aos índios e localização de trabalhadores nacionais e aprova o respectivo regulamento. **Sicon**, Brasília, DF, 31 dez. 1910. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>.

Brasil. Decreto n. 5156, de 8 de março de 1904. Dá novo regulamento aos serviços sanitários a cargo da União. **Sicon**, Brasília, DF, 31 dez. 1904. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>.

Brasil. Decreto n. 1270 de 16 de novembro de 1904. Decreta o estado de sítio, até 30 dias, no território do Distrito Federal e na comarca de Niterói, no estado do Rio de Janeiro, e autoriza o Poder Executivo a suspendê-lo dentro do prazo marcado, desde que não necessite mais da medida excepcional. **Sicon**, Brasília, DF, 31 dez. 1904. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>.

Brasil. Decreto n. 1297 de 14 de dezembro de 1904. Prorroga o estado de sítio, por trinta dias, no território do Distrito Federal e na comarca de Niterói, no estado do Rio de Janeiro. **Sicon**, Brasília, DF, 31 dez. 1904. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>.

Brasil. Decreto n. 5432 de 14 de janeiro de 1905. Prorroga por estado de sítio no território do Distrito Federal ou na comarca de Niterói, no estado do Rio de Janeiro, até o dia 16 de fevereiro próximo vindouro. **Sicon**, Brasília, DF, 31 dez. 1905. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>.

Brasil. Decreto n. 5461 de 15 de fevereiro de 1905. Justiça e negócios interiores. Prorroga até 18 de março próximo vindouro o estado de sítio declarado pelos decretos ns. 1270 e 1297, de 16 de novembro do ano passado, e 5432, de 14 do mez findo. Câmara, Brasília, DF. Publicado no DOU de 16 mar. 1905. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/legislacao/publicacoes/republica/colecao2.html>>.

Brasil. Decreto n. 5479, de 14 de março de 1905. Suspende definitivamente o estado de sítio no Distrito Federal e na comarca de Niterói, do estado do Rio de Janeiro. **Sicon**, Brasília, DF, 31 dez. 1905. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>.

Brasil. Decreto n. 3987, de 1º de fevereiro de 1920. Reorganiza os serviços da saúde pública. **Sicon**, Brasília, DF, 31 dez. 1920. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>.

## JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança n. 22.164, São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello. **RTJ**, Brasília, DF, v. 164, p. 158-161, abr. 1998. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/164\\_1.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/164_1.pdf)>.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 271.286 (AgRg), Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Celso de Mello. **RTJ**, Brasília, DF, v. 175, p. 1212-1213, mar. 2001. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/175\\_3.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/175_3.pdf)>.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de liminar 228-7. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Requerente(s): União. Advogados(as): Advogado-geral da União. Requeridos(as): Relator do agravo de instrumento n. 2007.05.00.077007-0 do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Intimados(as): Ministério Público Federal, Ministério Público do Estado do Ceará, Estado do Ceará. Advogados(as): Procuradoria-geral do Estado do Ceará. Intimados(as): Município de Sobral. **DJe**, Brasília, DF, 21 out. 2008. Disponível em: <[https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE\\_20081020\\_199.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20081020_199.pdf)>.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 271.286-8 (AgRg), Rio Grande do Sul. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento 12 de setembro de 2000, 2ª turma. **STF**, Brasília, DF, 24 nov. 2000. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhes.asp](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhes.asp)>.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada n. 91, Alagoas. Relatora Ministra Ellen Gracie. Requerente(s): Estado de Alagoas. Advogado(a/s): Procuradora-geral do Estado de Alagoas Germana Galvão Cavalcanti Laureano. Requerido(a/s): Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Agravo regimental em pedido de suspensão de efetivação de antecipação de tutela n. 2006.002444-8. Intimado(a/s): Ministério Público do Estado de Alagoas. **STF**, Brasília, DF, 5 mar. 2007. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhes.asp](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhes.asp)>.

OUTRAS FONTES

<<http://www.opas.org.br>>

<<http://www.who.int/en>>

<<http://brasil.bvs.br/php/index.php>>

**NOVOS PARADIGMAS PARA COMPREENSÃO DO VIGENTE DIREITO PROCESSUAL CIVIL\***

*Jorge Eustácio da Silva Frias*

*Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal*

*Professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie*

*Membro da "Associação Juizes para a Democracia"*

*Desembargador aposentado do TJMS*

**Resumo:** O presente estudo procura identificar os valores que o sistema jurídico nacional quer hoje resguardar, os quais influem na compreensão da norma jurídica, inclusive da lei processual. Trata ele, enfim, de algumas regras do processo que se mantêm inalteradas e que, não obstante, diante dos valores que a sociedade atualmente quer preservar, devem ter compreensão diferente da que tiveram no passado.

**Resumé:** Ce étude-ci essaye d'identifier les valeurs qui le système juridique brésilien veut garantir aujourd'hui, les quels influent dans la compréhension de la règle juridique, et, sûrement, de la loi du procès. Il s'occupe, enfim, de quelques règles du procès qui se maintiennent inaltérées et qui, néanmoins, doivent être interprétées de manière diferente qu'elles ont expérimenté au passé.

**Abstract:** This paper tries to identify which values the Brazilian juridical system intends to protect, since they influence the understanding of the law, including procedural norms. It deals with some process rules that remain unaltered, but nevertheless must be comprehended differently from what they had been in the past, considering the values that people are willing to preserve nowadays.

**Português - Palavras-chave:** Norma jurídica. Lei processual. Valores. Interpretação. Compreensão da norma jurídica.

**Français - Mots-clés:** Règle juridique. Loi du procès. Valeurs. Interprétation. Compréhension de la règle juridique.

**English - Keywords:** Juridical rules. Procedural law. Values. Interpretation. Understanding of the juridical rules.

**Sumário:** 1. INTRODUÇÃO. 2. ELEMENTOS INFLUENTES DA INTERPRETAÇÃO: 2.1. Componentes para interpretação da norma jurídica. 2.2. Os valores por trás da regra. 2.3. Estrutura político-social brasileira ao longo do tempo: 2.3.1. Brasil-Colônia. 2.3.2 Proclamação da Independência e República. 2.4. Valores dos últimos tempos: 2.4.1. O CPC de 1973. 2.4.2. A Constituição de 1988 e algumas reformas processuais. 3. REVISITAÇÃO DE ALGUMAS DISPOSIÇÕES LEGAIS: 3.1. Eficácia plena do texto constitucional. 3.2. A influência da Constituição no âmbito processual. 3.3. Normas revisitadas em espécie: 3.3.1. O princípio da instrumentalidade (art. 244, CPC). 3.3.2. Os arts. 125, I, e 130, CC. 3.3.3. O art. 77 e o art. 264, CPC. 3.3.4. O art. 70, II e III, CPC. 3.3.5. O art. 315, CPC. 3.3.6. A multa do art. 475-J, CPC. 4. CONCLUSÃO. 5. REFERÊNCIAS.

\* Artigo publicado na *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 18, n. 72, p. 191-257, jul.-set. 2010.

## 1 INTRODUÇÃO

A forma de compreender o direito mudou sensivelmente nos últimos tempos. Se antes, por influência da Revolução Francesa, a preocupação do intérprete era descobrir o verdadeiro significado da lei, pois a esta se resumia o direito, de há algum tempo o direito passou a adquirir um significado muito mais amplo<sup>1</sup>. A partir, sobretudo do Neoconstitucionalismo, a lei está subordinada a princípios, especialmente de ordem constitucional<sup>2</sup>, que ela não pode contrariar, de modo que a regra deve ser compreendida a partir de tais princípios.

Compreender a lei a partir de princípios, entretanto, não constitui empreita de fácil realização: supõe, desde logo, apreender o alcance do princípio, que não tem conteúdo definitivamente determinado, o qual se altera ao longo do tempo; supõe, ademais, projetar o princípio sobre preceitos, que precisam ser compreendidos à luz daquele conteúdo previamente estabelecido.

Por outro lado, antes havia maior homogeneidade na composição das casas legislativas, o que resultava na produção de leis com maior coerência e, assim, os textos tinham significado de mais fácil compreensão. Hoje, a composição dos órgãos encarregados da produção legislativa é muito heterogênea, e, na elaboração das normas jurídicas, ocorrem inúmeras composições<sup>3</sup>, o que muita vez gera a produção de regra ambígua e de difícil inteligência. Sua aplicação dependerá, assim, da sistematização dos preceitos colidentes, quando a apreensão dos princípios e valores que se encontram por trás da norma jurídica poderá ser decisivo para a solução do caso.

De outra parte, as normas, a seu turno, são concebidas para a proteção dos valores de uma dada sociedade, e estes, por sua vez, variam no tempo, justificando que antigas regras, inalteradas na forma, experimentem os influxos dessas mutações, o que resulta em que tenham elas nova compreensão.

Essa alteração de valores parece muito perceptível ultimamente na sociedade brasileira, o que tem provocado alteração legislativa substancial em matéria de normas de processo. O Código de Processo Civil de 1973 tem sofrido sensíveis alterações, sobretudo nos últimos tempos<sup>4</sup>, tornando, conforme alertou Dinamarco, incógnitos os seus rumos, pois, como ele anota, *chi lascia la strada vecchia per la nuova sa quel che lascia ma no sa quel che trova*<sup>5</sup>. Cabe, assim, ao intérprete da lei e, mais especificamente, a seu aplicador, a missão de definir esses novos rumos, o que, entretanto, não pode fazer aleatoriamente, mas preso a métodos, amparado por critérios, sustentado pelos valores que têm orientado a alteração, valores esses que, em inúmeras ocasiões, não se acham expressos e por isso devem ser descobertos dentro do sistema.

Entrementes, normas inalteradas devem ser interpretadas tendo em conta valores abraçados pela sociedade de hoje; o que justifica a revisitação de textos antigos, para adequá-los aos novos tempos.

O presente ensaio pretende identificar os valores que se acham presentes na sociedade brasileira de hoje, os quais devem orientar a compreensão das normas processuais vigentes. Para chegar a eles, examinam-se os diversos componentes que influenciam a interpretação (item I), inclusive a estrutura político-social do país ao longo do tempo até se chegar aos dias de hoje. Após, passam-se em revista algumas disposições legais diante desses valores (II), para se chegar à conclusão que encerra este trabalho.

1 Teresa Alvim Wambier, reportando-se a Winfried Hassemer, teve ocasião de anotar que “[...] hoje se compreende o princípio da legalidade não mais como sendo um excessivo apego à letra da lei. Entende-se, atualmente, que a lei vincula, do modo como é vista através dos olhos da doutrina e da jurisprudência predominante. Isto quer dizer que a lei não precisa ser sempre compreendida e obedecida, em seu sentido literal” (Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. **RePro**, São Paulo, v. 34, n. 172, p. 121-73. jun. 2009. p. 137).

2 Não é por acaso que o Projeto do Código Civil (PL 166, de 2010), cujo Livro I intitula-se “Parte Geral”, começa tratando dos “princípios e das garantias fundamentais do processo civil” (Capítulo I do referido Livro I), que não são senão regras fundamentais, muitas das quais com assento na Constituição Federal.

3 MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 42.

4 Em 14 de outubro de 2009, perante o Senado Federal, instalou-se Comissão, a ser presidida pelo Min. Luiz Fux do STJ, encarregada de elaborar anteprojeto de um novo Código de Processo Civil. Integram a aludida Comissão: Teresa Wambier (relatora), Adroaldo Fabrício, Benedito Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpidio Nunes, Humberto Teodoro Júnior, Jansen Almeida, José Miguel Medina, José Roberto Bedaque, Marcus Vinicius Coelho e Paulo Cezar Carneiro.

5 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 19.

## 2 ELEMENTOS INFLUENTES DA INTERPRETAÇÃO

Vários elementos interferem na interpretação da norma jurídica, que é produto, em certo tempo, de aspirações de uma sociedade, formada então de características peculiares. A norma visa a regular determinada relação jurídica em vista de certas necessidades do momento. O momento histórico, portanto, é componente que influi na elaboração legislativa e que deve estar presente quando da compreensão do preceito legal<sup>6</sup>. Os valores que a sociedade abraça em dado contexto é outro fator que interfere na interpretação da regra, pois não se pode compreendê-la de modo a anular esses bens que o organismo social quer preservar. Enfim, diversos dados influem na compreensão das regras jurídicas, cabendo examinar o que parece mais significativo para se chegar ao que hoje tem relevo para compreensão das normas processuais civis.

### 2.1 Componentes para interpretação da norma jurídica

Como se disse, vários elementos interferem na interpretação em geral e da norma jurídica em particular. Para se concluir pela clareza de certo texto, terá o intérprete feito antes a sua interpretação. O significado vocabular é o elemento de partida de qualquer interpretação. Entretanto, por mais claro que possa ser o texto, a interpretação não para aí. Compreendido o sentido das palavras, é preciso avaliar o significado delas dentro de um contexto. Se nesse ambiente surgir a possibilidade de diferentes interpretações (como normalmente acontece<sup>7</sup>), o intérprete deverá descobrir o escopo da norma e a intenção reguladora do legislador, que devem estar em consonância com os princípios e valores constitucionais, bens estes que podem variar no tempo, como no espaço. A propósito escreve Karl Larenz:

[...] Uma vez que o sentido literal delimita a interpretação *possível* de uma disposição, é recomendável começar por ele; com isso, é-se logo conduzido ao contexto significativo, em que esta disposição surge na relação com outras. Este deve, por sua vez, ser visto tomando como pano de fundo o escopo da regulação. O peso em cada caso dos diferentes critérios depende, não em último lugar, do modo como se apresentam no caso concreto. Frequentemente podem apoiar-se reciprocamente. (...) Podem surgir resultados contraditórios, sobretudo quando, devido ao decurso do tempo, a uma mudança da situação normativa ou dos princípios jurídicos outrora determinantes, deixa de aparecer como plausível a interpretação originária, orientada ao fim do legislador histórico ou às ideias normativas dos autores da lei. Sobre a mudança da situação normativa haveremos de dizer algo ainda. No caso de mudança dos princípios de valoração determinantes, vale o que foi já dito sobre o evitar de contradições de valoração. Se a interpretação mais antiga está em contradição com um princípio constitucional, há-de verificar-se se é possível uma interpretação conforme à Constituição; se o for, há-de preferir-se esta; se não, há-de denegar-se validade à norma, como contrária à Constituição [...].<sup>8</sup>

A interpretação, por outro lado, depende, em alguma medida, da sensibilidade pessoal de quem examina a norma jurídica, o que justifica a diversidade interpretativa anotada por Mauro Cappelletti, quando escreveu o seguinte:

6 A respeito, MARINONI escreveu como Introdução de seu livro **Novas Linhas do Processo Civil**:

*“Para a teoria do processo é fundamental o desenvolvimento da ideia de Estado e, é óbvio, a noção de historicismo. As teorias acerca da jurisdição não podem ser compreendidas à distância do ‘espírito das épocas’, ou das ideias de Estado que as inspiram. O tratamento sério da teoria do processo não prescinde da reflexão sobre o Estado, a cultura e a realidade social de cada época. (...) Inesquecível, realmente, a significação da visão constitucional da teoria do processo, já que as normas constitucionais constituem um ancoradouro muito generoso para as interpretações teóricas tendentes à revelação dos valores democráticos.”* (Ob.cit., p. 13).

7 A propósito, Kelsen escreveu:

*“A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação ‘correta’. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente.”* (In: **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 396).

Eros Grau, a seu turno, anota:

*“As normas, portanto, resultam da interpretação. E o ordenamento, no seu valor histórico-concreto, é um conjunto de interpretações, isto é, conjunto de normas. O conjunto das disposições (textos, enunciados) é apenas ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais. O significado (isto é, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa. Vale dizer: o significado da norma é produzido pelo intérprete.”* (In: **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 85).

8 LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 488-9.

Especialmente no fim do século passado e no curso do nosso, vem se formando no mundo ocidental enorme literatura, em muitíssimas línguas, sobre o conceito de interpretação. O intento ou o resultado principal desta amplíssima discussão foi o de demonstrar que, com ou sem consciência do intérprete, certo grau de discricionariedade, e pois de criatividade, mostra-se inerente a toda interpretação, não só à interpretação do direito, mas também no concernente a todos os outros produtos da civilização humana, como a literatura, a música, as artes visuais, a filosofia etc (...) Em realidade, interpretar significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistas a compreendê-los e – no caso do juiz, não menos que no do musicista, por exemplo – reproduzi-los, ‘aplicá-los’ e realizá-los em novo e diverso contexto, de tempo e lugar. É óbvio que toda reprodução e execução varia profundamente, entre outras influências, segundo a capacidade do intelecto e estado de alma do intérprete. Quem pretenderia comparar a execução musical de Arthur Rubinstein com a do nosso ruidoso vizinho? E, na verdade, quem poderia confundir as interpretações geniais de Rubinstein com as também geniais, mas bem diversas, de Cortot, Gieseking ou Horowitz? Por mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel ao seu ‘texto’, ele será sempre, por assim dizer, *forçado a ser livre* – porque não há texto musical ou poético, nem tampouco legislativo, que não deixe espaço para variações e *nuances*, para a criatividade interpretativa. Basta considerar que as palavras, como as notas na música, outra coisa não representam senão símbolos convencionais, cujo significado encontra-se inevitavelmente sujeito a mudanças e aberto a questões e incertezas.<sup>9</sup>

Por isso que o julgador precisa fundamentar suas decisões, inclusive no ponto em que mostra a compreensão que tem da norma aplicada ao caso, com que se permite ao que se sente prejudicado impugnar a solução oferecida, quando lhe será dado mostrar o eventual desacerto da interpretação, que não é voluntarista, mas se sustenta em elementos palpáveis abraçados pelo sistema jurídico.

Daí a importância das regras sobre interpretação, que, como se disse, parte do texto legal. Para a compreensão da lei, a linguagem é o elemento mais importante, o elemento inicial. Pelas palavras se toma o primeiro contato com a norma jurídica e, assim, dispõe o intérprete de elemento para apreender o significado dela. Entrementes, o significado que as palavras revelam, a ser tomado sistematicamente, torna-se mais claro à medida que se descobre o *valor* que a norma quer proteger. Por exemplo: como ainda será examinado adiante (item 3.3.1), o art. 125, inciso II, do Código de Processo Civil em vigor estabelece que o juiz deve assegurar às partes igualdade de tratamento. Sem a compreensão do conteúdo do princípio da igualdade, não será possível ao intérprete determinar a real dimensão do dispositivo.

## 2.2 Os valores por trás da regra

Identificar os valores, ou, ao menos, os valores mais salientes relacionados com situação a ser examinada é de suma importância para se compreender o significado e alcance de uma norma jurídica.

Entrementes, os valores de uma dada sociedade variam no tempo, assim como o conteúdo de certos valores ou de certos conceitos podem se modificar ao longo de certo período. Por exemplo, o que se entende hoje por *bons costumes* não tem o mesmo significado que tinham as pessoas no passado sobre o ponto. O conteúdo do princípio do acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF<sup>10</sup>), inicialmente compreendido como direito público subjetivo de invocar a jurisdição para se obter tutela de direito<sup>11</sup>, evoluiu para algo muito mais amplo, significando hoje o direito de acesso à ordem jurídica justa<sup>12</sup>. O princípio da prestação

9 CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio A. Fábris Editor, 1993. p. 21-2.

10 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

11 Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 432.

12 Dinamarco escreve que “O acesso à Justiça é, mais do que ingresso no processo e aos meios que ele oferece, modo de buscar eficientemente, na medida da razão de cada um, situações e bens da vida que por outro caminho não se poderiam obter.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 293).

jurisdicional tempestiva (art. 5º, LXXVIII, CF<sup>13</sup>) até há bem pouco tempo não se achava expresso na Constituição Federal<sup>14</sup>, não obstante muitos o considerassem implícito no art. 5º, XXXV, que trata do acesso à justiça, sendo aquele acréscimo fruto de novas expectativas da sociedade. Os valores de uma dada sociedade, como se vê, sofrem modificações ao longo do tempo.

Quando nova ordem constitucional se instaura<sup>15</sup>, surge o problema de verificar se certa lei até então tida como válida é ou não recepcionada pela nova Constituição (ou por nova emenda constitucional). Cabe, então, ao intérprete examinar se a regra antiga está ou não em conformidade com o novo texto constitucional (o que nem sempre é tarefa fácil), para verificar se a lei, diante desse texto, continua válida ou se ela se acha revogada.

Entretanto, muitas vezes, embora sem que o texto constitucional se altere na forma, ao longo do tempo modifica-se a compreensão de seu conteúdo, e o problema de compatibilidade das regras antigas surge da mesma maneira. Isto explica por que, diante da nova compreensão acerca de antigo texto constitucional, surge a necessidade de se declarar a inconstitucionalidade de norma até então considerada como válida em face da Constituição vigente. Inúmeros são os casos em que certa norma é considerada recepcionada e, a partir de certo momento, passa-se a entender que ela contraria o texto constitucional. O Supremo Tribunal Federal, depois de inúmeras vezes ter afirmado constitucional a prisão do depositário infiel<sup>16</sup>, não há muito, tendo nova compreensão do Pacto de São José da Costa Rica, a partir do julgamento iniciado com o HC 87585 da relatoria do Min. Marco Aurélio, passou a reconhecer inválida a norma que admite essa prisão<sup>17-18</sup>. A Lei de Imprensa (Lei n. 5.250, de 9/fevereiro/1967),

13 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

[...]

14 O inciso LXXVIII foi acrescentado ao artigo 5º da Constituição Federal pela Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, conhecida como *Reforma do Judiciário*.

15 Entre nós isto não tem sido tão incomum: desde a proclamação da independência tivemos oito Constituições (a de 1824, a de 1891, a de 1934, a de 1937, a de 1946, a de 1967, a de 1969 e a de 1988); e a vigente CF, que em 2008 completou seus 20 anos, até dezembro/2009 já havia sido emendada 62 vezes.

16 RE 344585/RS - RIO GRANDE DO SUL

**Ementa:** - Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil. - Esta Corte, por seu Plenário (HC 72.131), firmou o entendimento de que, em face da Carta Magna de 1988, persiste a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel em se tratando de alienação fiduciária em garantia, bem como de que o Pacto de São José da Costa Rica, além de não poder contrapor-se à permissão do artigo 5º, LXVII, da mesma Constituição, não derogou, por ser norma infraconstitucional geral, as normas infraconstitucionais especiais sobre prisão civil do depositário infiel. - Esse entendimento voltou a ser reafirmado, também por decisão do Plenário, quando do julgamento do RE 206.482. - Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário conhecido e provido.

STF, RE n. 344585, Primeira Turma, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 25.6.2002, DJ 13.9.2002 PP-00085, EMENT VOL-02082-04 PP-00690. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>

17 **Ementa:** *Habeas Corpus*. 1. No caso concreto foi ajuizada ação de execução sob o n. 612/2000 perante a 3ª Vara Cível de Santa Bárbara D'Oeste/SP em face do paciente. A credora requereu a entrega total dos bens sob pena de prisão. 2. A defesa alega a existência de constrangimento ilegal em face da iminência de expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente. Ademais, a inicial sustenta a ilegitimidade constitucional da prisão civil por dívida. 3. Reiterados alguns dos argumentos expendidos em meu voto, proferido em sessão do Plenário de 22.11.2006, no RE n. 466.343/SP: a legitimidade da prisão civil do depositário infiel, ressalvada a hipótese excepcional do devedor de alimentos, está em plena discussão no Plenário deste Supremo Tribunal Federal. No julgamento do RE n. 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, que se iniciou na sessão de 22.11.2006, esta Corte, por maioria que já conta com sete votos, acenou para a possibilidade do reconhecimento da inconstitucionalidade da prisão civil do alienante fiduciário e do depositário infiel. 4. Superação da Súmula n. 691/STF em face da configuração de patente constrangimento ilegal, com deferimento do pedido de medida liminar, em ordem a assegurar, ao paciente, o direito de permanecer em liberdade até a apreciação do mérito do HC n. 68.584/SP pelo Superior Tribunal de Justiça. 5. Considerada a plausibilidade da orientação que está a se firmar perante o Plenário deste STF - a qual já conta com 7 votos - ordem deferida para que sejam mantidos os efeitos da medida liminar.

STF, HC 90172/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 5.6.2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>

18 **Ementa:** *HABEAS CORPUS*. SALVO-CONDUTO. PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO JUDICIAL. DÍVIDA DE CARÁTER NÃO ALIMENTAR. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou a orientação de que só é possível a prisão civil do “responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia” (inciso LXVII do art. 5º da CF/88). Precedentes: HCs 87.585 e 92.566, da relatoria do ministro Marco Aurélio. 2. A norma que se extrai do inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal é de eficácia restritiva. Pelo que as duas exceções nela contidas podem ser apontadas por lei, quebrantando, assim, a força protetora da proibição, como regra geral, da prisão civil por dívida. 3. O Pacto de San José da Costa Rica (ratificado pelo Brasil - Decreto 678 de 6 de novembro de 1992), para valer como norma jurídica interna do Brasil, há de ter como fundamento de validade o § 2º do artigo 5º da Magna Carta. A se contrapor, então, a qualquer norma ordinária originariamente brasileira que preveja a prisão civil por dívida. Noutros termos: o Pacto de San José da Costa Rica, passando a ter como fundamento de validade o § 2º do art. 5º da CF/88, prevalece como norma supralegal em nossa ordem jurídica interna e, assim, proíbe a prisão civil por dívida. Não é norma constitucional -- à falta do rito exigido pelo § 3º do art. 5º --, mas a sua

aplicada sem questionamento quanto à sua validade ao longo de vários anos, mesmo após a vigência da Constituição de 1988, em julgamento findo em 30 abril do ano de 2009, foi pelo Supremo Tribunal Federal considerada não recepcionada<sup>19</sup>. Inúmeras vezes a compreensão do texto legal sofre modificação,

hierarquia intermediária de norma supralegal autoriza afastar regra ordinária brasileira que possibilite a prisão civil por dívida. 4. No caso, o paciente corre o risco de ver contra si expedido mandado prisional por se encontrar na situação de infiel depositário judicial. 5. Ordem concedida.

STF, HC 94013/, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, julgado em 10.2.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=pris%30%20civil%20deposit%20E1rio%2087.585&base=baseAcordaos>>

19 Eis os dados do julgamento perante o STF:

ADPF 130 / DF - DISTRITO FEDERAL

**EMENTA:** ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. REGIME CONSTITUCIONAL DA “LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA”, EXPRESSÃO SINÔNIMA DE LIBERDADE DE IMPRENSA. A “PLENA” LIBERDADE DE IMPRENSA COMO CATEGORIA JURÍDICA PROIBITIVA DE QUALQUER TIPO DE CENSURA PRÉVIA. A PLENITUDE DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO OU SOBRETUTELA DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. LIBERDADES QUE DÃO CONTEÚDO ÀS RELAÇÕES DE IMPRENSA E QUE SE PÔEM COMO SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE E MAIS DIRETA EMANAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLONGADOR DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. TRANSPASSE DA FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO PROLONGADOR. PONDERAÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL ENTRE BLOCOS DE BENS DE PERSONALIDADE: O BLOCO DOS DIREITOS QUE DÃO CONTEÚDO À LIBERDADE DE IMPRENSA E O BLOCO DOS DIREITOS À IMAGEM, HONRA, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. PRECEDÊNCIA DO PRIMEIRO BLOCO. INCIDÊNCIA *A POSTERIORI* DO SEGUNDO BLOCO DE DIREITOS, PARA O EFEITO DE ASSEGURAR O DIREITO DE RESPOSTA E ASSENTAR RESPONSABILIDADES PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA, ENTRE OUTRAS CONSEQUÊNCIAS DO PLENO GOZO DA LIBERDADE DE IMPRENSA. PECULIAR FÓRMULA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO A INTERESSES PRIVADOS QUE, MESMO INCIDINDO *A POSTERIORI*, ATUA SOBRE AS CAUSAS PARA INIBIR ABUSOS POR PARTE DA IMPRENSA. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS A TERCEIROS. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. PROIBIÇÃO DE MONOPOLIZAR OU OLIGOPOLIZAR ÓRGÃOS DE IMPRENSA COMO NOVO E AUTÔNOMO FATOR DE INIBIÇÃO DE ABUSOS. NÚCLEO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E MATÉRIAS APENAS PERIFERICAMENTE DE IMPRENSA. AUTORREGULAÇÃO E REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE DE IMPRENSA. NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI N. 5.250/1967 PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. A ADPF, fórmula processual subsidiária do controle concentrado de constitucionalidade, é via adequada à impugnação de norma pré-constitucional. Situação de concreta ambiência jurisdicional timbrada por decisões conflitantes. Atendimento das condições da ação. 2. REGIME CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO EM SENTIDO GENÉRICO, DE MODO A ABRACAR OS DIREITOS À PRODUÇÃO INTELLECTUAL, ARTÍSTICA, CIENTÍFICA E COMUNICACIONAL. A Constituição reservou à imprensa todo um bloco normativo, com o apropriado nome “Da Comunicação Social” (capítulo V do título VIII). A imprensa como plexo ou conjunto de “atividades” ganha a dimensão de instituição-ideia, de modo a poder influenciar cada pessoa de per se e até mesmo formar o que se convencionou chamar de opinião pública. Pelo que ela, Constituição, destinou à imprensa o direito de controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade. A imprensa como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação de contingência. Entendendo-se por pensamento crítico o que, plenamente comprometido com a verdade ou essência das coisas, se dota de potencial emancipatório de mentes e espíritos. O corpo normativo da Constituição brasileira sinonimiza liberdade de informação jornalística e liberdade de imprensa, rechaçando de qualquer censura prévia a um direito que é signo e penhor da mais encairecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização. 3. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLONGADOR DE SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE QUE SÃO A MAIS DIRETA EMANAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: A LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO E O DIREITO À INFORMAÇÃO E À EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. TRANSPASSE DA NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO CONSTITUCIONAL SOBRE A COMUNICAÇÃO SOCIAL. O art. 220 da Constituição radicaliza e alarga o regime de plena liberdade de atuação da imprensa, porquanto fala: a) que os mencionados direitos de personalidade (liberdade de pensamento, criação, expressão e informação) estão a salvo de qualquer restrição em seu exercício, seja qual for o suporte físico ou tecnológico de sua veiculação; b) que tal exercício não se sujeita a outras disposições que não sejam as figurantes dela própria, Constituição. A liberdade de informação jornalística é versada pela Constituição Federal como expressão sinônima de liberdade de imprensa. Os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos. Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua exclusão, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras. A expressão constitucional “observado o disposto nesta Constituição” (parte final do art. 220) traduz a incidência dos dispositivos tutelares de outros bens de personalidade, é certo, mas como consequência ou responsabilização pelo desfrute da “plena liberdade de informação jornalística” (§ 1º do mesmo art. 220 da Constituição Federal). Não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, inclusive a procedente do Poder Judiciário, pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica. Silenciando a Constituição quanto ao regime da internet (rede mundial de computadores), não há como se lhe recusar a qualificação de território virtual livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação. 4. MECANISMO CONSTITUCIONAL DE CALIBRAÇÃO DE PRINCÍPIOS. O art. 220 é de instantânea observância quanto ao desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pelos órgãos de comunicação social. Isto sem prejuízo da aplicabilidade dos seguintes incisos do art. 5º da mesma Constituição Federal: vedação do anonimato (parte final do inciso IV); do direito de resposta (inciso V); direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (inciso X); livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII); direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV). Lógica diretamente constitucional de calibração temporal ou cronológica na empírica incidência desses dois blocos de dispositivos constitucionais (o art. 220 e os mencionados incisos do art. 5º). Noutros termos, primeiramente, assegura-se o gozo dos sobredireitos de personalidade em que se traduz a “livre” e “plena” manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana. Determinação constitucional de momentânea paralisação à inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, porquanto a cabeça do art. 220 da Constituição veda qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento (vedado o anonimato), bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, seja qual for a forma, o processo, ou o veículo de comunicação social. Com o que a Lei Fundamental do Brasil veicula o mais democrático e civilizado regime da livre e plena circulação das ideias e opiniões, assim como das notícias e informações, mas sem deixar de prescrever o direito de resposta e todo um regime de responsabilidades civis, penais e administrativas. Direito de resposta e responsabilidades que, mesmo atuando *a posteriori*, infletem sobre as causas para inibir abusos no desfrute da plenitude de liberdade de imprensa. 5. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. Sem embargo, a excessividade indenizatória é, em si mesma, poderoso fator de inibição da liberdade de imprensa, em violação ao princípio constitucional da proporcionalidade. A relação de proporcionalidade entre o dano moral ou material sofrido por

alguém e a indenização que lhe caiba receber (quanto maior o dano maior a indenização) opera é no âmbito interno da potencialidade da ofensa e da concreta situação do ofendido. Nada tendo a ver com essa equação a circunstância em si da veiculação do agravo por órgão de imprensa, porque, senão, a liberdade de informação jornalística deixaria de ser um elemento de expansão e de robustez da liberdade de pensamento e de expressão *lato sensu* para se tornar um fator de contração e de esqualidez dessa liberdade. Em se tratando de agente público, ainda que injustamente ofendido em sua honra e imagem, subjaz à indenização uma imperiosa cláusula de modicidade. Isto porque todo agente público está sob permanente vigília da cidadania. E quando o agente estatal não prima por todas as aparências de legalidade e legitimidade no seu atuar oficial, atrai contra si mais fortes suspeitas de um comportamento antijurídico francamente sindicável pelos cidadãos. 6. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. A plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo. Pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes do papel, a Imprensa passa a manter com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação. Assim visualizada como verdadeira irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados. O § 5º do art. 220 apresenta-se como norma constitucional de concretização de um pluralismo finalmente compreendido como fundamento das sociedades autenticamente democráticas; isto é, o pluralismo como a virtude democrática da respeitosa convivência dos contrários. A imprensa livre é, ela mesma, plural, devido a que são constitucionalmente proibidas a oligopolização e a monopolização do setor (§ 5º do art. 220 da CF). A proibição do monopólio e do oligopólio como novo e autônomo fator de contenção de abusos do chamado “poder social da imprensa”. 7. RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. O pensamento crítico é parte integrante da informação plena e fidedigna. O possível conteúdo socialmente útil da obra compensa eventuais excessos de estilo e da própria verve do autor. O exercício concreto da liberdade de imprensa assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero ou contundente, especialmente contra as autoridades e os agentes do Estado. A crítica jornalística, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura, mesmo que legislativa ou judicialmente tentada. O próprio das atividades de imprensa é operar como formadora de opinião pública, espaço natural do pensamento crítico e “real alternativa à versão oficial dos fatos” (Deputado Federal Miro Teixeira). 8. NÚCLEO DURO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E A INTERDIÇÃO PARCIAL DE LEGISLAR. A uma atividade que já era “livre” (incisos IV e IX do art. 5º), a Constituição Federal acrescentou o qualificativo de “plena” (§ 1º do art. 220). Liberdade plena que, repelente de qualquer censura prévia, diz respeito à essência mesma do jornalismo (o chamado “núcleo duro” da atividade). Assim entendidas as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento, da informação e da criação *lato sensu*, sem o que não se tem o desembaraçado trânsito das ideias e opiniões, tanto quanto da informação e da criação. Interdição à lei quanto às matérias nuclearmente de imprensa, retratadas no tempo de início e de duração do concreto exercício da liberdade, assim como de sua extensão ou tamanho do seu conteúdo. Tirante, unicamente, as restrições que a Lei Fundamental de 1988 prevê para o “estado de sítio” (art. 139), o Poder Público somente pode dispor sobre matérias laterais ou reflexivas de imprensa, respeitadas sempre a ideia-força de que quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja. Logo, não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. As matérias reflexivamente de imprensa, suscetíveis, portanto, de conformação legislativa, são as indicadas pela própria Constituição, tais como: direitos de resposta e de indenização, proporcionais ao agravo; proteção do sigilo da fonte (“quando necessário ao exercício profissional”); responsabilidade penal por calúnia, injúria e difamação; diversões e espetáculos públicos; estabelecimento dos “meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente” (inciso II do § 3º do art. 220 da CF); independência e proteção remuneratória dos profissionais de imprensa como elementos de sua própria qualificação técnica (inciso XIII do art. 5º); participação do capital estrangeiro nas empresas de comunicação social (§ 4º do art. 222 da CF); composição e funcionamento do Conselho de Comunicação Social (art. 224 da Constituição). Regulações estatais que, sobretudo incidindo no plano das consequências ou responsabilizações, repercutem sobre as causas de ofensas pessoais para inibir o cometimento dos abusos de imprensa. Peculiar fórmula constitucional de proteção de interesses privados em face de eventuais descomedimentos da imprensa (justa preocupação do Ministro Gilmar Mendes), mas sem prejuízo da ordem de precedência a esta conferida, segundo a lógica elementar de que não é pelo temor do abuso que se vai coibir o uso. Ou, nas palavras do Ministro Celso de Mello, “a censura governamental, emanada de qualquer um dos três Poderes, é a expressão odiosa da face autoritária do poder público”. 9. AUTORREGULAÇÃO E REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE DE IMPRENSA. É da lógica encampada pela nossa Constituição de 1988 a autorregulação da imprensa como mecanismo de permanente ajuste de limites da sua liberdade ao sentir-pensar da sociedade civil. Os padrões de seletividade do próprio corpo social operam como antídoto que o tempo não cessa de aprimorar contra os abusos e desvios jornalísticos. Do dever de irrestrito acesso à completude e fidedignidade das informações comunicadas ao público decorre a permanente conciliação entre liberdade e responsabilidade da imprensa. Repita-se: não é jamais pelo temor do abuso que se vai proibir o uso de uma liberdade de informação a que o próprio Texto Magno do País após o rótulo de “plena” (§ 1º do art. 220). 10. NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI 5.250 PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. 10.1. Óbice lógico à confecção de uma lei de imprensa que se orme de compleição estatutária ou orgânica. A própria Constituição, quando o quis, convocou o legislador de segundo escalão para o aporte regratório da parte restante de seus dispositivos (art. 29, art. 93 e § 5º do art. 128). São irregulamentáveis os bens de personalidade que se põem como o próprio conteúdo ou substrato da liberdade de informação jornalística, por se tratar de bens jurídicos que têm na própria interdição da prévia interferência do Estado o seu modo natural, cabal e ininterrupto de incidir. Vontade normativa que, em tema elementarmente de imprensa, surge e se exaure no próprio texto da Lei Suprema. 10.2. Incompatibilidade material insuperável entre a Lei n. 5.250/67 e a Constituição de 1988. Impossibilidade de conciliação que, sobre ser do tipo material ou de substância (vertical), contamina toda a Lei de Imprensa: a) quanto ao seu entrelace de comandos, a serviço da prestidigitadora lógica de que para cada regra geral afirmativa da liberdade é aberto um leque de exceções que praticamente tudo desfaz; b) quanto ao seu inescindível efeito prático de ir além de um simples projeto de governo para alcançar a realização de um projeto de poder, este a se eternizar no tempo e a sufocar todo pensamento crítico no País. 10.3 São de todo imprestáveis as tentativas de conciliação hermenêutica da Lei 5.250/67 com a Constituição, seja mediante expurgo puro e simples de destacados dispositivos da lei, seja mediante o emprego dessa refinada técnica de controle de constitucionalidade que atende pelo nome de “interpretação conforme a Constituição”. A técnica da interpretação conforme não pode artificializar ou forçar a descontaminação da parte restante do diploma legal interpretado, pena de descabido incursionamento do intérprete em legiferação por conta própria. Inapartabilidade de conteúdo, de fins e de viés semântico (linhas e entrelinhas) do texto interpretado. Caso-limite de interpretação necessariamente conglobante ou por arrastamento teleológico, a pré-excluir do intérprete/aplicador do Direito qualquer possibilidade da declaração de inconstitucionalidade apenas de determinados dispositivos da lei sindicada, mas permanecendo incólume uma parte sobejante que já não tem significado autônomo. Não se muda, a golpes de interpretação, nem a inextrincabilidade de comandos nem as finalidades da norma interpretada. Impossibilidade de se preservar, após artificiosa hermenêutica de depuração, a coerência ou o equilíbrio interno de uma lei (a Lei federal n. 5.250/67) que foi ideologicamente concebida e normativamente apetrechada para operar em bloco ou como um todo pro indiviso. 11. EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO. Aplicam-se as normas da legislação comum, notadamente o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal às causas decorrentes das relações de imprensa. O direito de resposta, que se manifesta como ação de replicar ou de retificar matéria publicada é exercitável por parte daquele que se vê ofendido em sua honra objetiva, ou então subjetiva, conforme estampado no inciso V do art. 5º da Constituição Federal. Norma, essa, “de eficácia plena e de aplicabilidade imediata”, conforme classificação de José Afonso da Silva. “Norma de pronta aplicação”, na linguagem de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto, em obra doutrinária conjunta. 12. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Total procedência da ADPF, para o efeito de declarar como não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei federal n. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967.

**Decisão:** O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação, vencidos, em parte, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa e a Senhora Ministra Ellen Gracie, que a julgavam improcedente quanto aos artigos 1º, § 1º; artigo 2º, *caput*; artigo 14; artigo 16, inciso I e artigos 20, 21 e 22, todos da Lei n. 5.250, de 9.2.1967; o Senhor Ministro Gilmar Mendes (Presidente), que a julgava improcedente quanto aos artigos 29 a 36 da referida lei e, vencido integralmente o Senhor Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Eros Grau, com voto proferido na assentada anterior. Plenário, 30.4.2009.

Relator(a): Min. CARLOS BRITTO - Julgamento: 30.4.2009 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno - **Publicação:** DJe-208 DIVULG 5.11.2009 PUBLIC 6.11.2009 - EMENT VOL-02381-01 PP-00001

**Parte(s):** ARGTE.(S): PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA – PDT - ARGDO.(A/S):PRESIDENTE DA REPÚBLICA - ARGDO.:CONGRESSO NACIONAL. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADPF%20lei%20imprensa%20PDT&base=baseAcordaos> >

embora ele continue inalterado. É o caso do preceito que exige concurso público para acesso a cargo público (art. 37, II, CF), que vem experimentando interpretação evolutiva. Assim é que o Superior Tribunal de Justiça decidiu reiteradas vezes que o candidato de concurso público tinha mera expectativa de direito à nomeação<sup>20</sup>. Mais tarde passou a entender que, se fosse desrespeitada a ordem de classificação, o candidato preterido passaria a ter direito de ser nomeado para o cargo<sup>21</sup>. Mais recentemente, passou a decidir que, dentro do número de vagas definidas no edital, tem ele direito (não expectativa) de ser nomeado até o prazo final do concurso<sup>22-23</sup>.

Como se verifica, os valores – com o conteúdo significativo que eles assumem em dado momento – são determinantes para a compreensão da regra jurídica a ser aplicada em cada caso concreto. Esses valores são o reflexo dos anseios da sociedade, que se estrutura de diferentes maneiras. Cabe, então, examinar essa estrutura social, para compreender o significado normativo que decorre do contingente histórico.

**20 Ementa:** ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PRAZO DE VALIDADE. CANDIDATOS. APROVAÇÃO. NOMEAÇÃO. EXPECTATIVA DE DIREITO. CONSOANTE ITERATIVA JURISPRUDÊNCIA DESTA COLEÇÃO STJ, O CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO NÃO TEM DIREITO ADQUIRIDO A SER NOMEADO, GERANDO A SUA APROVAÇÃO, DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME, MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO, POR MAIORIA.

STJ, RMS 1659 / PI - 1992/0008810-4, Primeira Turma, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, julgado em 16.8.1993, DJ de 13.9.1993, p. 18542. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=concurso+mera+expectativa&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=126>>.

**21 Ementa:** RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO. NOMEAÇÃO. A APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO CONFERE AO CANDIDATO EXPECTATIVA À NOMEAÇÃO. NÃO TEM DIREITO DE EXIGI-LA. ILEGALIDADE HAVERÁ CASO A PÚBLICA ADMINISTRAÇÃO PROMOVA NOMEAÇÃO EM DESRESPEITO À ORDEM DE CLASSIFICAÇÃO.

STJ, RMS494/RS – 1990/0006353-1, Segunda Turma, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, julgado em 28.11.1990, DJ 25.2.1991, p. 1455. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=concurso+expectativa+direito&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=233>>.

**22 Ementa:** RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO À NOMEAÇÃO. DUAS RECORRENTES. CANDIDATA APROVADA ENTRE AS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL TEM DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. RECORRENTE APROVADA NAS VAGAS REMANESCENTES - MERA EXPECTATIVA DE DIREITO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A aprovação do candidato no limite do número de vagas definido no Edital do concurso gera em seu favor o direito subjetivo à nomeação para o cargo. Entretanto, se aprovado nas vagas remanescentes, além daquelas previstas para o cargo, gera-se, apenas, mera expectativa de direito.

2. As disposições contidas no Edital vinculam as atividades da Administração, que está obrigada a prover os aprovados no limite das vagas previstas. A discricionariedade na nomeação de candidatos só incide em relação aos classificados nas vagas remanescentes.

3. Não é lícito à Administração, no prazo de validade do concurso público, simplesmente omitir-se na prática dos atos de nomeação dos aprovados no limite das vagas ofertadas, em respeito aos investimentos realizados pelos concursantes, em termos financeiros, de tempo e emocionais, bem com às suas legítimas expectativas quanto à assunção do cargo público. Precedentes: RMS 15.034/RS e RMS 10.817/MG.

4. No caso, uma recorrente foi aprovada dentro do número de vagas disposto no Edital e detém direito subjetivo ao provimento no cargo; a outra candidata foi aprovada nas vagas remanescentes e não comprovou a violação da ordem de convocação dos classificados ou a contratação irregular de servidores, detendo, tão somente, mera expectativa de direito à nomeação.

5. Recurso Ordinário parcialmente provido, para determinar a nomeação, exclusivamente, da candidata aprovada dentro do número de vagas previstas no Edital.

STJ, RMS 25957/MS - 2007/0299014-0, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 29.5.2008, DJe 23.6.2008. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=concurso+direito+prazo+validade+edital+prazo&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>>

**23 Ementa:** DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. EXISTÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão segundo a qual o candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas previsto no edital tem direito subjetivo de ser nomeado e empossado no prazo de validade do certame.

2. Recurso ordinário parcialmente provido.

Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos

termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.

STJ, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 10.9.2009, DJe 13.10.2009 - RMS.26447/MS2008/0044901-1. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=mandado+seguran%E7a+concurso+publico+direito+vaga&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>>.

### 2.3 Estrutura político-social brasileira ao longo do tempo

Insta apreender os novos paradigmas que justificam uma releitura hoje do Código de Processo Civil, em vigor desde 1974. Antes, porém, de examinar o tema no contexto atual, parece apropriado reconstituir a estrutura político-social do país ao longo do tempo, para identificar alguns valores que têm orientado a compreensão do sistema legal no passado até se chegar ao presente. De fato, a compreensão do direito (inclusive a do direito processual) depende do regime político para o qual fora concebido, pois parte este de valores que se compreende merecerem então proteção especial. Por sua vez, a estrutura social determina compreensão específica acerca dos valores protegidos pelo sistema legal, conquanto diversos outros componentes influam na intelecção das normas legais, que também não têm o mesmo sentido ao longo do tempo. Por isso, passa-se, nos itens seguintes, ao exame da estrutura da sociedade brasileira desde seu início, para se ter algum ponto seguro de apoio para a compreensão da legislação contemporânea.

#### 2.3.1 Brasil-Colônia

Ao tempo do descobrimento vigorava nas terras que hoje compõem o Brasil a legislação portuguesa. O território foi então considerado pertencente à Coroa lusitana, de sorte que se entendeu natural que as leis reinóis fossem para cá transplantadas. Posto que os descobridores tivessem encontrado aqui grande população indígena, nenhuma ordem social desses nativos foi levada em conta. Pelo contrário, os europeus que aqui aportaram tentaram em vão escravizar esse contingente populacional e, abandonado esse intento, procuraram aculturá-lo e nele introduzir a religião oficial do Estado. Seus costumes, suas regras, foram simplesmente ignorados pelos descobridores.

Portugal vivia o tempo do mercantilismo e, naquele processo de colonização, impunha aqui seus interesses econômicos, definindo o que a Colônia podia produzir para ser comercializado no mercado europeu. As terras eram vastas, de modo que grandes latifúndios se formaram para sua exploração mediante trabalho escravo buscado na África. “*Desse modo, a organização social define-se, de um lado, pela existência de uma elite constituída por grandes proprietários rurais, e, de outro, por pequenos proprietários, índios, mestiços e negros [...]*”<sup>24</sup>. A realidade econômica adota formas de produção com resquícios feudais, mas com objetivo de lucros sob inspiração capitalista<sup>25</sup>. Para manter o controle da vida colonial, a Coroa nomeava os funcionários que aqui deveriam atuar, servidores esses que reproduziram no novo continente o sistema real, burocrático e conservador<sup>26</sup>.

As leis de Portugal que deveriam ser aplicadas na Colônia e que haveriam de reger a vida local foram as Ordenações do Reino. As Ordenações Afonsinas e Manuelinas tiveram incipiente aplicação em terras coloniais, pois a população, ao tempo em que vigoraram, era escassa, e, por outro lado, a distância da metrópole e a precária organização institucional dificultavam sua aplicação efetiva. Já as Ordenações Filipinas<sup>27</sup>, que vigoraram quando na Colônia havia população mais intensa e vida social mais ordenada, tiveram efetividade mais sensível. Compunha-se esse ordenamento de uma parte material e de outra processual, além de uma porção criminal<sup>28</sup>. Com o passar do tempo essas Ordenações sofreram modificações, e leis extravagantes, especialmente ditadas no governo pombalino<sup>29</sup>, passaram a integrar esse direito transplantado para o novo mundo.

24 WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 48.

25 MASCARO, Alysson Leandro. *Crítica da Legalidade e do Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 80

26 WOLKMER, Antonio Carlos. Ob.cit., p. 43 e nota 1.

27 As Ordenações Filipinas foram elaboradas por ordem de Filipe I. Os trabalhos preparatórios duraram de 1583 a 1585, mas só foram aprovadas em 5/ junho/1595 e vigoraram a partir de 1603, com Filipe II. Após a Revolução de 1640, entre Portugal e Espanha, continuaram em vigor por expressa confirmação por D. João IV, em 1643 (cf. COSTA, Mario Julio de Almeida, *História do Direito Português*, p. 284-7).

28 As Ordenações Filipinas, que não foram muito diferentes das anteriores, embora seja certo que trataram de atualizar a legislação pretérita, eram compostas de 5 Livros: o Livro I cuidava da organização real e de seus funcionários; o Livro II tratava das relações entre o Estado e a Igreja e definia diversas normas de condutas; o Livro III regulava o processo; o Livro IV regulava os contratos e direito de família; e o Livro V cuidava da parte criminal.

29 WOLKMER, A. C. Ob.cit., p. 59 e ss.

O direito vigente na Colônia, assim, era o direito de Portugal, “*segregador e discricionário com relação à própria população nativa*”<sup>30</sup>, o qual se impunha mediante um corpo de magistrados inicialmente recrutados entre portugueses, que revelavam lealdade e obediência aos ditames reais<sup>31</sup>.

A legislação, portanto, não era concebida para a população local, mas refletia o pensamento europeu, que se estruturava num capitalismo incipiente. Entretanto, a ordem jurídica admitia na Colônia a escravidão já abolida na Europa; o que se explica pelo fato de aqui a terra ser abundante e poder ser apropriada por muitos, salvo impondo o Estado modo artificial para sua aquisição<sup>32</sup>. Em consequência, o sistema jurídico, centralizador e formalista<sup>33</sup>, visando a garantir os interesses da Coroa, que, para tanto, se associara às elites locais, era condescendente com estas e opressivo em relação à maior parte da população.

### 2.3.2 Proclamação da Independência e República

A proclamação da independência, em 7 de setembro de 1822, foi fruto de um nacionalismo que vinha se formando havia algum tempo. O excesso de impostos cobrados pela Coroa portuguesa e os privilégios concedidos a uns poucos fez crescer na Colônia sentimento de revolta, que acabou resultando na sua independência.

Entretanto, o comando do novo país ficou a cargo de D. Pedro I, que era herdeiro da Coroa portuguesa, o qual não rompeu com o sistema econômico então reinante. No embate entre os que reivindicavam mudanças e os conservadores, venceram estes, por forma a persistir um liberalismo oficial, que não se liberta de uma ordem absolutista, mas se preocupa apenas com a ordenação do poder nacional<sup>34</sup>. A doutrina do liberalismo, que reconhecia a dignidade da pessoa, assim como a liberdade de cada indivíduo, e defendia a propriedade privada e a livre concorrência para desenvolvimento econômico, em terras brasileiras permaneceu de forma ambígua, pois conviveu com uma “*estrutura político-administrativa patrimonialista e conservadora, e com uma dominação econômica escravista das elites agrárias*”<sup>35</sup>. Entrementes, tal modelo tinha aprovação internacional, e a independência brasileira recebeu logo o apoio inglês<sup>36</sup>, que tinha interesse em comercializar diretamente com o país, sem interferência de Portugal, e, como corolário de sua revolução industrial, aspirava a novos mercados consumidores.

Em consequência, mantida a mesma estrutura econômico-social de antes, o sistema jurídico não haveria de experimentar alterações de fundo.

A legislação vigente então seguia sendo a mesma de Portugal. Decreto imperial estabeleceu que continuava ela em vigor naquilo que não afrontasse a soberania do novo país. A primeira Constituição brasileira, de 1824, estabeleceu que “*Organizar-se-há quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade*” (art. 179, inciso XVIII).

A primeira lei nacional, depois da Constituição, foi o Código Criminal de 1830, a revelar que a repressão era considerada mais importante do que atualizar a legislação civil, que continuou tal e qual era antes da independência<sup>37</sup>.

30 Idem, ibidem, p. 61.

31 Idem, ibidem, p. 79.

32 Referindo-se a estudos feitos por E. G. Wakerfiel a respeito do inglês Peel que com assalariados ingleses pretendia, sem sucesso, explorar uma região da Austrália, Marx observa que o regime escravagista nas Colônias pôde se instalar porque o trabalhador não se submetia ao capitalista, pois tinha, também ele, condições de produzir de modo independente, quando é certo que o capitalismo só se desenvolve se houver trabalhadores que se disponham a se submeter ao empreendedor, que explora o trabalho mediante salário, ou se existir sobretrabalho do escravo (MARX, Karl. **O Capital**, 2003. p. 881 e SS. livro I, v. 2).

33 WOLKMER, A. C. Ob.cit., p. 89.

34 WOLKMER, A. C. Ob.cit., p. 96.

35 Idem, ibidem, p. 93. O mesmo autor, invocando lições de Marco Aurélio Nogueira, conclui seu pensamento dizendo: “*Enfim, a tradição das ideias liberais no Brasil não só conviveu, de modo anômalo, com a herança patrimonialista e com a escravidão, como ainda favoreceu a evolução retórica da singularidade de um ‘liberalismo conservador, elitista, antidemocrático e antipopular’*, matizado por práticas autoritárias, formalistas, ornamentais e ilusórias” (p. 98).

36 Contraditoriamente, a Inglaterra combateu ferozmente a independência de suas colônias na América, as quais pretendia manter sob seu domínio.

37 As Ordenações Filipinas, em matéria civil, tiveram mais larga duração no Brasil que em Portugal, pois naquele país foram substituídas pelo Código Civil de 1867, conhecido como Código Seabra, ao passo que aqui só foram revogadas com o Código Civil de 1916, o nosso Código Beviláqua.

O Liberalismo reinante justificou a elaboração pronta do Código Comercial, datado de 1850, em seguida acompanhado do Regulamento n. 737, do mesmo ano, que disciplinava o processo comercial. A classe dos comerciantes que então florescia via a organização da atividade comercial como mais premente do que a organização da vida social, e, em virtude de seu poder econômico, teve logo atendida essa sua aspiração.

Houve tentativas de organização do direito civil<sup>38</sup>, tendo o governo imperial, em 1855, determinado que se realizasse a consolidação das leis civis então em vigor, de que foi encarregado Teixeira de Freitas, cujo resultado ele apresentou em 1858. O mesmo jurista ofereceu em seguida seu Esboço de Código Civil, aproveitado depois pela Argentina, mas aqui desconsiderado. Surgiram na época modelos de Código de autoria de Nabuco de Araújo, de Joaquim Felício dos Santos, de Coelho Rodrigues e, enfim, do então jovem Clóvis Beviláqua, proposta esta que, não sem alguma demora e extenso debate, acabou se transformando no Código Civil aprovado pela Lei n. 3.071, de 1916<sup>39</sup>, que veio a ser substituído pelo atual Código, promulgado pela Lei n. 10.406, de 10/janeiro/2002, em vigor a partir de 2003.

Em matéria processual, para regular as ações civis (já não mais para as comerciais), vigorava então o Livro III das Ordenações Filipinas, e, diante da profusão de leis extravagantes, encarregado foi Antônio Joaquim Ribas de elaborar a Consolidação das Leis do Processo Civil, do ano de 1857, que restou aprovada por Resolução de 28 de dezembro de 1876<sup>40</sup>. Já na República, por força do Decreto n. 763, de 19/ setembro/1890, foi o Regulamento n. 737 estendido também às causas cíveis.

A Constituição de 1891, que como forma de governo adota “*a República Federativa proclamada a 15 de novembro de 1889*” (art. 1º), previu ser da competência da União “*Legislar sobre o direito civil, commercial e criminal [...] e o processual da justiça federal*” (art. 34, n. 23), relegando, assim, aos Estados competência para legislar sobre processo em geral. Essa mesma Constituição prescreveu:

Art. 83. Continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis do antigo regimen, no que explicita ou implicitamente não fôr contrario ao systema de governo firmado pela Constituição e aos principios nella consagrados.

Alguns anos depois de promulgada a Constituição, surge o Decreto 3.084, de 5 de novembro de 1898, que consolida as leis sobre a organização da Justiça Federal.

Para regular a aplicação do direito material, diversos estados da federação elaboram seus Códigos de Processo Civil, que receberam grande influência do velho Regulamento n. 737, de 1850<sup>41</sup>. O Estado do Paraná foi o primeiro a promulgar sua legislação processual, em 1905, tendo São Paulo publicado seu Código estadual em 1930, um dos melhores diplomas, ao lado do da Bahia, Rio Grande do Sul e Distrito Federal<sup>42</sup>.

A sociedade então continuava composta de grandes latifúndios, cujos proprietários impunham as políticas de seu interesse. Aos poucos a população urbana cresce, esvaziando os campos, e floresce ao longo dos séculos XIX e XX, o que ficou conhecido como bacharelismo, que se encarrega de construir e defender uma ordem burguesa nacional<sup>43</sup>. Esse quadro revela uma sociedade contraditória, cujas normas jurídicas refletem essa contradição. A propósito, escreve Alysson Leandro Mascaro:

38 Como o realça Alysson L. Mascaro, na verdade, em decorrência da formação social que vinha do estado colonial e que se limitava em resguardar os interesses da coroa, a legislação cuidava apenas do que era público. As relações privadas, na medida em que o Estado português se associou aos interesses da burguesia local, tomam-se irrelevantes, e ficaram entregues aos usos e costumes da época (**Critica da Legalidade e do Direito Brasileiro**. Ob. cit., p. 81 e ss.).

39 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1. p. 54 e ss. v. 1.

40 MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. Atualização de Ovídio Rocha Barros. 10. ed. Campinas: Millennium, 2006. p. 62-3. v. 1.

41 Cf. MARQUES, José Frederico. Ob.cit., p. 64.

42 Cf. Arruda Alvim, **Manual de Direito Processual Civil**. 10. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 54. v. 1.

43 A propósito, referindo-se a Rui Barbosa, maior expressão do bacharelismo nacional, escreve WOLKMER:

Neste sentido, a legalidade no caso brasileiro passa pelos mesmos paradoxos e problemas históricos de toda a estrutura econômica, política e social nacional: um Estado soberano apenas no seu sentido formal, uma realidade econômica que soma relações sociais pré-capitalistas tendo por objetivo lucros numa produção capitalista, uma realidade social cujas formas de organização poderiam até mesmo lembrar resquícios feudais ao mesmo tempo em que se burocratizam, a tensão entre o tradicional e o formal, a corrupção que adquire desde viés paternalista até descambar em instituições de caráter coronelista. Nessa correlação de elementos aparentemente desconexos a uma tipologia geral da instância jurídica do capitalismo, dá-se no fundo a verdadeira história do direito numa realidade de capitalismo periférico como o caso da realidade brasileira.<sup>44</sup>

Sobreveio a Revolução de 1930 e, após o movimento constitucionalista de 1932, é promulgada a Constituição de 1934, de curta duração, que tinha determinado a reunificação do direito processual<sup>45</sup>, só verificada na vigência da Constituição seguinte, a de 1937, que, assim como todas as posteriores<sup>46</sup>, manteve a unidade do Direito processual<sup>47</sup>. Pedro Batista Martins, jurista da época, elaborou anteprojeto que haveria de se transformar no primeiro Código de Processo Civil nacional, que vigorou no país de 1º/janeiro/1940 até 31/dezembro/1973<sup>48</sup>.

O anterior Código de Processo Civil, conhecido como o Código de 1939, teve o mérito de abandonar o praxismo da legislação anterior e de renovar o procedimento ordinário do processo de conhecimento, que recebeu então nova orientação. Entretanto, não imprimiu ele adequada sistemática à execução, e adotava linguagem equivocada em relação a diversos pontos nele tratados<sup>49</sup>. É certo que o referido Código de 39 achava-se inserido no contexto liberal brasileiro, sendo certo que, a partir da primeira metade do século XX, já constituído um proletariado urbano e afluindo as primeiras tensões sociais em decorrência da organização da sociedade, o sistema legal acabou por dar suporte estatal para a exploração capitalista. Como afirma MASCARO, Alysson Leandro:

A legalidade, como instância técnica favorável a uma burguesia nacional nas suas relações produtivas e mercantis, no caso brasileiro encontra não apenas a estabilização jurídica da propriedade privada ou do contrato, mas, para além disso, encontra a instrumentalização dos meios jurídicos como forma de favorecimento de relações de fomento e privilégio, resultantes desta interdependência do Estado para com capital interno e externo. Assim, não se trata, por exemplo, apenas de uma neutralização chanceladora da exploração da mão-de-obra, mas sim de uma dominação ainda mais agravante, por meio da utilização do Estado como empreendedor de políticas de arrocho salarial, a benefício de lucros compensatórios relativos à defasagem do capital nacional em face do externo.

---

*“Rui, em seu tempo, e os bacharéis da legalidade, ao longo da história institucional brasileira, compuseram um imaginário social distanciado tanto do Direito vivo e comunitário, quanto das mudanças efetivas da sociedade. Trata-se aqui do imaginário afastado de uma legalidade produzida pela população, no bojo de um processo sintonizado com necessidades reais, reivindicações, lutas, conflitos e conquistas (-). A retrospectiva comprova que, até hoje, tais agentes se revelaram não só hábeis servidores do ritualizado Direito estatal, afeito mais diretamente aos intentos dos donos do poder e dos grandes proprietários, como, sobretudo, talentosos reprodutores de uma legalidade estreita, fechada e artificial. Esses procedimentos definem uma atuação em grande parte conservadora, própria para justificar a exclusão de significativos setores da sociedade e a manutenção da ordem vigente.” (WOLKMER, A. C. Ob.cit., p. 130-1).*

44 MASCARO, A. L.. Ob. cit., p. 80.

45 A Constituição de 1934 dispunha: “Art. 5º. Compete privativamente à União: ... XIX. Legislar sobre: a) direito penal, commercial, civil, aereo e processual; registros públicos e juntas commerciaes; [...]”.

A seu turno, o art. 11 de suas *Disposições Transitórias* previu:

*“Art. 11. O Governo, uma vez promulgada esta Constituição, nomeará uma comissão de tres juristas, sendo dois Ministros da Côte Suprema e um advogado, para, ouvidas as Congregações das Faculdades de Direito, as Côrtes de Appellação dos Estados e os Institutos de Advogados, organizar, dentre em tres mezes, um projecto de Código do Processo Civil e Commercial, e outra para elaborar um projecto de Código do Processo Penal.*

*§ 1º. O Poder Legislativo deverá, uma vez apresentados esses projectos, discutil-os e votal-os immediatamente.*

*§ 2º. Emquanto não forem decretados esses Códigos, continuarão em vigor, nos respectivos territorios, os dos Estados.”*

46 Wolkmer observa que “A tradição de nosso Constitucionalismo (...) primou sempre por formalizar toda a realidade viva da nação, adequando-a a textos político-jurídicos estanques, plenos de ideais e princípios meramente programáticos. Em regra, as constituições brasileiras, recheadas de abstrações racionais, não apenas abafaram as manifestações coletivas, como também não refletiam as aspirações e necessidades mais imediatas da sociedade [...]” (WOLKMER, Antonio Carlos, ob.cit., p. 145).

47 A Constituição de 1937, conhecida como “polaca”, fruto de golpe militar liderado por Getúlio Vargas, prescreveu: “Art. 16. Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguinte matérias: [...] XVI – o direito civil, o direito commercial, o direito aereo, o direito operário, o direito penal e o direito processual; [...]”.

48 O art. 1.220 do CPC de 1973 determinou que o vigente Código, publicado em 11/janeiro/1973, passaria a ter eficácia a partir de 1º/janeiro/1974.

49 MARQUES, José Frederico. Ob. cit., p. 73.

Essa exponenciação dos lucros de uma burguesia nacional exportadora e dependente tem por consequência a instrumentalização da legalidade como forma de controle social, achatamento da remuneração da mão-de-obra e agudização da mais-valia. [...] <sup>50</sup>.

A legislação nacional, como de resto se passa em toda a América Latina, é, pois, o instrumento que otimiza a circulação mercantil, e que também permite a exploração econômica. Além disso, propicia a socialização dos prejuízos experimentados pelo capital <sup>51</sup>, concede privilégios e reproduz a hierarquização e subordinação. Como consequência, as leis são em grande medida consideradas inócuas, disseminando-se certo consenso quanto à irrelevância de seu descumprimento.

O capitalismo, aos poucos, evolui para os grandes monopólios, em favor dos quais trabalham os Estados capitalistas periféricos, como o Brasil, que se tornam reféns de grandes conglomerados e do capital estrangeiro. Esse neoliberalismo, assim, propicia a especulação financeira e promove a privatização de serviços e atividades estatais, quando se esvazia a preocupação com a regulamentação, que passa do Legislativo para agências reguladoras <sup>52</sup>.

A legislação, numa palavra, tem sido entendida e aplicada segundo a óptica de seus operadores, que, na visão de José Eduardo de Faria invocado por WOLKMER <sup>53</sup>, procura garantir valores das classes que surgiram a partir da Revolução Francesa, reproduz saber retórico e, no fundo, representa instrumento de poder.

## 2.4 Valores dos últimos tempos

O pensamento jurídico brasileiro tem experimentado modificação significativa nos últimos tempos. Desde a promulgação do Código de Processo Civil de 1973 até as recentes alterações legislativas, tem havido profundas mudanças no sistema jurídico, assim como sensíveis alterações têm ocorrido na compreensão que destas têm os juristas de hoje. Tantas têm sido as modificações legislativas no campo do processo, que a doutrina tem reconhecido faltar ao Código de Processo Civil vigente a sistematização originária. Surgiu então, por iniciativa do Senado brasileiro, a ideia de nomear Comissão de juristas <sup>54</sup>, encarregada de elaborar anteprojeto, transformado no PL 166, de 2010, que se acha em tramitação no Congresso Nacional. A oportunidade da promulgação de novo Código é defendida por muitos, mas também sofre críticas <sup>55</sup>. Independentemente do destino que virá a ter o vigente Código, é certo que sua compreensão hoje tem sentido diverso de quando de sua promulgação, e seu sentido atual persistirá em grande medida no futuro Código, que não rompe com o sistema atual, senão que se preocupa em apresentar novo modelo que, incorporando os avanços proveitosos das reformas experimentadas durante sua vigência, resgate a organicidade perdida ao longo do tempo <sup>56</sup>.

50 MASCARO, A. L. Ob.cit., p. 86 e ss e p. 90-1.

51 Essa socialização dos prejuízos do capitalismo à brasileira veio a ser experimentada recentemente pelas grandes potências mundiais diante das quedas nas bolsas de todo o mundo, que tiveram início, quiçá, com a crise do mercado imobiliário e com a perda de valor dos títulos hipotecários norte-americanos.

52 MASCARO, A. L. Ob.cit., p. 92, 94, 98 et passim.

53 WOLKMER, A. C. Ob.cit., p. 179.

54 Essa Comissão foi composta pelo Ministro Luiz Fux, então, do Superior Tribunal de Justiça e agora do Supremo Tribunal Federal, pela Profa. Teresa Wambier e pelos profs. Adroaldo Fabrício, Benedito Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpídio Nunes, Humberto Teodoro Júnior, Jansen Almeida, José Miguel Medina, José Roberto Bedaque, Marcus Vinícius Coelho e Paulo Cezar Carneiro (cf. Ato do Presidente do Senado Federal n. 379, de 2009).

55 MARINONI, p.ex., depois de reconhecer que “[...] o Código Reformado rigorosamente não apresenta ordem e unidade[...].”, escreve:

“*Todavia, é importante perceber que isto (o propósito da Comissão de sintonizar o Projeto com a Constituição e imprimir maior organicidade ao sistema), por si só, não significa que há oportunidade para um novo Código ou, pelo menos, para uma nova codificação que na essência não acrescenta muito ao estado da arte como aquela proposta pelo Projeto [...]*” (O Projeto do CPC: crítica e propostas. São Paulo: RT, 2010. p. 55-6).

56 A exposição de motivos do Projeto apresentado, a propósito, menciona:

“*[...] A expressiva maioria dessas alterações, como, por exemplo, em 1.994, a inclusão no sistema do instituto da antecipação de tutela; em 1.995, a alteração do regime do agravo; e, mais recentemente, as leis que alteraram a execução, foram bem recebidas pela comunidade jurídica e geraram resultados positivos, no plano da operatividade do sistema.*

*O enfraquecimento da coesão entre as normas processuais foi uma consequência natural do método consistente em se incluírem, aos poucos, alterações no CPC, comprometendo a sua forma sistemática. A complexidade resultante desse processo confunde-se, até certo ponto, com essa desorganização, comprometendo a*

As alterações legislativas que têm ocorrido no campo processual, é certo, revelam essa modificação estrutural, que impõem nova compreensão do direito. As modificações das leis do processo, por si sós, deságuam nessa nova inteligência das regras, mas é certo que a alteração da legislação material, como a que decorreu da promulgação do atual Código Civil, também repercute nas leis processuais<sup>57</sup>. Muitas regras do processo já não têm o mesmo alcance de quando publicadas.

Assim, apesar de não alterada a regra do art. 10, § 1º, inciso I, do Código de Processo Civil, que obriga a *outorga maritalis* ou *uxoria* quando a causa versar sobre direito real imobiliário, o preceito agora não tem aplicação quando o regime de bens for o da separação. De fato, os artigos 235, inciso II<sup>58</sup>, e 242, inciso I<sup>59</sup>, do Código Civil de 1917 proibiam os cônjuges, qualquer que fosse o regime de bens, de demandarem sem o consentimento do outro. O vigente Código Civil, entretanto, no artigo 1.647, inciso II<sup>60</sup>, dispensa-o quando o regime for o da separação absoluta. Aquele preceito processual deve, pois, ser compreendido em consonância com aquela disposição material.

Diversos artigos da lei do processo, assim, acham-se alterados, ou devem ser interpretados de modo diverso, apesar de sua redação se manter a mesma.

A par disso, o pensamento jurídico, diante de novos valores que se incorporaram à sociedade atual, sofreu modificações, o que importa em alteração do significado de diversas regras não alteradas em sua forma. Cabe, assim, identificar esses novos valores que justificam essa mudança de compreensão de preceitos legais, ainda que sua forma originária se mantenha intacta.

#### 2.4.1 O Código de Processo Civil de 1973<sup>61</sup>

O Código de Processo Civil em vigor foi projetado pelo prof. Alfredo Buzaid, tendo sido por ele elaborado a partir de 1960 e apresentado a debate no ano de 1964. Depois de revisado por comissão de juristas constituída no ano de 1969, foi promulgado em 1973, durante o regime militar (que vigorou no país entre 1964-1985), quando esse professor de São Paulo era Ministro da Justiça. Trata-se de diploma que incorporou avanços da ciência processual, tendo ele sido dividido em cinco livros: o primeiro trata do processo de conhecimento, o segundo cuida do processo de execução, o terceiro disciplina o processo acautelatório, o quarto regula procedimentos especiais e o último é reservado às disposições finais e transitórias. Logo a doutrina notou nele a falta de uma parte geral, que se acha desenvolvida ao longo do primeiro livro<sup>62</sup>. Adotando a divisão ternária dos processos, o Código concebeu o processo de conhecimento como o adequado para definição do direito litigioso; o de execução para realização do direito previamente acertado, constante de título previsto em lei<sup>63</sup>; e o acautelatório, para garantir o resultado proveitoso de

*celeridade e gerando questões evitáveis (= pontos que geram polêmica e atraem atenção dos magistrados) que subtraem indevidamente a atenção do operador do direito.*

*Nessa dimensão, a preocupação em se preservar a forma sistemática das normas processuais, longe de ser meramente acadêmica, atende, sobretudo, a uma necessidade de caráter pragmático: obter-se um grau mais intenso de funcionalidade. [...]*

57 Cf., p.ex., BUENO, Cassio Scarpinella. **Impactos Processuais do Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

58 Art. 235. “O marido não pode, sem o consentimento da mulher, qualquer que seja o regime de bens:

... II – pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens e direitos; [...]”.

59 Art. 242. “A mulher não pode, sem autorização do marido (art. 251):

I – praticar os atos que este não poderia sem consentimento da mulher (art. 235); [...]”.

60 Art. 1.647. “Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum cônjuge pode, sem autorização do outro, exceto no regime de separação absoluta:

[...] II – pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos; [...]”.

61 Confira-se, a propósito, FRIAS, J. E. S., “A multa pelo descumprimento da condenação em quantia certa e o novo conceito de sentença”, artigo publicado em Execução Civil: estudos em homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Júnior, RT, 2007, especialmente, p. 148-51 (e na RT n. 858, ano 96, p. 48-81, abr.2007).

62 Suprindo a falha, o referido PL 166/2010, também composto de 5 Livros, tem, no entanto, a seguinte divisão: Livro I: Parte Geral; Livro II: processo de conhecimento; Livro III: processo de execução; Livro IV: processos nos Tribunais e recursos; e Livro V: disposições finais e transitórias.

63 Como assinala DINAMARCO, Cândido Rangel, por influência de Liebman, o Código de 1973 fazia nítida distinção entre atividade de conhecimento e de execução, que se desenvolviam em processos distintos, incomunicáveis (in **Instituições de Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 174. v. 1).

um daqueles processos. O accertamento do direito realizava-se em processo de conhecimento puro, que podia terminar com ato final que concluía faltar condições para ação ou carecer de regularidade processual insuprível ou, enfim, que findava com a proclamação do direito de um dos litigantes. Reconhecido o direito em favor do autor, descumprindo o réu o comando contido na sentença, para esse direito reconhecido tornar-se realidade, o credor deveria propor nova ação e, em novo processo<sup>64</sup>, o executivo, teria lugar a realização do direito previamente acertado. Definição do direito e sua execução não poderiam dar-se num mesmo processo, pois cada qual tinha finalidade única, incomunicável.

Tendo o Código, por influência de LIEBMAN<sup>65</sup>, colocado a ação como centro do sistema, tratou da lide, objeto de estudos desenvolvidos por CARNELUTTI, como uma de suas grandes preocupações.

O Código era tido como um monumento legislativo, um “*dos mais modernos e de melhor qualidade do mundo*”<sup>66</sup>, tendo ele introduzido a possibilidade de julgamento antecipado (muito tempo depois introduzido também no processo penal<sup>67</sup>), com que permitiu a pronta solução de muitos pleitos que não dependiam de realização de audiência, antes indispensável. Concebeu ele o procedimento sumário (então designado de sumaríssimo) para causas de valor reduzido ou de menor complexidade<sup>68</sup>, estruturou de forma ordenada a atividade acautelatória do juiz<sup>69</sup> e, além de outros méritos, teve o de simplificar o sistema recursal<sup>70</sup>. Sua promulgação, enfim, teve o condão de chamar a atenção dos estudiosos para o exame de seus vários institutos, com que houve significativo avanço da ciência processual no país<sup>71</sup>.

Tendo adotado doutrinas mais recentes da processualística italiana e alemã, o Código de Processo Civil de 1973, entretantes, preocupado com a autonomia do Direito processual em relação ao Direito material, deu muito pouca ênfase ao princípio da instrumentalidade (art. 244, 249, 250), só muito mais tarde desenvolvido por doutrinadores como, dentre outros, Cândido Rangel Dinamarco<sup>72</sup> e José Roberto dos Santos Bedaque<sup>73</sup>.

O Código, que vivia o Liberalismo econômico, só admitia a intervenção estatal na atividade privada depois de haver certeza quanto à existência do direito em disputa. Por isso, a regra era a ordinarização do procedimento (arts. 271 e ss.), adotada como padrão<sup>74</sup>, ao final do qual o vencedor obtinha título que o habilitava a promover novo processo, o executivo, destinado à satisfação do direito então reconhecido. Só excepcionalmente o Código admitia a execução provisória, quando a apelação era recebida apenas no efeito devolutivo (art. 520)<sup>75</sup>, mas, de todo o modo, tal execução não permitia, nem mediante caução, a efetiva

64 Processo esse que, não obstante, aproveitava os autos do processo anterior, de conhecimento.

65 DINAMARCO, Cândido Rangel, **Instituições de Direito Processual Civil**. Ob. Cit., p. 174. v. 1.

66 Cf. GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 71. v. 1.

67 Art. 397 do CPP, na redação dada pela Lei n. 11.719, de 20/junho/2008.

68 O Projeto 166/2010 volta a suprimir o procedimento sumário, admitindo apenas o ordinário, tendo diminuído a quantidade dos procedimentos especiais por ele regulados. Eis como está redigido o art. 302 do Projeto:

Art. 302. Aplica-se a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário deste Código ou de lei.

Parágrafo único. Também se aplica o rito comum ao processo de execução e aos procedimentos especiais, naquilo que não se ache diversamente regulado.

69 Segundo o mesmo Projeto 166/2010, as medidas acautelatórias e a antecipação de tutela são reguladas sob o título “Tutela de Urgência e Tutela de Evidência”, a partir do art. 277.

70 No sistema originário do Código, que distinguia os atos do juiz entre sentenças, decisões interlocutórias e despachos de mero expediente (art. 162), estes últimos eram irrecuráveis (art. 504), as decisões desafiavam agravo por instrumento (art. 522) e as sentenças eram apeláveis (art. 515). O sistema parece persistir, embora agora a regra tenha passado a ser a do agravo por retenção, só se admitindo o instrumental quando a decisão puder causar prejuízo de difícil reparação (art. 522, *caput*). Houve modificação no conceito de sentença, o que tem gerado debate doutrinário sobre se isto importou em modificação no sistema recursal, mas tudo indica que essa alteração não visou a influir em tal sistema (vide, a propósito, BUENO, Cássio S., **Curso Sistematizado de DPC**, p. 114-5, v. 5).

71 GRECO FILHO. Ob.cit., v. 1 cit., p. 70.

72 Pex., **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

73 Pex., **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. São Paulo: Malheiros, 2006; **Direito e Processo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

74 O prof. Ovídio Baptista da Silva anota que a adoção desse procedimento como regra representa a ideologia do legislador, que não se preocupava com a efetividade da tutela jurisdicional. Cf. **Processo e Ideologia**, et passim.

75 A situação tende a se inverter, a propósito prevendo o Projeto 166/2010:

Art. 908. Os recursos, salvo disposição legal em sentido diverso, não impedem a eficácia da decisão.

§ 1º A eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se demonstrada probabilidade de provimento do recurso.

§ 2º O pedido de efeito suspensivo durante o processamento do recurso em primeiro grau será dirigido ao tribunal, em petição autônoma, que terá prioridade na distribuição e tornará prevento o relator.

entrega do direito ao exequente, hoje admitida pelo artigo 475-O. Tratava-se de um processo demorado, porém seguro, que admitia ampla discussão e em geral<sup>76</sup> não limitava o campo de cognição, que era amplo no aspecto horizontal, isto é, quanto às matérias que podiam ser trazidas ao debate, e no aspecto vertical, ou seja, quanto à profundidade do exame da prova<sup>77</sup>. Em face disso, entendendo que a solução de várias lides conexas atendia ao princípio da economia, permitiu no procedimento ordinário diversos tipos de intervenção de terceiro, mais tarde restringida em alguma medida<sup>78</sup>. Por outro lado, quando da elaboração e promulgação do Código, ninguém tinha a pressa de hoje, por isso, ainda que o autor tivesse provas muito convincentes de seu direito, de regra, deveria aguardar a solução final da causa para só então poder fruir o direito reconhecido em seu favor.

Ao mesmo tempo, malgrado a simplificação recursal, como o Código, apesar de ter concedido alguns poderes ao juiz (art. 125), confiava pouco no magistrado de primeiro grau, permitiu que todas as causas chegassem à última instância, composta por magistrados que, nomeados por critérios políticos, exerciam pleno controle sobre a atividade jurisdicional<sup>79</sup>.

O processo então era concebido como o único instrumento<sup>80</sup> de pacificação de conflitos, que se desenvolvia pausada e demoradamente e que podia chegar à última instância para revisão, senão da matéria fática, ao menos das questões jurídicas.

Acresce dizer que o referido Código de Processo Civil de 1973 foi concebido para solucionar lides de repercussão limitada, por isso concebeu ele um processo individualista<sup>81</sup>, situação que não se altera no Projeto 166/2010. Era este o instrumento próprio para a solução de lides entre poucos sujeitos (autor, ou autores definidos, e réu, ou réus definidos). Isso revela a ideologia de não permitir solução de conflitos de ordem político-social. As questões de interesses transindividuais, por falta de legitimação para a defesa de direitos metaindividuais, não comportavam discussão judicial, mesmo porque só quando houvesse expressa autorização legislativa poderia alguém, em nome próprio, defender direito alheio (art. 6º, CPC<sup>82</sup>). Só muito depois, já na década de 80, é que surge a possibilidade de ações coletivas (Lei n. 7.347, de 24/julho/1985, ainda em vigor).

No sistema do Código, o processo de conhecimento se encerrava com a solução final nele dada, por isso prescrevia ele que tal processo se extinguia com a sentença proferida<sup>83</sup>. A execução exigia processo autônomo, que era estruturado como instrumento de realização do direito materializado em título executivo. Como o título previsto em lei, desde que regularmente emitido (e não se achasse prescrito), permitia se entrever a provável existência do direito nele incorporado, dentro desse processo não era admitida discussão a respeito do direito em execução. Se o executado tivesse alguma defesa que pudesse inibir ou alterar o desenvolvimento da atividade executiva, precisava, depois de garantido o juízo por penhora ou depósito<sup>84</sup>, promover ação

76 Nas ações em que a posse era objeto do litígio, o debate não poderia, como continua não podendo, descambar para discussão acerca da propriedade (art. 900) e, por outro lado, no processo acautelatório a cognição não era exauriente, por isso que a sentença nele proferida não haveria de produzir coisa julgada (art. 807).

77 Cf., a propósito da classificação mencionada no texto, WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Bookseller, 2000. p. 115 e ss.

78 A Lei n. 8.952/94 acrescentou o parágrafo único ao art. 46, que permitiu a limitação de litisconsortes facultativos quando o número excessivo de litigantes pudesse dificultar a atuação da outra parte.

79 Cf. MASCARO, A. L. Ob. cit., p. 191.

80 É certo que o CPC/73 admitia também a autocomposição como forma de solução de conflitos, que era, porém, admitida apenas para casos em que a disputa envolvia direitos disponíveis.

81 Cf., a respeito e de forma mais desenvolvida, Arruda Alvim, em seu **Manual de Direito Processual Civil**, p. 62 e ss. e, especialmente, p. 71 e ss. v. 1

82 O art. 6º do CPC de 1973 é reproduzido *ipsis litteris* no art. 17 do Projeto 166/2010.

83 A doutrina via imprecisão na disposição que previa a extinção do processo pela prolação da sentença (arts. 267 e 269), o que, na verdade, ocorria com a solução final dada à causa, por aquele ato do juiz de primeiro grau ou por acórdão do Tribunal.

84 Eis os preceitos que então regulava a matéria:

“Art. 737. Não são admissíveis embargos do devedor antes de seguro o juízo: (Revogado pela Lei n. 11.382, de 2006)

I - pela penhora, na execução por quantia certa; (Revogado pela Lei n. 11.382, de 2006)

II - pelo depósito, na execução para entrega de coisa. (Revogado pela Lei n. 11.382, de 2006) [...]”

incidental, que, diante de título judicial, só admitia cognição limitada<sup>85</sup> e, em face de título extrajudicial, admitia debate amplo<sup>86</sup>. Aos poucos, por influência de Pontes de Miranda<sup>87</sup>, a jurisprudência passou a aceitar a objeção de pré-executividade (para alguns, exceção de pré-executividade), como forma de, no interior do processo executivo, vir o juiz a ser alertado para óbice à instauração deste, por ele não observado.

Foi a Lei n. 11.232/2005 que concebeu a viabilidade de a atividade de definição de direitos e de sua realização (execução) ocorrerem num mesmo processo, numa mesma relação jurídico-processual (art. 475-I e J).

Entrementes, avançando em relação ao Código de 1939, o de 1973 estruturou o processo acautelatório, que acabou servindo para antecipar resultados. E o uso de tal processo com tal finalidade, que desvirtuava a estrutura com que concebido, era reflexo de novos tempos. A preocupação deixa de se voltar para a certeza do direito e se desloca para a efetividade da prestação jurisdicional, que, em inúmeros casos, contenta-se com a verossimilhança. Os juristas chegam à conclusão de que é mais conveniente liberar logo o provável direito à parte, correndo algum risco de entregar o bem da vida a quem não é seu titular, do que aguardar certeza sobre essa titularidade para fornecê-lo já sem proveito a quem merece proteção. Esse novo enfoque, como será visto (itens 2.4.2. e 3.3.1.) importou em modificações profundas no sistema originário do Código de 1973.

#### 2.4.2 A Constituição de 1988 e algumas reformas processuais

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira constituição brasileira cuja elaboração contou com a participação dos diversos segmentos sociais, que, no embate então travado, fizeram concessões recíprocas. Essas composições resultaram na adoção de elementos contraditórios, de sorte que, tendo o texto constitucional protegido direitos eventualmente em oposição – como, p.ex., o direito de liberdade de expressão (art. 5º, inciso IX, e art. 206, inciso II) e o direito à inviolabilidade da vida privada (art. 5º, inciso X) –, devem ser harmonizados diante dos casos concretos. Entrementes, não se pode negar que a Carta representou avanços importantes na defesa da cidadania, tanto que o novo estatuto passou a ser conhecido como “Constituição-cidadã”.

Para já, é preciso reconhecer que a nova Constituição permitiu, sobretudo, que a população adquirisse consciência a respeito de seus direitos, o que resultou, logo após sua promulgação, num grande afluxo de demandas antes represadas. Se antes, em geral, só em último caso alguém procurava fazer valer seus direitos em juízo, com a Constituição de 1988 a população descobriu que quem se sentisse violado em seus direitos devia procurar prontamente sua reparação perante o Poder Judiciário. E mais: tendo a Constituição

85 Hoje, desde a modificação introduzida pela Lei n. 11.232/2005, o art. 741 regula os embargos à execução oferecidos pela Fazenda Pública. Antes, o preceito regulava os embargos à execução fundados em título judicial, e tinha a seguinte redação:

“Art. 741. Na execução fundada em título judicial, os embargos só poderão versar sobre: (Redação dada pela Lei n. 8.953, de 13.12.1994).

I - falta ou nulidade de citação no processo de conhecimento, se a ação lhe correu à revelia;

II - inexigibilidade do título;

III - ilegitimidade das partes;

IV - cumulação indevida de execuções;

V - excesso da execução, ou nulidade desta até a penhora;

VI - qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação com execução aparelhada, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença;”.

86 Prescrevia o art. 745, antes da redação dada pela Lei n. 11.232/2005, o seguinte:

“Art. 745. Quando a execução se fundar em título extrajudicial, o devedor poderá alegar, em embargos, além das matérias previstas no art. 741, qualquer outra que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento.”

87 Pontes de Miranda ofereceu, em certo processo judicial, o Parecer n. 95, de 30/julho/1966, quando, pela primeira vez, defendeu a possibilidade de o devedor apresentar algum tipo de defesa na própria execução, sem necessidade de garantia do juízo. O trabalho pode ser consultado em: **Dez Anos de Pareceres**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975. v. 4.

previsto a possibilidade de invocação deste para se prevenir contra a violação do direito (art. 5º, XXXV, CF), ampliou-se o leque de tutelas preventivas antes de uso restrito. Enfim, tendo a Constituição dado legitimação a diversos entes para a proteção de direitos transindividuais (p.ex., art. 5º, LXX; art. 8º, III; art. 103), muitas ações coletivas ou de interesse de muitos passaram a ser intentadas, com ampla repercussão na sociedade; o que incentivava a propositura de novos pleitos.

Muitas disposições constitucionais repercutiram no âmbito processual, sendo certo que novos valores foram então por ela protegidos, a justificar nova forma de compreensão do direito processual.

Talvez uma das mais salientes mudanças introduzidas pela nova Constituição foi a preocupação com a igualdade substancial, proclamada no *caput* do artigo 5º e em seu inciso I<sup>88</sup>. Antes a igualdade era meramente formal, e a lei podia colmatar o conceito<sup>89</sup>, especialmente porque as Constituições anteriores não proclamavam princípios como o da cidadania (art. 1º, inciso II, CF/88) e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), tanto quanto não previam como objetivos fundamentais do Estado a construção de sociedade livre, justa e solidária (art. 2º, inciso I) e a erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais (art. 2º, inciso III). Este novo enfoque modificou a compreensão de diversas proposições legais existentes antes do novo texto constitucional, como alterou a forma de os juristas pensarem diversos preceitos do Código de Processo Civil de 1973, como será visto no item seguinte (n. 2).

Por outro lado, como se realçou no item anterior, a Constituição Federal de 1988 preocupou-se com demandas coletivas<sup>90</sup>, por isso deu legitimação para determinados sujeitos fazerem a respectiva defesa (art. 5º, inciso XXI), tendo ela criado instrumentos próprios para tanto, como o mandado de segurança coletivo (art. 5º, inciso LXX), enfim regulado pela Lei n. 12.016/2009, que substitui a antiga Lei n. 1.533/1951 (exclusiva para o mandado de segurança individual). As regras individualistas do processo tradicional não bastavam para a solução desse novo tipo de litígios. Foi com o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11/setembro/1990) que surgiu a distinção entre interesses, ou direitos, difusos, coletivos e individuais homogêneos (art. 81, CDC<sup>91</sup>), assim como a preocupação com o alcance, erga omnes ou ultra partes, que deveria ter a coisa julgada, solução, entretanto, que se definiria *secundum eventum litis* (art. 103, CDC<sup>92</sup>).

88 Art. 5º. “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*”

*I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.*

[...]”.

89 A Constituição de 1969 prescrevia:

Art. 153. “*A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*”

§ 1º. *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça.* [...]”.

A igualdade, como se vê, era “perante a lei”, que podia criar disparates; ao passo que hoje essa igualdade deve ser “nos termos desta Constituição”.

90 A Lei da Ação Civil Pública (L. 7.347), concebida para proteger o meio-ambiente e bens de valor para a comunidade, é do ano de 1985 e renunciou o que a Constituição viria depois garantir e ampliar, com a defesa de direitos do consumidor.

91 “*Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.*”

*Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:*

*I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;*

*II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;*

*III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.*

92 *Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:*

*I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;*

*II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;*

Outros tantos pontos de índole processual regulou esse diploma, que introduziu diversas novidades no sistema jurídico até então existente<sup>93</sup>.

Foi, especialmente, com a Constituição de 1988 que começou a surgir maior preocupação com a *efetividade dos provimentos judiciais*, princípio que a doutrina passou a vislumbrar como encartado no art. 5º, inciso XXXV. Como decorrência, surge a aspiração de se outorgar à parte a tutela específica em substituição à mera reparação do dano antes generalizada (art. 633, CPC<sup>94</sup>). Foi, de novo, o Código de Defesa do Consumidor que primeiro concebeu mecanismo para se outorgar à parte a prestação *in natura* (art. 84, CDC<sup>95</sup>), norma que depois veio a ser transplantada para o Código de Processo Civil (art. 461<sup>96</sup>).

A Lei n. 8.952/94 que, voltada para a efetividade do provimento judicial, alterou a redação do referido art. 461 do Código de Processo Civil de 1973, foi também o diploma que modificou o art. 273<sup>97</sup> para permitir a antecipação dos efeitos da tutela a ser dada no processo de conhecimento, generalizando, assim, antecipações até então admitidas em casos especiais<sup>98</sup>. Pelo sistema originário do Código, ainda que evidente o direito do demandante, já que só a sentença final de mérito trânta em julgado não poderia mais ser posta em dúvida (salvo nos casos de rescisória – art. 485), só ela poderia ser executada, só ela poderia tornar-se realidade, efetiva. A partir da mencionada lei, sendo evidente o direito do autor, preenchidos alguns outros requisitos, passou a ser possível antecipar-lhe efeitos da futura (provável) sentença condenatória. A realização prática do direito material pelo processo deixou de ser viável apenas depois que houvesse pronunciamento judicial definitivo que o reconhecia<sup>99</sup>, mas passou a ser também admitido quando o direito fosse simplesmente *provável*<sup>100</sup> (*atendidos ainda outros requisitos que não vem ao caso examinar*). *E mais: a reforma então introduzida no Código de Processo Civil permitiu que a execução desse direito reconhecido*

---

*III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.*

*§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.*

*§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.*

*§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.*

*§ 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.”*

93 Hoje parte considerável da doutrina se preocupa com a elaboração de legislação especial para a defesa de direitos transindividuais, o que resultou na elaboração do *Código Modelo de Processo Coletivo para a Iberoamérica*, cuja exposição de motivos é assinada pela profª. Ada Pellegrino Grinover.

94 O dispositivo está assim redigido:

*“Art. 633. Se, no prazo fixado, o devedor não satisfizer a obrigação, é lícito ao credor, nos próprios autos do processo, requerer que ela seja executada à custa do devedor, ou haver perdas e danos; caso em que ela se converte em indenização.*

*Parágrafo único. O valor das perdas e danos será apurado em liquidação, seguindo-se a execução para cobrança de quantia certa.”*

95 Eis o preceito:

*“Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.”*

96 Em sua redação originária, o Código dispunha:

*“Art. 461. A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional.”*

A partir da Lei n. 8.952, de 13/dezembro/1994, o dispositivo passou a ter a seguinte redação:

*“Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.”*

97 Originariamente, o dispositivo tinha a seguinte redação:

*“Art. 273. O procedimento especial e o procedimento sumaríssimo regem-se pelas disposições que lhes são próprias, aplicando-se-lhes, subsidiariamente, as disposições gerais do procedimento ordinário.”*

98 p.ex., nas ações possessórias (art. 928, CPC) e no mandado de segurança (art. 7º, II, L. 1.533/51, hoje art. 7º, III, e art. 22, § 2º, da Lei n. 12.016, de 7/ agosto/2009).

99 ou, em caso de título executivo extrajudicial, quando este, previsto em lei, dispensava prévio acerto.

100 Na mesma linha de antecipar resultados, veio a ser promulgada a L. 9.079/95, que regulou a Ação Monitória entre os arts. 1.102a e 1.102c.

de forma antecipada e provisória pudesse ter lugar na mesma relação processual, dispensado, portanto, específico processo para tanto. O novo sistema, que, segundo Marcelo Abelha, decorre da gradativa substituição do sistema liberal, que queria o Estado distante das relações privadas e privilegiava a segurança jurídica, pelo modelo do *Estado social*, que deve garantir a igualdade substancial das partes e, preocupando-se com a efetividade dos direitos prováveis, valoriza os juízos de *verossimilhança* em detrimento dos de certeza<sup>101</sup>, representou alteração radical no modelo originário, que até então só excepcionalmente permitia tal antecipação, agora generalizada.

A aspiração à efetividade envolve também tempestividade, solução mais pronta, medida mais imediata, por isso que a Lei n. 9.139, de 30/novembro/1995, veio modificar a sistemática do agravo por instrumento, que, em vez de ser processado no juízo *a quo*, passou a ser dirigido diretamente ao juízo *ad quem*<sup>102</sup>. Restringindo o cabimento de recursos, a Lei n. 10.352, de 26/dezembro/2001, diminuiu as hipóteses de cabimento dos embargos infringentes<sup>103</sup>, a Lei n. 11.276, de 7/fevereiro/2006, permitiu o saneamento na fase recursal<sup>104</sup> e, mais recentemente, na linha do que previu a Emenda Constitucional n. 45, de 8/dezembro/2004, limitou-se o cabimento do recurso extraordinário para quando a matéria nele versada tiver repercussão geral, como tal definida no art. 543-A do Código de Processo Civil<sup>105</sup>. Por outro lado, as Leis n. 11.418/2006 e n. 11.672/2008 criaram a possibilidade de se julgarem os recursos extraordinários e os recursos especiais repetitivos pela tese neles versadas<sup>106-107</sup>.

101 RODRIGUES, Marcelo Abelha, JORGE, Flávio Cheim e DIDIER JÚNIOR, Fredie. **A Terceira Etapa da Reforma Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 95 e, especialmente, p. 102-3.

102 Mais tarde, a Lei n. 11.187, de 19/outubro/2005 veio a imprimir novas alterações no processamento desse recurso.

103 No sistema primitivo, o Código previa:

“Art. 530. Cabem embargos infringentes quando não for unânime o julgado proferido em apelação e em ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.

A partir da referida Lei n. 10.351/2001, o recurso passou a ser cabível nos seguintes casos:

Art. 530. Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.”

104 Tal diploma acrescentou um parágrafo ao artigo 515, com a seguinte redação:

“§ 4º Constatando a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação.”

105 O dispositivo foi acrescentado pela Lei n. 11.418, de 19/dezembro/2006 e tem a seguinte redação:

“Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário.

§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.”

106 A Lei n. 11.428/2006, que acrescentou o art. 543-A, acrescentou também o art. 543-B, referente ao recurso extraordinário, do seguinte teor:

“Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.”

107 A Lei n. 11.672, de 8/maio/2008, acrescentou o art. 543-C, dispositivo que, referindo-se ao recurso especial, está vazado nos seguintes termos:

“Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

§ 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça.

Também voltada para a prestação jurisdicional mais efetiva e tempestiva é a Lei n. 11.232/2005, que, acrescentados ao Código de Processo Civil os artigos 475-A a 475-R, disciplina a realização do direito reconhecido em sentença no mesmo processo em que a sentença veio a proclamá-lo. O processo de conhecimento, assim, deixa de se destinar exclusivamente ao acerto, prosseguindo, sincreticamente, até o cumprimento do que se contém na sentença de mérito, e termina com o reconhecimento de que ocorreu a realização prática do direito proclamado (ou de que algo equivalente terá importado em satisfação do direito creditório<sup>108</sup>). O modelo originário do Código, que previa um tipo peculiar de processo para finalidade específica de atuação jurisdicional, rompe-se em definitivo com essa lei. Agora, o processo de acerto não é destinado apenas à definição do direito das partes, mas continua para tornar realidade o direito reconhecido, de modo que a regra agora é processo executivo *lato sensu*. A relação processual, assim, não se extingue com a solução dada ao pleito, mas prossegue até sua satisfação<sup>109</sup>.

Continuando na mesma linha simplificadora com vista a dar maior efetividade à prestação jurisdicional, surgiu a Lei n. 11.382, de 6/dezembro/2006, que reestruturou o processo de execução fundado em título extrajudicial, ao qual pretendeu dar solução mais rápida.

Toda essa legislação e outras leis mais, anteriores ou posteriores à Emenda Constitucional n. 45/2004 (que acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal, transformando a razoável duração do processo em *direito fundamental*), reflete a preocupação, latente mesmo antes dessa emenda<sup>110</sup>, com a tutela jurisdicional tempestiva. A compreensão de diversos preceitos do Código de 1973, assim, deve levar em conta essa nova inspiração, que se acha incorporada ao pensamento jurídico atual. A aceleração da prestação jurisdicional e a efetividade da tutela jurisdicional hoje são temas que num passado bem próximo foram simplesmente desconsiderados<sup>111</sup>.

§ 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

§ 3º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia.

§ 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.

§ 5º Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias.

§ 6º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

§ 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou

II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

§ 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.

§ 9º O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo.”

108 As hipóteses de fim da execução previstas nos incisos II e III do art. 794, CPC, representam forma de extinção do débito por forma diferente da estabelecida para o cumprimento da obrigação em sua forma originária.

109 Não obstante, ainda subsiste o processo de conhecimento puro, quando a sentença não depende de ulterior atividade executiva (como, p.ex., a sentença meramente declaratória e a sentença constitutiva) ou, quando embora dependente de posterior execução, a lei determina que esta se realize em processo autônomo (como, v.g., nos casos dos arts. 730 e 733, CPC).

110 Muito antes da EC 45/2004, a doutrina vinha afirmando que o direito à tutela justa e tempestiva se achava implícito na Constituição, como decorrência do direito de *acesso à ordem jurídica justa*, previsto no mesmo art. 5º, inciso XXXV. De há muito a doutrina vinha entendendo que o acesso à justiça aí previsto não poderia limitar-se à garantia de o cidadão apenas ingressar em juízo com seu pedido; mas ia além: significava que o direito garantido era o de poder invocar a prestação jurisdicional e de obter do Poder Judiciário provimento *justo, eficaz e tempestivo*. Não teria o menor sentido o constituinte garantir o direito de acesso à justiça, se a prestação a ser dada ao cidadão pudesse ser injusta, ou seja, contra o direito, e se ela pudesse ser oferecida quando já não representasse nenhuma utilidade para a parte. Por isso, a doutrina, com Luiz Guilherme Marinoni à frente, vinha afirmando que o direito de acesso à justiça só poderia ser interpretado como o direito de se obter do Poder Judiciário prestação jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva, almejando-se de há algum tempo processo de resultados (MARINONI, no artigo “Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição”, p. 218). Portanto, o direito à razoável duração do processo, embora não estivesse abertamente previsto no texto constitucional, nele se encontrava inserido como decorrência daquele direito de acesso à ordem jurídica justa. O direito à solução tempestiva do processo, para outros, como José Rogério Cruz e Tucci, seria decorrência do direito ao devido processo legal, previsto no art. 5º, inciso LIV, da Constituição. Nessa óptica, *devido processo legal* inclui acesso à justiça, juiz natural, isonomia entre as partes, ampla defesa, publicidade, motivação dos atos judiciais e solução tempestiva (TUCCI e CRUZ. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual - civil e penal. São Paulo: RT, 1997. p. 88).

111 A respeito, veja-se: DINAMARCO, Cândido Rangel, **Instituições de Direito Processual Civil**. Ob cit. p. 179-80. v. 1.

### 3 REVISITAÇÃO DE ALGUMAS DISPOSIÇÕES LEGAIS

Cabe em seguida examinar alguns dispositivos do Código de Processo Civil de 1973 que, sem alteração de forma, adquiriram – ou, talvez, devem adquirir – novo significado, decorrente de novos preceitos inclusos no sistema legal e mesmo em face de uma nova mentalidade nascida no seio da sociedade. Essa alteração terá sido, em grande medida, provocada pelo vigente texto constitucional, que, como se sabe, deve pairar acima de todas as normas jurídicas<sup>112</sup>.

#### 3.1 Eficácia plena do texto constitucional

Conforme já se destacou, a compreensão das normas jurídicas pode variar ao longo do tempo. Sem que as palavras do texto legal hajam sofrido qualquer tipo de modificação, seu significado, entretanto, se altera no tempo. De fato, o contexto pode alterar-se, justificando novo significado para o texto primitivo, como também novos valores que passam a integrar o sistema jurídico podem importar em novo enfoque à disposição legal, antes incompatível com o ordenamento. A propósito, Larenz escreveu:

A alteração da situação normativa pode assim conduzir à modificação – restrição ou extensão – do significado da norma até aqui prevalente. De par com a alteração da situação normativa, existem factos, tais como, sobretudo, modificações na estrutura da ordem jurídica global [...], uma nítida tendência da legislação mais recente, um novo entendimento da ratio legis ou dos critérios teleológico-objectivos, bem como a necessidade de adequação do Direito pré-constitucional aos princípios constitucionais, que podem provocar uma alteração de interpretação. Disto falámos nós já. Os tribunais podem abandonar a sua interpretação anterior porque se convenceram que era incorrecta, que assentava em falsas suposições ou em conclusões não suficientemente seguras. Mas ao tomar em consideração o factor temporal, pode também resultar que uma interpretação que antes era correcta agora não o seja. O preciso momento em que deixou de ser ‘correcta’ é impossível de determinar. Isto assenta em que as alterações subjacentes se efectuam na maior parte das vezes de modo contínuo e não de repente. Durante um ‘tempo intermédio’ podem ser ‘plausíveis’ ambas as coisas, a manutenção de uma interpretação constante e a passagem a uma interpretação modificada, adequada ao tempo. É também possível que uma interpretação que aparecia originariamente como conforme à Constituição, deixe de o ser na sequência de uma modificação das relações determinantes [...]. Então é de escolher a interpretação, no quadro das possíveis segundo os outros critérios de interpretação, que seja agora a única conforme à Constituição.<sup>113</sup>

Em inúmeras oportunidades, tem-se constatado entre nós a modificação de entendimento dos diversos Tribunais, inclusive do Supremo Tribunal Federal, que, a partir de um certo momento, verificam que a anterior compreensão da norma não se justifica diante de outra realidade ou de valores surgidos *ex novo* ou compreendidos de maneira renovada. Assim, p.ex., em matéria de mandado de injunção, o Supremo Tribunal Federal inicialmente sustentou o entendimento segundo o qual, não tendo esse órgão do Poder Judiciário função legislativa, diante da falta de norma necessária, cabia-lhe tão só, à semelhança do que se passa na Ação de Inconstitucionalidade por Omissão, comunicar ao poder competente que ele se achava em mora e que deveria regulamentar o preceito que, para se tornar efetivo, dependia de regulamentação<sup>114</sup>. Ultimamente, entretanto, o mesmo Tribunal Supremo passou a entender que, diante da

112 Não é por acaso que o Projeto 166/2010 principia apresentando rol Dos Princípios e das Garantias Fundamentais do Processo, a propósito do que a Exposição de Motivos esclarece:

“1) A necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual.”

113 LARENZ, K. Ob. Cit., p. 498-9.

114 **Ementa:** MANDADO DE INJUNÇÃO. QUESTÃO DE ORDEM SOBRE SUA AUTO-APLICABILIDADE, OU NÃO. Em face dos textos da Constituição Federal relativos ao Mandado de Injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o artigo 5º, LXXI, dos quais o exercício

omissão regulamentar, cabia-lhe suprir a falta, para a parte poder usufruir seu direito<sup>115</sup>. A nova orientação, como se percebe com facilidade, revela preocupação com dar maior efetividade à norma constitucional e em tornar a prestação jurisdicional mais eficaz.

Em outras situações, a modificação de entendimento decorre da influência que o texto constitucional exerce sobre preceitos vigentes. É certo que, se a lei antiga é contrária ao texto constitucional, considera-se por este revogada. Mas é possível que, sem contrariar seu conteúdo, ao dispositivo antigo venha-se dar interpretação nova, conforme o texto constitucional<sup>116</sup>. Em diversas oportunidades, o Supremo Tribunal Federal ofereceu a preceito legal interpretação conforme a Constituição<sup>117</sup>.

É certo que, a partir da Constituição Federal de 1988, a doutrina passou a repensar diversos institutos jurídicos, inúmeras disposições legais e um sem-número de conceitos até então assentados. À partida, os constitucionalistas passaram a rever regras antes sedimentadas, como, p.ex., a que enxergava no anterior texto constitucional diversas normas programáticas, que não tinham eficácia sem regulamentação, a ser realizada por norma infraconstitucional. Após a nova Constituição, contudo, passou-se a compreender que as regras constitucionais são, por princípio, autoaplicáveis. Apenas quando o constituinte expressamente tiver previsto às claras a necessidade de lei para a norma constitucional ter eficácia plena é que, sem ela, o preceito deixa de ser autoaplicável. Tal visão decorre do princípio da efetividade das normas em geral, que tem ganhado nova dimensão nos últimos tempos<sup>118</sup>. Isso, sem dúvida, representa significativa alteração de rumos, o que influi, decisivamente, no modo de interpretar e de compreender as regras jurídicas.

---

está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, é ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade por omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, par. 2º, da Carta Magna), e de que se determine, se se tratar de direito constitucional oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional. – Assim fixada a natureza desse mandado, é ele, no âmbito da competência desta Corte – que está devidamente definida pelo artigo 102, I, “q” – autoexecutável, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regulamente, inclusive quanto ao procedimento, aplicável que lhe é analogicamente o procedimento do Mandado de Segurança, no que couber. Questão de ordem que se resolve no sentido da auto-aplicabilidade do mandado de injunção, nos termos do voto do Relator.

MI-QO 107 / DF - DISTRITO FEDERAL - QUESTÃO DE ORDEM NO MANDADO DE INJUNÇÃO. Relator: Min. MOREIRA ALVES - Julgamento: 23/11/1989 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno – Publicação: DJ 21-09-1990 PP-09782 EMENT VOL-01595-01 PP-00001 - Parte(s): REQTE.: JOSÉ EMÍDIO TEIXEIRA LIMA - REQDO.: PRESIDENTE DA REPÚBLICA (Acórdão extraído em 17.10.2008 do seguinte endereço: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=MI+mandado+de+injun%E7%E3o&pagina=15&base=baseAcordaos>>).

115 **Ementa:** MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. MANDADO DE INJUNÇÃO - DECISÃO - BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. APOSENTADORIA - TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS - PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR - ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor; impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei n. 8.213/91.

MI 758 / DF - DISTRITO FEDERAL - MANDADO DE INJUNÇÃO - Relator: Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 01/07/2008 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno – Publicação: DJe-182 DIVULG 25-09-2008 PUBLIC 26-09-2008 - EMENT VOL-02334-01 PP-00037 - Parte(s): Impte.(s): Carlos Humberto Marques - Impdo.(a/s): Presidente da República. (Acórdão extraído do endereço: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>, em 17/10/2008>).

116 A interpretação conforme, como explica Regina Ferrari, é uma técnica de salvamento da lei, que, admitindo vários significados, é aproveitada no sentido de que não contraria a Constituição (FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**, p. 246).

117 Confira-se, p.ex., a ADIn 2924 / SP - SÃO PAULO -, relatada pelo Sr. Min. CARLOS VELLOSO. Julgamento: 30.11.2005 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno - REQTE.(S): Governador Do Estado de São Paulo - REQDO.(A/S): Tribunal De Justiça do Estado de São Paulo.

**EMENTA:** CONSTITUCIONAL. PRECATÓRIO. CRÉDITO COMPLEMENTAR: NOVO PRECATÓRIO. Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, inciso V do art. 336. CF, art. 100. Interpretação conforme sem redução do texto. I. - Dispõe o inciso V do art. 336 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que “para pagamentos complementares serão utilizados os mesmos precatórios satisfeitos parcialmente até o seu integral cumprimento”. Interpretação conforme, sem redução do texto, para o fim de ficar assentado que “pagamentos complementares”, referidos no citado preceito regimental, são somente aqueles decorrentes de erro material e inexatidão aritmética, contidos no precatório original, bem assim da substituição, por força de lei, do índice aplicado. II. - ADI julgada procedente, em parte. (Acórdão extraído do endereço:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=interpretacao%20conforme%20regimento%20interno%20sp&base=baseAcordaos>>).

118 Cf., a propósito, **Interpretação e Aplicação da Constituição** de Luís Roberto Barroso, p. 246 e ss. Em certo momento comenta o autor que, influenciado pelo modelo francês, o constitucionalista do Brasil preocupava-se apenas com sua parte orgânica. Esse pensamento, contudo, tem-se alterado nos últimos tempos e passou “[...] dos domínios da ciência política e aproximou-se do direito processual” (Ob.cit., p. 254). Essa nova perspectiva tem importado em maior efetividade das normas constitucionais.

### 3.2 Influência da Constituição no âmbito processual

A partir do vigente texto constitucional, as diversas disciplinas jurídicas passam a ser estudadas sob os influxos desse direito novo. Observa-se uma nova preocupação, até então pouco notada, de se enfrentar cada ramo do direito segundo a óptica do constituinte.

No campo do Direito Processual Civil, surgem estudos voltados para examinar a influência da Constituição sobre seus institutos fundamentais. Fala-se, então, em Direito Constitucional Processual, que trata das regras processuais constitucionais, e em Direito Processual Constitucional, que se preocupa com o estudo dos institutos constitucionais do Direito Processual<sup>119</sup>. Por outras palavras, o Direito Constitucional Processual estuda as normas processuais que se encontram na Constituição, ao passo que o Direito Processual Constitucional se ocupa dos princípios que regulam a chamada jurisdição constitucional, dedicando-se, pois, ao estudo das ações constitucionais<sup>120</sup>.

A influência da Constituição sobre o processo é inegável, pois ela traça as linhas mestras da teoria do processo e, sendo a jurisdição um dos temas processuais centrais, é ela uma das funções estatais reguladas por aquele diploma superior, que repercute intensamente da disciplina infraconstitucional<sup>121</sup>.

A partir de então, o processualista (como o civilista, o tributarista, o penalista etc.) passa a se dedicar ao exame dos diversos institutos processuais tendo em conta os princípios e normas constitucionais. Não que antes pudessem as leis processuais contrariar a Constituição; entretanto, agora essa preocupação de compreensão dessas normas à luz do texto constitucional passou a ser muito intensa, quase obsessiva.

A revelar esse novo enfoque de compreensão das regras jurídicas é bastante rever, p.ex., o artigo 126 do Código de Processo Civil<sup>122</sup>, que, proibindo o juiz de proferir um *non liquet* diante da falta ou obscuridade da lei, prevê que o *princípio geral de direito* (eventualmente um princípio constitucional) é o último recurso para o auxiliar na solução do caso concreto. Hoje, entretanto, apesar de a regra não ter sido alterada, tem-se como certo que o princípio, inclusive e especialmente o constitucional, está por trás da letra da lei e serve de apoio para sua compreensão. É ele, pois, o ponto de partida para compreensão da regra jurídica e para suprir a lacuna da lei.

No item 2.4.2., procurou-se por em realce algumas modificações significativas introduzidas no direito processual civil, nomeadamente do Código de Processo Civil de 1973, para adaptar a norma a novos valores agasalhados pela sociedade, em decorrência dos quais se sentiu a necessidade de se alterar o texto legal. Esses novos valores, entretanto e como visto (3.2), podem importar em alteração do significado de preceito legal, sem que modificação alguma seu texto tenha experimentado. No sistema brasileiro, modificações significativas a que já se fez menção têm justificado a revisão de disposições antigas. Eis o que se procura desenvolver a partir do próximo item.

### 3.3 Normas revisitadas em espécie

Cabe, então, enfrentar algumas normas do Código de Processo Civil que, não obstante não tenham sofrido modificação em sua forma, à vista de novos valores, devem ser compreendidas de modo diverso daquele da época da promulgação desse diploma legal.

119 ROSAS, Roberto. **Direito Processual Constitucional**.: princípios constitucionais do processo civil. 3. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 12.

120 NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 26-7.

121 MARINONI, L. G. **Novas Linhas do Processo Civil**. Ob. cit., p. 16; e **O Projeto do CPC**: crítica e propostas. São Paulo: RT, 2010. p. 15 e ss.

122 “Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.”

### 3.3.1 Nova visão do princípio da instrumentalidade (art. 244, CPC)

A partir da Constituição de 1988 ganhou destaque uma maior preocupação do processualista com a efetividade da tutela jurisdicional. São judiciosas as considerações que José Roberto Bedaque desenvolve a respeito, merecendo relevo o ponto em que realça que a nova mentalidade do jurista tem justificado maior ênfase ao princípio da instrumentalidade, que ganhou nova dimensão<sup>123</sup>. Agora, mais do que quando o Código foi promulgado, pretende-se um muito maior aproveitamento dos atos processuais, para que o processo não acabe sem nenhuma utilidade. Isso passou a ser possível quando se descobriu que, conquanto distintas as funções do direito material e do direito processual, este existe para, quando surgir o conflito, poder aquele realizar-se. Ninguém põe mais em dúvida a autonomia do Direito Processual; entretanto, malgrado esta, todos procuram eliminar o máximo de entraves que podem surgir para a realização do direito material. Como realça o referido prof. Bedaque, descobriu-se que era tempo de reaproximar o processo do direito material, por isso, sempre que isto não importe em ofensa ao devido processo legal, deve haver predomínio do fim sobre a forma<sup>124</sup>.

Diante desta nova preocupação de aproveitar ao máximo o processo, que deve servir ao direito material, o artigo 244 do Código de Processo Civil adquiriu nova dimensão. Se, ao início da promulgação do Código o aproveitamento do ato transgressor da forma legal era muito pequeno, agora se tem otimizado o preceito, em razão do que se tem dado muito maior aproveitamento dos atos do que antes. Com isso, propicia-se mais ampla efetividade do direito material, para cuja realização existe o processo.

O seguinte trecho extraído de julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal revela essa nova preocupação no sentido de que o processo deve apresentar resultados, para o que o princípio da instrumentalidade contribua em larga medida:

11. [...] a efetividade da prestação jurisdicional implica em resultados práticos tangíveis e não meras divagações acadêmicas, porquanto, de há muito já afirmava Chiovenda, que o judiciário deve dar a quem tem direito, aquilo e justamente aquilo a que faz jus, posto (sic) não poder o processo gerar danos ao autor que tem razão. Ora, é da essência da ação civil pública gerar tutela específica, inibitória ou repressiva, sendo livre o juiz não só quanto às medidas de apoio para fazer valer a sua decisão, como também na prolação da mesma, impondo o que no direito anglo-saxônico se denomina *specific performance*. In casu, o Tribunal impôs uma prestação específica independentemente das multas, por isso que cada uma das medidas vêm prevista em leis federais distintas a saber: a que veda as práticas abusivas econômicas (lei 8.884/94) e 7.437/85 (lei da ação civil pública).<sup>125</sup>

123 Invocando Dinamarco, escreveu ele: “A ciência processual no Brasil encontra-se na fase de sua evolução que autorizada doutrina identifica como instrumentalista. É a conscientização de que a importância do processo está em seus resultados.” (BEDAQUE, J. R. S. **Direito e Processo**: influência do direito material sobre o processo. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 15).

124 BEDAQUE, J. R. S. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 60 *et passim*.

125 A ementa integral do acórdão está assim redigida:

**Ementa:** RECURSO ESPECIAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. TRANSPORTADORAS DE VEÍCULOS. “CEGONHEIROS”. INDÍCIOS DE ABUSO DE PODER ECONÔMICO E FORMAÇÃO DE CARTÉIS.

1. A violação do art. 535 do CPC ocorre quando há omissão, obscuridade ou contrariedade no acórdão recorrido. Inocorre o referido vício in procedendo posto não estar o juiz obrigado a tecer comentários exaustivos sobre todos os pontos alegados pela parte, mas antes, a analisar as questões relevantes para o deslinde da controvérsia.

2. O exame do preenchimento dos pressupostos para a concessão da tutela antecipada previstos no artigo 273, deve ser aferido pelo juiz natural, sendo defeso ao STJ o reexame desse pressuposto de admissibilidade, em face do óbice contido na súmula 07/STJ. (Precedentes da Corte: REsp 436.401/PR, 2ª T., Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 28/06/2004; AGA 520.452/RJ, 1ª T., Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 31/05/2004; REsp 521.814/SE, 5ª T., Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 08/03/2004; REsp 440.663/SP, 4ª T., Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 16/02/2004; REsp 515.536/AC, 3ª T., Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 19/12/2003.)

3. Aferição pelas instâncias inferiores de prática econômica abusiva violando a livre concorrência, posto estratégia tendente a limitar a participação nesse segmento aos integrantes da associação, influenciando sobremodo no preço do frete.

4. Comprovação dos fatos, *quantum satis* na instância inferior que gerou a concessão de tutela antecipatória *in itinere* com a fixação de cotas para os trabalhadores autônomos.

5. Deveras, a atuação paralela das entidades administrativas do setor (CADE e SDE), não inibe a intervenção do Judiciário *in casu*, por força do princípio da inafastabilidade, segundo o qual nenhuma ameaça ou lesão a direito deve escapar à apreciação do Poder Judiciário, posto inexistente em nosso sistema o contencioso administrativo e, *a fortiori*, desnecessária a exaustão da via extrajudicial para invocação da prestação jurisdicional.

O princípio da instrumentalidade, enfim, tem alcançado aplicação cada vez mais ampla, a revelar que, desde que isso não importe em ofensa a outros princípios que devem ser ponderados, como, por exemplo, o da ampla defesa, os atos processuais, ainda que não tenham observado a forma legal, atingiram-se a finalidade para a qual concebida a forma, devem ser aproveitados, para o direito material poder ser plenamente realizado.

### 3.3.2 Os artigos 125, I, e 130 do CPC

Outro preceito legal que vem experimentando alteração de significado sem modificação do texto – salvo quanto ao acréscimo de um inciso –, é o art. 125, inciso I, do Código de Processo Civil

6. Decisão atacada que, analisando as condições de mercado, fixou percentuais de participação de trabalhadores autônomos com fulcro no pilar da livre iniciativa, um dos fundamentos da República, posto valorizar o trabalho humano, conspirando em prol de uma sociedade digna, justa e solidária, como promete o novel Estado Princiológico Brasileiro, delineado no ideário da nação, que é a nossa Constituição Federal. Aliás, o art. 170 da CF dispõe: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre

iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:” Para esse fim, presta-se a intervenção estatal no domínio econômico, que, dentre outras medidas, consubstancia-se na repressão ao abuso do poder econômico consistente em medidas estatais que positivam impedimentos à formação ilegal de cartéis ou a práticas comerciais abusivas.

7. Destarte, as digressões acerca da metodologia da estratégia econômica, cujo entendimento interdisciplinar retrata a antijuridicidade apontada pelo Ministério Público, revelam-se prematura de análise em sede de recurso especial voltado contra a má apreciação dos requisitos da concessão da tutela antecipada, mercê de insindivível por força da Súmula 07/STJ.

8. Consectariamente, as decisões ao fixarem índices de participação, o fizeram analisando contratos adrede assinados, com o que, obliquamente, pretende-se que o E. STJ faça o mesmo, em afronta à Súmula 05.

9. Alegação de violação da Lei n. 8.894, que nas sanções ao eventual abuso do poder econômico não estabelece como penalidade a abertura compulsória do mercado, impondo contratados indesejados pelos contratantes.

10. Sob esse ângulo, é cediço que a possibilidade jurídica do pedido afere-se não pela previsão do mesmo no ordenamento, mas pela vedação do que se pretende via tutela jurisdicional, por isso que, em tema de direito processual, máxime quanto ao acesso à justiça, vige o princípio da liberdade, sendo lícito pleitear-se o que não é vedado.

11. Deveras, a efetividade da prestação jurisdicional implica em resultados práticos tangíveis e não meras divagações acadêmicas, porquanto, de há muito já afirmava Chiovenda, que o judiciário deve dar a quem tem direito, aquilo e justamente aquilo a que faz jus, posto não poder o processo gerar danos ao autor que tem razão. Ora, é da essência da ação civil pública gerar tutela específica, inibitória ou repressiva, sendo livre o juiz não só quanto às medidas de apoio para fazer valer a sua decisão, como também na prolação da mesma, impondo o que no direito anglo-saxônico se denomina *specific performance*. *In casu*, o Tribunal impôs uma prestação específica independentemente das multas, por isso que cada uma das medidas vem prevista em leis federais distintas a saber: a que veda as práticas abusivas econômicas (Lei 8.884/94) e 7.437/85 (lei da ação civil pública).

12. Ademais, o artigo 24, inciso V, 2ª parte, da Lei 8.884 prevê tutela inibitória de cessação de atividades infringentes aos princípios da ordem econômica, oportunidade em que, coadjuvada pela lei da ação civil, determina o fazer que conjura prática abusiva.

13. A suposta violação de cláusulas constitucionais escapa à cognição do Eg. STJ.

14. O Ministério Público in casu atua na defesa da ordem econômica, visando evitar os abusos, dentre os quais a cartelização do transporte de automóveis de ilegalidade manifesta.

15. A Lei n. 8.884, de 11.6.94, transformou o Conselho Administrativo da Defesa Econômica - CADE em autarquia, dispondo ainda sobre a prevenção e repressão das infrações contra a ordem econômica, revogando grande parte da legislação anterior e tendo, por sua vez, sido parcialmente modificada. A mencionada Lei n. 7.347, incluindo no art. 1º da mesma um inciso V, que tem a seguinte redação:

‘Regem-se pelas disposições desta lei... as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais acusados: I- [...]

V - por infração da ordem econômica.’

O art. 5º, II, da mesma Lei n. 7.347, também foi modificado para nele incluir uma referência à ordem econômica e à livre concorrência. Trata-se de ampliação do âmbito de utilização da ação civil pública que, como vimos, só pode ser usada nos casos legalmente previstos, de modo que, a partir de 1994, também se torna um instrumento para defesa de direitos individuais, difusos ou coletivos no plano econômico. Explica-se a inovação legislativa pelas modificações sofridas pela economia brasileira, com a sua recente abertura para o capital estrangeiro, em virtude da globalização que impera no mundo inteiro. A fim de evitar situações de dumping ou outras manobras ilegais, a ação civil pública tem a necessária dimensão, densidade e velocidade (em virtude da possibilidade de obtenção de medida liminar) para a defesa dos direitos e interesses das empresas brasileiras, uma contra as outras ou em relação às multinacionais sediadas no Brasil ou que operam no país.” (in Mandado de Segurança, Hely Lopes Meirelles, 26ª Edição, atualizada por Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, p. 198-9)

16. Inexiste violação ao princípio do ne bis in idem, tendo em vista a possibilidade de instauração concomitante de ação civil pública e de processo administrativo, *in casu*, perante a SDE - Secretaria de Desenvolvimento Econômico do Ministério da Justiça, para investigação e punição de um mesmo fato, porquanto as esferas de responsabilização civil, penal e administrativa são independentes.

17. O novel art. 129, III, da Constituição Federal habilitou o Ministério Público à promoção de qualquer espécie de ação na defesa do patrimônio público social não se limitando à ação de reparação de danos.

18. Em consequência, legitima-se o Ministério Público a toda e qualquer demanda que vise à defesa do patrimônio público (neste inserido o histórico, cultural, urbanístico, ambiental, etc.), sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade), bem como à defesa da ordem econômica, consoante dispõe o parágrafo único do art. 1º da Lei 8.884/94.

19. É cediço no Eg. STJ que “em ação proposta pelo Ministério Público Federal, órgão da União, somente a Justiça Federal está constitucionalmente habilitada a proferir sentença que vincule tal órgão” (CC 40.534, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 17/05/04). Ademais, o *amicus curiae* opina em favor de uma das partes, o que o torna um singular assistente, porque de seu parecer exsurge o êxito de uma das partes, por isso a lei o cognomina de assistente. É assistente *secundum eventum litis*.

20. Recurso especial desprovido.

de 1973<sup>126</sup>, que estabelece como dever do magistrado tratar as partes de maneira isonômica. Correlato com esse dispositivo e que também tem experimentado nova compreensão é o artigo 130 do mesmo Código<sup>127</sup>, que permite ao juiz tomar iniciativa na produção de provas. A modificação do significado desses dispositivos vem ocorrendo de forma quase imperceptível, e passou a ser mais evidente a partir da Constituição de 1988, que, como se realçou (item 2.4.2), deu ao princípio da igualdade conteúdo substancial, não meramente formal.

Conforme já dizia Rui Barbosa há muito, tratar igualmente as pessoas significa dar igual tratamento aos iguais e tratamento diferenciado para os desiguais. A partir do momento em que se passou a entender que o princípio tem esse conteúdo, desde que as partes não se achem em igualdade de condições, o tratamento de cada uma deve ser dispensado à medida dessa desigualdade<sup>128</sup>. Assim, se uma delas se acha mal assistida, se seu representante não mostrar o empenho que o da outra tiver revelado, cabe ao juiz suprir a omissão de uma, mesmo quando a causa envolver direitos disponíveis, pois, como adverte Marinoni, o juiz tem *responsabilidade social* e, assim, deve participar ativamente do processo, inclusive na produção de provas<sup>129</sup>. No passado, o juiz se mantinha equidistante, a pretexto de se mostrar neutro, imparcial. Aos poucos, entretanto, descobriu-se que essa distância favorecia à parte mais forte; de modo que, na verdade, a omissão do juiz importava em outorgar vantagens a quem menos precisava de proteção. Hoje se tem entendido que o tratamento isonômico supõe proteção ao mais fraco, ao débil, e autoriza, inclusive, iniciativa oficial quanto à prova para suprir sua omissão. Neste sentido é o seguinte precedente:

**Ementa:** PROVA. IMPULSO OFICIAL. ESTADO DE PERPLEXIDADE ANTE AS PROVAS JÁ PRODUZIDAS, EM ORDEM A JUSTIFICAR A INICIATIVA DO JUÍZO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 515 DO CPC. QUESTÃO ENVOLVENDO O ART. 463 DO CPC NÃO PREQUESTIONADA. RECURSO NÃO CONHECIDO.

Acórdão: Por unanimidade, não conhecer do Recurso Especial.

REsp 135613 / MG - RECURSO ESPECIAL 1997/0040091-3 Relator(a) MIN. COSTA LEITE, TERCEIRA TURMA - Data do Julgamento: 9.9.1997 - Data da Publicação/ Fonte: DJ 27.10.1997 p. 54798. (Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisa.jsp>>)

Há outros precedentes no mesmo sentido<sup>130</sup>.

126 O preceito tem a seguinte redação:

Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:

I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

II - velar pela rápida solução do litígio;

III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça;

IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes. (inciso incluído pela Lei n. 8.952, de 13.12.1994)

127 Eis o dispositivo:

Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

128 Neste sentido pronunciou-se o Superior Tribunal de Justiça no julgado assim ementado:

**Ementa:** Agravo no agravo de instrumento. Processual civil. Assistência judiciária. Indeferimento. Fundadas razões. Possibilidade. Tratamento das partes. Igualdade. Divergência jurisprudencial. Súmula 83 do STJ.

O Juiz, em havendo fundadas razões, pode indeferir o pedido de assistência judiciária, conforme dispõe o art. 5º, da Lei n. 1.060/50.

A imposição de tratamento desigual aos desiguais prestigia a denominada igualdade substancial ou real, inexistindo ofensa ao princípio da isonomia.

Não se conhece o recurso especial pela letra “c” do permissivo constitucional na hipótese em que o entendimento esposado pelo acórdão recorrido está em harmonia com a jurisprudência desta Col. Corte de Justiça.

STJ, AgRg no Ag 365537 / SP – n. 2001/0011338-9, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrihgi (1118), julgado em 2.8.2001, DJ 27/08/2001, p. 334.

129 MARINONI, L. G. *Novas Linhas do Processo Civil*. Ob. cit., p. 71 e ss.

130 Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes:

**Ementa:** PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. INICIATIVA PROBATÓRIA DO MAGISTRADO. POSSIBILIDADE.

1. Embora tenha o julgado deixado de fazer menção expressa ao art. 333, I do CPC, não há que se falar em omissão, já que a questão jurídica de que trata o citado dispositivo foi devidamente analisada, tendo o Magistrado *a quo* emitido juízo de valor acerca da controvérsia.

### 3.3.3 O art. 77 e o art. 264, CPC

Cassio Scarpinella Bueno, que em seu manual sobre processo civil propõe-se a estudar a disciplina a partir do Direito Constitucional<sup>131</sup>, em várias passagens propõe novo entendimento de antigas normas processuais. Quando enfrenta o *chamamento ao processo*, p.ex., propõe que se admita que, por esse meio, o réu, devedor de alimentos que não pode pagar tudo o que dele reclama o alimentado, convoque os demais parentes que tiverem condições de complementar a pensão pretendida, sob o argumento de que, embora a obrigação alimentar não seja solidária, a não ser quando o credor seja idoso (art. 12, L. 10.741/2003), essa seria a melhor solução para realização do direito material, diante do preceito contido no art. 1.698 do Código Civil de 2003. Assim, dever-se-ia dar entendimento ampliativo ao art. 77, inciso III, do Código de Processo Civil, e pondera ele que o chamamento não se justifica pela letra do dispositivo material nem pela restrição da lei processual, mas porque a situação dos diversos devedores de alimentos tem proximidade com a solidariedade, a justificar a ampliação do instituto, “*com vistas a um maior aproveitamento dos atos processuais*”<sup>132</sup>.

De fato, por falta de expressa previsão legal (art. 265, CCB), de regra, não há solidariedade entre os co-devedores de alimentos (art. 1.696, CCB), de modo que, em princípio não poderia o devedor acionado, que não tem condições de pagar tudo o que dele é pedido, chamar ao processo os demais obrigados (art. 77, III, CPC). Entretanto, se se considerar que pode haver esse chamamento quando o autor poderia acionar terceiros em litisconsórcio facultativo<sup>133</sup> e que, no caso, sendo os parentes mais distantes obrigados em face da impossibilidade do mais próximo (art. 1.698, CCB), não parece haver dúvida de que, conhecida essa impossibilidade de um parente antes da propositura da ação, o credor poderia, facultativamente, convocar em litisconsórcio os parentes seguintes (art. 46, I, CPC). Portanto, não haveria óbice, apesar da literalidade

2. Em que pese o art. 333, I do CPC determinar que compete ao autor o ônus da prova, quanto ao fato constitutivo do seu direito, o art. 130 do CPC possibilita também ao Juiz a iniciativa probatória, mesmo quando a parte tenha tido a oportunidade de requerer a produção da prova e, no entanto, quedou-se inerte.

3. De acordo com a prestigiada doutrina processualística contemporânea, admite-se uma atuação protagonista do Julgador, que, ao invés de mero fiscal da aplicação das leis, passa a agir intensivamente para a maior efetividade do processo, especialmente quando se tratar de relação processual desproporcional, a exemplo das demandas previdenciárias.

4. Recurso Especial do INSS improvido.

REsp 964649 / RS - RECURSO ESPECIAL 2007/0144690-5 - Relator(a) Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO - Órgão Julgador: QUINTA TURMA - Data do Julgamento 23.8.2007 - Data da Publicação/Fonte DJ 10.9.2007 p. 308. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: em 17.10.2008

Ainda:

**Ementa:** DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. CABIMENTO. DECISÕES DE MÉRITO. NECESSIDADE. DOCUMENTO. JUNTADA. APELAÇÃO. POSSIBILIDADE, DESDE QUE RESPEITADO O CONTRADITÓRIO E INOCORRENTE A MÁ-FÉ. FALSIDADE DE DOCUMENTO. ÔNUS DA PROVA. ARGUIDOR. PROVA. INICIATIVA DO JUIZ. POSSIBILIDADE. SITUAÇÃO DE CONTRADIÇÃO, OU CONFUSÃO.

- Na atual sistemática dos embargos infringentes, sem embargo do voto vencido, deve-se exigir, como condição de cabimento do recurso, a existência de dissonância entre o entendimento do juiz de primeiro grau de jurisdição e aquele manifestado pelo órgão colegiado quanto ao mérito da ação. Precedentes.

- A juntada de documentos com a apelação é possível, desde que respeitado o contraditório e inocorrente a má-fé, com fulcro no art. 397 do CPC. Precedentes. Na espécie, contudo, o banco teve a oportunidade de, no incidente de falsidade, produzir todas as provas que entendesse necessárias com vistas a demonstrar a inidoneidade do recibo de pagamento, mas preferiu quedar-se inerte, dispensando inclusive a prova pericial. Diante disso, operou-se a coisa julgada material, conforme prevista no art. 467 do CPC, de sorte que não cabia às instâncias ordinárias rediscutir tal controvérsia no âmbito do processo principal.

- De acordo com o art. 389, I, do CPC, “incumbe o ônus da prova quando: I – se tratar de falsidade de documento, à parte que a arguir”. Tendo, na espécie, ficado patente a inércia da parte na condução do processo, não a pode, depois, querer beneficiar-se de sua própria torpeza, travestida de um cerceamento de defesa que jamais existiu.

- Os juízos de primeiro e segundo graus de jurisdição, sem violação ao princípio da demanda, podem determinar as provas que lhes aprouverem, a fim de firmar seu juízo de livre convicção motivado, diante do que expõe o art. 130 do CPC.

- Não é cabível a dilação probatória quando haja outros meios de prova suficientes para o julgamento da demanda, devendo a iniciativa do juiz se restringir a situações de perplexidade diante de provas contraditórias, confusas ou incompletas.

Recurso especial conhecido e provido.

STJ, REsp 980191 / MS - RECURSO ESPECIAL 2007/0208671-4, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 21.2.2008, DJe 10.3.2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=980191&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 17.10.2008.

131 BUENO, C. S. **Curso Sistematizado**. Ob. cit., p. XIX e p. 35. v. 1.

132 Idem, **Curso Sistematizado**. Ob. cit., p. 520. v. 2. t. 1.

133 C. R. Dinamarco afirma que “*Perante o direito material, o terceiro que pode ser chamado ao processo está em situação muito semelhante à do réu originário, porque, ao menos in statu assertionis, ambos são de algum modo obrigados perante o autor [ ... ]*” (**Instituições**. Ob. cit., p. 420. v. 2).

do art. 77, III, CPC, em haver aquele chamamento ao processo desse parente seguinte. Na prática, entretanto, seria difícil imaginar interesse do réu em fazer esse chamamento, dispondo de elementos para provar sua falta de condição em suportar o valor reclamado pelo alimentante, já que o devedor só pode ser obrigado no limite de suas possibilidades (art. 1694, § 1º, CCB). O que a regra de direito material (art. 1.698, CCB) terá querido dispor, assim, é que, constatada a insuficiência de recursos do parente mais próximo, o alimentante pode, desde logo ou em ação ulterior, demandar cada um dos obrigados. A convocação desses outros parentes pelo credor de alimentos no processo em curso talvez encontre óbice na literalidade do art. 264 do Código de Processo Civil<sup>134</sup>. Entretanto, para dar efetividade à nova lei civil, talvez seja caso de se admitir a ampliação subjetiva da causa, mesmo após a fase saneadora, considerando, sobretudo, a natureza do direito aos alimentos, que envolve sobrevivência do alimentando.

### 3.3.4 Art. 70, incisos II e III, CPC

Na mesma linha de raciocínio até aqui desenvolvida, parece perfeitamente legítimo se compreender que, diante dos novos princípios constitucionais da celeridade e eficácia da prestação jurisdicional, não se pode mais admitir, irrestritamente, a denunciação da lide, quando facultativa<sup>135</sup>. A mesma limitação que inicialmente a jurisprudência e depois o parágrafo único do art. 46, CPC, fizeram para obstar o litisconsórcio facultativo multitudinário<sup>136</sup>, parece admissível para a denunciação da lide não obrigatória, notadamente quando ela importa em modificação da competência do juízo, com prejuízo especial para o autor. Conquanto a lei não contenha essa expressa ressalva, e ainda que a denunciação haja sido concebida para desde logo solucionar a lide do denunciante contra o terceiro, seu garante, quando isso importe em especial agravamento da condição da outra parte, é de se obstar tal intervenção. Neste sentido já teve oportunidade de se manifestar, p.ex., o Superior Tribunal de Justiça, no seguinte precedente:

**Ementa:** PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO. SUPOSTA OFENSA AO ART. 25 DA LEI 6.830/80. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. DISSÍDIO PRETORIANO NÃO DEMONSTRADO. ALEGADA NULIDADE POR AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL (LC 73/93, ART. 38) DA DECISÃO DO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU QUE INDEFERIU O PEDIDO DE DENUNCIAÇÃO DA LIDE. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PRINCÍPIOS DA INSTRUMENTALIDADE E DA ECONOMIA PROCESSUAL. SUBSISTÊNCIA DE AÇÃO REGRESSIVA. DOUTRINA. PRECEDENTES.

1. [...]

2. [...]

3. [...]

4. [...]

5. Nas ações de indenização fundadas na responsabilidade civil objetiva do Estado

<sup>134</sup> “Art. 264. Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei.

*Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo. (Redação dada pela Lei n. 5.925, de 1º.10.1973)”*.

<sup>135</sup> Como se sabe, malgrado o art. 70 do CPC afirmar ser obrigatória a denunciação nos casos ali previstos, a doutrina assentou-se no sentido de que apenas no caso do n. I isto se dá, pois o direito material (art. 1.116, CCB de 2003) a isto obriga, para o adquirente poder exercer o direito que lhe resulta da evicção; nos outros casos, como o direito material não obriga tal denunciação, ela é facultativa (cf., a respeito, GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**, p. 147 e ss. v. 1).

<sup>136</sup> C. R. Dinamarco dá tal denominação ao litisconsórcio composto “[...] de um número insuportavelmente grande de colitigantes [...]”, que prejudica a qualidade do serviço jurisdicional (**Instituições**. Ob. cit., p. 341. v. 2).

(CF/88, art. 37, § 6º), não é obrigatória a denúncia da lide dos eventuais responsáveis pelo ato lesivo (CPC, art. 70, III).

6. A pretensão de ressarcimento poderá ser objeto de ação regressiva autônoma, para não comprometer a rápida solução do litígio, hoje consubstanciada em garantia individual fundamental (CF/88, art. 5º, LXXVII).

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. (STJ, REsp764010/RJ - n. 2005/0104539-5, Primeira Turma, Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 24.10.2006, DJ 13.11.2006, p. 232).

O antigo Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul já havia decidido descabida a denúncia da lide, quando, em prejuízo do autor, isto importe em modificação da competência. Eis a ementa que contou com a relatoria do hoje Des. Araken de Assis:

**Ementa:** DENUNCIÇÃO DA LIDE (CPC, ART. 70, III). EMPRESA PÚBLICA FEDERAL. DESCABIMENTO. Em face do que dispõe o art. 109 do CPC, torna-se inadmissível a denúncia, se esta demanda acessória possui a seu favor regra de competência absoluta, que importaria o deslocamento da demanda principal, e não o contrário, como quer o diploma processual. Ademais, a denúncia é facultativa, de modo que seu descabimento somente significa que o denunciante terá de propor sua ação regressiva autônoma e posteriormente. Litisconsórcio necessário. Negado provimento. (ApC n. 190007740 / Porto Alegre, Terceira Turma, Rel. Araken de Assis, julgado em 14.3.1990).

Essa mesma orientação pode ser encontrada em outros precedentes de diversos Tribunais do País<sup>137</sup>.

Enfim, o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul teve ocasião de concluir despropositado invalidar processo para autorizar denúncia da lide que na espécie seria cabível, pois isto conspiraria contra o princípio da economia<sup>138</sup>.

<sup>137</sup> Confirmam-se, p.ex., os seguintes julgados:

**Ementa:** DENUNCIÇÃO DA LIDE. BANCO REPASSADOR DE RECURSOS PROVINDOS DO FINAME: PRETENDIDA DENUNCIÇÃO DA LIDE A ESTE. INCABIMENTO, POR IMPLICAR MODIFICAÇÃO DE COMPETÊNCIA. Incabível o deferimento de denúncia da lide quando, em razão dela, se der a modificação da competência, com deslocamento desta da esfera da justiça estadual para a federal. Eventual direito de regresso deverá ser exercitado através de ação autônoma, posteriormente. Agravo provido.

Unanime (TA.RS, AGI – n. 193163300/Novo Hamburgo, Sexta Câmara Cível, Rel. Moacir Adiers, julgado em 28.10.1993).

Ainda:

**Ementa:** PENSIONISTAS DE SERVIDORES - Município de Marília - *Denúnciação do IPESP* - Acolhida - Remessa dos autos à Comarca de São Paulo - Sentença que julgou apenas a lide secundária e determinou a remessa dos autos à Comarca de origem - Nulidade caracterizada - Incompetência da Comarca da Capital reconhecida de ofício - Impossibilidade de a lide secundária determinar o deslocamento da competência - Inteligência do artigo 87 do Código de Processo Civil - A competência é firmada no momento da propositura da ação - A alteração da competência só é possível pela supressão da Comarca, em razão da matéria ou da hierarquia - Nulidade absoluta caracterizada - Provido o recurso de ofício, para anular a sentença (TJ.SP, Apelação Cível n. 9.934-5/ São Paulo, Nona Câmara de Direito Público, Rel. Yoshiaki Ichihara, 8.4.98 - V.U.).

<sup>138</sup> **Ementa:** APELAÇÃO CÍVEL – AGRAVO RETIDO – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA – BUSCA E APREENSÃO TRANSFORMADA EM DEPÓSITO – DENUNCIÇÃO DA LIDE A TERCEIRO, ADQUIRENTE DO BEM SEM ANUÊNCIA DA FINANCIADORA – FATO QUE NÃO IMPEDIA A CONVOCAÇÃO DO TERCEIRO AO PROCESSO, PARA FIXAR SUA RESPONSABILIDADE PERANTE O DENUNCIANTE – DESPROPÓSITO, ENTRETANTO, DE ANULAR O PROCESSO JÁ SENTENCIADO PARA ESSA CONVOCAÇÃO, QUE PODE DAR-SE NOUTRO PLEITO – AGRAVO RETIDO A QUE SE NEGA PROVIMENTO – APELAÇÃO DO DEMANDADO QUE SE LIMITA A REPRODUZIR OS TERMOS DA CONTESTAÇÃO, SEM INDICAR ONDE ESTÁ O ERRO DO JULGAMENTO – RECURSO NÃO CONHECIDO – PRISÃO CIVIL – DESCABIMENTO NO CASO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA, EM QUE O DEVEDOR É EQUIPARADO A DEPOSITÁRIO, SEM AUTORIZAÇÃO CONSTITUCIONAL – RECURSO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

Conquanto, em princípio, fosse admissível a denúncia da lide ao adquirente de veículo gravado com alienação fiduciária (art. 70, III, CPC), ainda que isto se tenha dado sem autorização da credora, como essa intervenção de terceiro, no caso, não era obrigatória, e nada fez o interessado para logo reverter o indeferimento, não se invalida o processo já sentenciado para processar-se tal lide secundária, que conspira contra a economia do processo, sem maior vantagem para a parte que pode acionar tal denunciado.

Se a parte, no recurso, limita-se a reproduzir alegação já rejeitada sem demonstrar em que ponto a sentença errou, por violação a preceito legal (art. 514, II, CPC) e ofensa ao princípio da dialeticidade, a apelação não pode ser conhecida.

É descabida a prisão civil do devedor, embora equiparado por lei à condição de depositário, pois a vigente Constituição não mais admite essa equiparação permitida na revogada.

### 3.3.5 Art. 315, CPC

Poder-se-ia discutir, diante do princípio da duração razoável do processo ou, mais especialmente, em face do princípio da celeridade, se seria lícito ao magistrado não admitir a reconvenção, quando, embora ela tivesse preenchido os requisitos legais, haveria ela de importar em atraso demasiado na solução da causa originária. Cândido Rangel Dinamarco afirma que não se pode fazer tal restrição, ainda quando a reconvenção importar em ampliação subjetiva da causa, porque se acha superado o tempo em que o processo civil era do autor, não podendo ele invocar urgência para recusar reconvenções, ainda que ampliativas<sup>139</sup>. O processualista escreveu antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, por ele não levada em consideração. Tal posição pode ainda subsistir, mas, diante daquele novo princípio constitucional, parece muito ponderável indeferir reconvenção em situação em que a duração do processo virá a ser aumentada em demasia. Claro que uma certa demora maior se compensa com a economia que decorre do fato de duas lides serem julgadas concomitantemente. Claro também que o processo não é concebido apenas a benefício do autor. Entretanto, se o réu podia acionar o autor em processo autônomo, o que ainda continua a poder fazer, não é razoável aceitar sua reconvenção, se isto houver de, malgrado aquela economia, causar sensível demora na solução do pleito.

É sabido que o princípio da duração razoável do processo se realiza ponderando-se três elementos que ditam seu conteúdo: grau de dificuldade que emana da lide; comportamento das partes; e conduta do juiz na condução do processo<sup>140</sup>. Assim, a ampliação cognitiva decorrente da reconvenção pode ser elemento a justificar maior tempo para a solução do pleito, que, de tal arte, ter-se-á tornado mais complexo. O maior tempo necessário para a solução dessa causa, portanto, não representará, em princípio, violação a tal princípio. Entretanto, a preocupação hoje não é apenas com a duração razoável do processo, mas com a aceleração dos atos que se praticam para se chegar à prestação jurisdicional. Se, ainda que razoável a duração do processo, algum elemento for óbice a tal aceleração, poderá ser eliminado. O princípio da celeridade na prestação jurisdicional há de, nesta situação peculiar (de sensível demora), prevalecer sobre o da economia.

Os dois princípios haverão de ser sempre contrabalançados, de modo que não se pode *a priori* afirmar permitida ou, ao contrário, impertinente a reconvenção. Entretanto, a partir dessa nova visão do instituto confrontado com o princípio da celeridade, parece que não se pode admitir, sempre e invariavelmente, a reconvenção, ainda que preenchidos os requisitos legais para tanto, se isto importar em excessiva demora para a solução da causa.

### 3.3.6 A multa do art. 475-J, CPC

O mesmo princípio da celeridade, ou da duração razoável do processo, justifica interpretar o novo artigo 475-J do Código de Processo Civil como determinando ele que, a partir da intimação do conteúdo da sentença condenatória que seja líquida (ou da intimação da liquidação realizada), tem a parte 15 dias para efetuar o pagamento do valor apurado, sob pena de sobre este (e consectários da sucumbência) incidir a multa de 10% prevista no dispositivo. A parte não está inibida de recorrer da condenação (ou da decisão que define o valor liquidado), mas sabe que, se seu recurso não for provido, subsiste a condenação acrescida da

---

#### 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 agravo retido. Quanto ao recurso de Osvaldo, não conheceu, por unanimidade e quanto ao apelo do Banco dele conheceu e por maioria, vencido o vogal, negou-lhe provimento.

Campo Grande, 23 de novembro de 2004. - Apelação Cível - Lei Especial - n. 2004.008318-1/0000-00 - Campo Grande. Relator: Des. Jorge Eustácio da Silva Frias. Apelante s: Banco Finasa S.A. - e/o – Apelado: Banco Finasa S.A. e/o (Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br/esaj/jurisprudencia>>. Acessado em 17.10.2008).

139 DINAMARCO, C. R. **Instituições de Direito Processual Civil**. Ob. cit. p. 506. v. 3.

140 R. L. C. e Tucci transcreve Jean-Pierre Marguénaud, segundo quem “l’appréciation du caractère raisonnable de la durée de la procédure, elle se réalise au cas par cas à l’égard des critères consacrés para la jurisprudence de la Cour, notamment la complexité de l’affaire, le comportement des requérants et celui des autorités compétentes” (**Tempo e Processo**. Ob. cit. p. 68).

multa. Como se procura desenvolver em estudo feito sobre o tema<sup>141</sup>, além de a sentença recorrida ser ato jurídico sujeito à condição resolutiva (o que importa em reconhecer que o ato sentencial vale se não houver sua modificação por força do recurso, assim como vale naquilo em que o recurso não a tiver reduzido), o princípio da razoável duração do processo justifica o entendimento de que o constituinte pretendeu com aquele dispositivo incentivar o pronto cumprimento da sentença líquida e, assim, desestimular o uso de recurso. Não é, assim, como alguns doutrinadores vêm entendendo, a partir do trânsito em julgado de tal condenação ou, como a maioria parece concluir, de quando a sentença se torna exequível que se contam os 15 dias para a parte pagar sem o acréscimo da multa, mas de quando expira esse prazo, contado da intimação do devedor do conteúdo condenatório, desde que líquido (ou de quando é intimado da liquidação realizada).

A regra legal é posterior à Emenda Constitucional que quer processo tempestivo, mas, diante de sua falta de clareza, parece dever ser interpretada à luz daquele preceito constitucional.

#### 4 CONCLUSÃO

Conforme se procurou realçar ao longo deste ensaio, hoje a interpretação de muitas das regras processuais existentes no sistema jurídico não se faz da mesma forma que se fazia no passado. Vários preceitos legais foram expressamente alterados ao longo do tempo para atender a nova realidade, sendo certo que muitas dessas alterações realizadas pontualmente precisam ser enfrentadas de forma sistemática, o que recomenda apreensão da regra muito além de seu texto. Entrementes, muitas regras não sofreram modificação redacional, mas tiveram sua compreensão alterada por força de outros elementos que se têm modificado no tempo. Os valores e aspirações que são caros hoje na sociedade, e que são diferentes dos que vigoravam no passado, influem na interpretação de vários textos legais que se mantêm inalterados. Alertar para se compreender esses elementos que interferem na compreensão da norma foi tarefa encetada ao longo deste trabalho.

Entretanto, a interpretação e aplicação do direito não é algo mecânico; representa operação complexa, que não se limita à mera subsunção. O juiz, quando julga, faz muito mais do que simplesmente avaliar o texto legal, que precisa ser compreendido diante de um contexto normativo e de uma situação fática<sup>142</sup>. Assim, cada caso, por mais que ele envolva a aplicação de norma que tenha fundamentado julgamento de outro feito, representará um novo pleito, uma nova demanda, que exige exame específico, particular. A propósito, cabe ter presente a lição de Eros Grau, que, reportando-se a outro estudioso no livro *Force de Loi*, observa:

Cogitando da justiça da decisão do juiz, Jacques Derrida [1994:50-52] sustenta que ela não o será senão quando for um *jugement à nouveaux frais* (*fresh judgment*, na dicção de Stanley Fish). Ainda que essa decisão deva ser conforme uma lei preexistente, a sua interpretação é *ré-instaurative*, *ré-inventive*. E assim é, porque cada caso é um outro caso, cada decisão é diferente e requer uma interpretação absolutamente única, que nenhuma regra existente e codificada pode e deve garantir de modo absoluto.<sup>143</sup>

Assim, por mais que o juiz já tenha encontrado o significado de certa norma que teve aplicação em caso antes julgado, deve ter presente que, para o novo pleito, talvez a regra não poderá ser transposta de forma automática, porque, quiçá, os fatos agora não serão exatamente iguais aos do outro processo, justificando tratamento diferente ao dado anteriormente. Por isso, apesar da grande preocupação hoje com celeridade, tempestividade, abreviação da vida do processo, que pressionam o magistrado a julgar e produzir resultados quantitativamente expressivos, não pode ele perder de vista que é nas instâncias ordinárias que se examinam os fatos, que devem ser bem esmiuçados para se aplicar corretamente a norma jurídica bem

141 FRIAS, J. E. S., "A multa pelo descumprimento da condenação em quantia certa e o novo conceito de sentença", in *Execução Civil: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: RT, 2007. p. 148-72.

142 Eros Grau, a respeito, realça: "Como e enquanto interpretação/aplicação, ela parte da compreensão dos textos normativos e dos fatos, passa pela produção das normas que devem ser ponderadas para a solução do caso e finda com a escolha de uma determinada solução para ele, consignada na norma de decisão." (Ob. cit., p. 76).

143 Eros Roberto Grau. Ob. cit., p. 90.

apreendida. Cada caso, por mais rapidez a que se aspire, deve ser julgado com justiça, com qualidade; o que não tem a ver com linguajar rebuscado, com erudição, ou com provimentos extensos, recheados de reproduções de textos, próprios ou alheios. A justiça do julgamento decorre da correta apreensão dos fatos, que devem ser profunda e amplamente examinados, para em seguida se aplicar com justeza a regra jurídica; o que pode ser feito com simplicidade e sem nenhuma transcrição de lições dos doutos ou de precedentes de quem quer que seja.

Existe um constante embate entre a rapidez esperada para o julgamento e a justiça que se deve fazer em cada caso. São valores que a sociedade quer preservar e, por isto mesmo, um não pode anular o outro; é preciso que ambos sejam harmonizados diante de cada caso concreto. A celeridade não pode levar à realização de julgamentos apenas em tese, sem a apreensão exata dos fatos do processo, sob pena de se praticarem ignominiosas injustiças; assim como a preocupação com justiça não há de resultar em demora descomunal para causas simples. Caberá sempre equilibrar esses dois valores, a fim de que a justiça não caia em descrédito.

Em todo o caso, o que o julgador não pode perder de vista é que, por trás dos volumes dos autos, dos papéis frios que o compõem, distante do emaranhado de documentos que se lhe apresentam, existe um drama humano, uma alma viva e muitas vezes angustiada que, em grande número de vezes, tem pressa, mas que, no fim das contas, prefere uma solução menos pronta, desde que seja justa.

## 5 REFERÊNCIAS

- ALMEIDA COSTA, Mario Julio de . **História do direito português**. 2. ed. Coimbra/Portugal: Almedina, 1992.
- ARRUDA ALVIM NETO, J. M. **Manual de direito processual civil**. 10. ed. São Paulo: RT, 2006. v. I
- ASSIS, Araken. Exceção de Pré-Executividade. **Revista da AJURIS: doutrina e jurisprudência**, Porto Alegre, ano 26, n. 78, jul. 2000.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.
- \_\_\_\_\_. **Curso sistematizado de direito processual civil: Procedimento comum, ordinário e sumário**. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2. t. 1.
- \_\_\_\_\_. **Curso sistematizado de direito processual civil: Recursos. Processos e incidentes nos Tribunais. Sucedâneos recursais; técnicas de controle das decisões jurisdicionais**. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio A. Fábris Editor, 1993.
- CAMPANHOLE, Adriano & CAMPANHOLE Hilton Lobo. **Todas as constituições do Brasil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1978.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

- \_\_\_\_\_. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. v. 1.
- \_\_\_\_\_. **Nova era do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. São Paulo: RT, 2004.
- FRIAS, Jorge Eustácio da Silva. A multa pelo descumprimento da condenação em quantia certa e o novo conceito de sentença. In: Wambier et al, Teresa C. A. Alvim (coord.). **Execução civil**: estudos em homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: RT, 2007. p. 148-72.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, RT, ano 96, n. 858, p. 48-81, abr. 2007.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: RT, 1993.
- \_\_\_\_\_. Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição. In: TUCCI, J. R. Cruz e (Coord.). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: RT, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Teoria geral do processo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2007.
- \_\_\_\_\_. **O projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: RT, 2010.
- MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. Atualização de Ovídio Rocha Barros. 10. ed. Campinas: Millennium, 2006. v. 1.
- MASCARO, Alysson Leandro. **Crítica da legalidade e do direito brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.
- MIRANDA, Pontes de. **Dez anos de pareceres**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975. v. 4.
- NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 1.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha et al. **Terceira etapa das reformas do CPC**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ROSAS, Roberto. **Direito processual constitucional (Princípios Constitucionais do Processo Civil)**. 3. ed. São Paulo: RT, 1999.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia**. 2. ed. São Paulo: Forense, 2006.
- TUCCI, Rogerio L. Cruz e. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual - civil e penal. São Paulo: RT, 1997.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law e common law*. **RePro**, São Paulo, v. 34, n. 172, p. 121-73. jun. 2009.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Bookseller, 2000.

WOLKMER, Antonio Carlos, **História do direito no Brasil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

**ÍNDICE**

1	INTRODUÇÃO .....	41
2	ELEMENTOS INFLUENTES DA INTERPRETAÇÃO.....	42
2.1.	Componentes para interpretação da norma jurídica.....	42
2.2.	Os valores por trás da regra .....	43
2.3.	Estrutura político-social brasileira ao longo do tempo .....	48
2.3.1.	Brasil-Colônia. ....	48
2.3.2.	Proclamação da Independência e República .....	49
2.4.	Valores dos últimos tempos .....	52
2.4.1.	O Código de Processo Civil de 1973 .....	53
2.4.2.	A Constituição de 1988 e algumas reformas processuais.....	56
3	REVISITAÇÃO DE ALGUMAS DISPOSIÇÕES LEGAIS .....	61
3.1.	Eficácia plena do texto constitucional. ....	61
3.2.	Influência da Constituição no âmbito processual. ....	63
3.3.	Normas revisitadas em espécie .....	64
3.3.1.	Nova visão do princípio da instrumentalidade (art. 244, CPC) .....	64
3.3.2.	Os artigos 125, I, e 130 do CPC.....	66
3.3.3.	O art. 77 e o art. 264, CPC. ....	67
3.3.4.	Art. 70, incisos II e III, CPC.....	68
3.3.5.	Art. 315, CPC. ....	70
3.3.6.	A multa do art. 475-J, CPC.....	70
4	CONCLUSÃO .....	71
5	REFERÊNCIAS.....	72

REVISTA  
TRIMESTRAL DE  
JURISPRUDÊNCIA

TJMS

# JURISPRUDÊNCIA CÍVEL



**Órgão Especial**  
**Impugnação ao Cumprimento de Sentença em Execução de Sentença em**  
**Ação Rescisória - n. 2003.007773-1/0002-01 - Camapuã**  
**Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte**

EMENTA – AÇÃO RESCISÓRIA – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS – TERMO INICIAL DA CORREÇÃO MONETÁRIA – OMISSÃO ACERCA DOS JUROS MORATÓRIOS – SÚMULA N. 254 DO STF – INCIDÊNCIA A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO – PRECEDENTES DO STJ – IMPUGNAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

Nos honorários sucumbenciais, arbitrados em quantia certa, a correção monetária deve incidir a partir da data de sua fixação, sob pena de enriquecimento indevido.

Mesmo que o acórdão seja silente quanto aos juros, estes devem ser inclusos na liquidação, nos termos da Súmula n. 254 do STF c.c. Art. 293 do CPC.

De acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, nos honorários sucumbenciais arbitrados em quantia certa, os juros moratários devem incidir a partir do trânsito em julgado do acórdão ou sentença em que fixados.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, julgar parcialmente procedente a impugnação. Suspeitos os vogais 3º e 11º Ausentes, por férias, os vogais 4º e 7º.

Campo Grande, 1º de junho de 2011.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Antônio João Hugo Rodrigues e Maria Aparecida dos Santos Barros Rodrigues, com fundamento no artigo 475 - L - do Código de Processo Civil, oferecem impugnação ao cumprimento de sentença em face de Wilson Abud, aduzindo, em síntese, que há excesso de execução.

Alegam que o impugnado teria incluído juros a partir do ajuizamento da ação rescisória, sem base no título executivo judicial e em sentido contrário ao da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consubstanciado no entendimento de que eles incidem somente a partir da intimação para o cumprimento do julgado.

Acrescentam que a Súmula n. 14 do STJ, utilizada pelo impugnado no cálculo do montante dos honorários advocatícios não teria aplicação ao caso em apreço, razão pela qual a correção monetária deve incidir apenas a partir da data em que o acórdão foi proferido, qual seja, 12.5.2004.

Desse modo, concluem que o excesso seria de R\$ 11.936,57 (onze mil, novecentos e trinta e seis reais e cinquenta e sete centavos).

Ao final, pugnam pela procedência da impugnação a fim de afastar o excesso de execução no importe de R\$ 11.936,57 (onze mil, novecentos e trinta e seis reais e cinquenta e sete centavos), decorrente da indevida inclusão de juros e da incorreta aplicação da correção monetária, reconhecendo-se a quitação da obrigação, condenando-se o impugnado ao pagamento das custas e honorários advocatícios.

Requerem o recebimento da presente, com atribuição de efeito suspensivo.

Com a inicial, vieram os documentos de f. 11-9.

Por meio da decisão de f. 21-2, indeferi o pedido de efeito suspensivo e determinei a lavratura do termo de penhora (f. 63).

O impugnado, em sua resposta (f. 27-62), aduziu que a correção monetária deve incidir a partir da fixação pelo acórdão, ou seja, de maio de 2004 até a data do efetivo pagamento. Esclarece que os juros foram aplicados a partir da fixação dos honorários pelo acórdão (maio/2004), e não do ajuizamento da ação, como afirmado na impugnação.

Discorda que o bem dado em garantia (veículo F- 4000, ano 2007/2008, placas HSY 69/31/MS, Renavam 944867596) permaneça na guarda do impugnante, uma vez que este poderá vendê-lo a qualquer tempo, existindo antecedente nesse sentido.

Oferece, como caução, a fim de elidir o risco de lesão grave arguido pelo impugnante, parte do crédito representado pelo título judicial em fase de cumprimento, autuado sob o n. 001.06.128113-2, que tramita perante a 13ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande-MS, pugnando pela avaliação e leilão do veículo penhorado.

Por fim, pede o levantamento do valor incontroverso depositado nos autos, no montante de R\$ 14.830,81 (quatorze mil, oitocentos e trinta reais e oitenta e um centavos)

### **VOTO (EM 25.5.2011)**

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

Antônio João Hugo Rodrigues e Maria Aparecida dos Santos Barros Rodrigues, com fundamento no artigo 475 - L - do Código de Processo Civil oferecem impugnação ao cumprimento de sentença em face de Wilson Abud, aduzindo, em síntese, que há excesso de execução.

Alegam que o impugnado teria incluído juros a partir do ajuizamento da ação rescisória, sem base no título executivo judicial e em sentido contrário ao da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consubstanciado no entendimento de que eles incidem somente a partir da intimação para o cumprimento do julgado.

Acrescentam que a Súmula n. 14 do STJ, utilizada pelo impugnado no cálculo do montante dos honorários advocatícios não teria aplicação ao caso em apreço, razão pela qual a correção monetária deve incidir apenas a partir da data em que o acórdão foi proferido, qual seja, 12.5.2004.

Desse modo, concluem que o excesso seria de R\$ 11.936,57 (onze mil, novecentos e trinta e seis reais e cinquenta e sete centavos).

Ao final, pugnam pela procedência da impugnação, a fim de afastar o excesso de execução no importe de R\$ 11.936,57 (onze mil, novecentos e trinta e seis reais e cinquenta e sete centavos), decorrente da indevida inclusão de juros e da incorreta aplicação da correção monetária, reconhecendo-se a quitação da obrigação, condenando-se o impugnado ao pagamento das custas e honorários advocatícios.

Requerem o recebimento da presente, com atribuição de efeito suspensivo.

Com a inicial, vieram os documentos de f. 11-9.

Por meio da decisão de f. 21-2, indeferi o pedido de efeito suspensivo e determinei a lavratura do termo de penhora (f. 63).

O impugnado, em sua resposta (f. 27-62), aduziu que a correção monetária deve incidir a partir da fixação pelo acórdão, ou seja, de maio de 2004 até a data do efetivo pagamento. Esclarece que os juros foram aplicados a partir da fixação dos honorários pelo acórdão (maio/2004) e não do ajuizamento da ação, como afirmado na impugnação, por isso o valor de R\$ 26.478,93 (vinte e seis mil, quatrocentos e setenta e oito reais e noventa e três centavos), apresentado na inicial, estaria correto.

Discorda que o bem dado em garantia (veículo F- 4000, ano 2007/2008, placas HSY 69/31/MS, Renavam 944867596) permaneça na guarda do impugnante, uma vez que este poderá vendê-lo a qualquer tempo, existindo antecedente nesse sentido.

Oferece, como caução, a fim de elidir o risco de lesão grave arguido pelo impugnante, parte do crédito representado pelo título judicial em fase de cumprimento, autuado sob o n. 001.06.128113-2, que tramita perante a 13ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande-MS, pugnando pela avaliação e leilão do veículo penhorado.

Por fim, pede o levantamento do valor incontroverso depositado nos autos, no montante de R\$ 14.830,81 (quatorze mil, oitocentos e trinta reais e oitenta e um centavos).

### **1) Termo inicial da correção monetária**

Os impugnantes alegam que o impugnado teria incluído correção monetária pelo IGPM/FGV, desde a data da propositura da ação rescisória (25.7.2003), quando o correto seria a partir do momento em que os honorários advocatícios foram fixados pelo acórdão, em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) (12.5.2004).

Como se sabe, fixados os honorários advocatícios em quantia certa, a atualização monetária incide a partir da data da sua fixação, sob pena de enriquecimento indevido. A incidência da correção monetária a partir do ajuizamento da ação justifica-se quando os honorários são fixados em percentual sobre o valor da causa, tendo em vista a normal depreciação desse valor até o respectivo pagamento.

No caso em tela, a despeito de o impugnado ter feito referência à eventual aplicação da Súmula n. 14 do Superior Tribunal de Justiça<sup>1</sup>, o que, em tese, caracterizaria incorreção no cálculo, pois não se trata de honorários fixados sobre o valor da causa, às f. 1004, verifica-se que o *dies a quo* da correção monetária fora, de fato, a data do acórdão, qual seja, 12.5.2004, razão pela qual o valor de R\$ 4.710,52 (quatro mil, setecentos e dez reais e cinquenta e dois centavos), obtido pelo impugnado, até o mês de janeiro de 2011, mostra-se escoreito.

Dessa forma, rejeito a alegação do impugnante de que haveria um excesso de R\$ 168,16 (cento e sessenta e oito reais e dezesseis centavos) no cálculo da correção monetária.

<sup>1</sup> Arbitrados os honorários advocatícios em percentual sobre o valor da causa, a correção monetária incide a partir do respectivo ajuizamento.

## 2) Termo inicial dos juros moratórios

Em relação aos juros, alegam os impugnantes que, além de não existir previsão no título judicial, foram eles inclusos no cálculo desde o ajuizamento da ação, apesar de a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ter consolidado o entendimento de que seriam devidos somente a partir da intimação para o cumprimento do julgado.

A irresignação, no particular, merece ser parcialmente acolhida.

Na execução fundada em título judicial, os juros de mora incluem-se na liquidação, ainda que omissa o acórdão a respeito, uma vez que, por tratar de matéria de ordem pública, integram o principal, a teor do artigo 293 do CPC<sup>2</sup> e da Súmula n. 254 do STF<sup>3</sup>, logo, não há falar em impossibilidade de cobrança dos juros.

Por sua vez, eles devem incidir somente a partir do trânsito em julgado do aresto (f. 745-66) que fixou os honorários advocatícios (23.3.2010). Tal entendimento fundamenta-se no fato de que, na data do acórdão da ação rescisória (12.5.2004), o crédito ainda não estava consolidado, tampouco continha os requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade, não há, portanto, falar em mora no seu pagamento.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ARTIGO 535 DO CPC. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS. JUROS E MORA. SÚMULA N. 254/STF. TERMO INICIAL.

[...]

2. Mesmo que a parte autora não tenha formulado pedido expresso de condenação em juros, poderá o juiz incluí-los na sentença, sem que tal fato importe julgamento *extra* ou *ultra petita*.

3. Poderão os juros ser acrescidos à condenação principal até a fase de liquidação, caso a sentença não os tenha fixado. Inteligência da Súmula n. 254/STF.

4. O termo inicial dos juros moratórios sobre o cálculo de honorários advocatícios de sucumbência é a data do trânsito em julgado do acórdão ou sentença em que fixados.

5. Recurso especial não provido.<sup>4</sup>

PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AOS ARTS. 165, 458, I e II, E 535 DO CPC. JULGAMENTO CONTRÁRIO À PARTE. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA NOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. TERMO A QUO. TRÂNSITO EM JULGADO.

[...]

2. Os juros moratórios incidem no cálculo dos honorários advocatícios a partir do trânsito em julgado do aresto ou da sentença em que foram fixados.

3. Recurso especial provido.<sup>5</sup>

2 Art. 293. Os pedidos são interpretados restritivamente, compreendendo-se, entretanto, no principal os juros legais.

3 Incluem-se os juros moratórios na liquidação, embora omissa o pedido inicial ou a condenação.

4 REsp n. 1.104.378/RS.

5 REsp n. 771.029/MG.

Desse modo, acolho parcialmente a irresignação do apelante para determinar que os juros moratórios tenham incidência a partir do trânsito em julgado (23.3.2010) do aresto que fixou os honorários advocatícios.

### 3) Consolidação do valor devido pelos impugnantes

Feitas as observações acima, tem-se que o valor devido, atualizado para o mês de maio do ano corrente, corresponde a R\$ 17.254,94 (dezesete mil, duzentos e cinquenta e quatro reais e noventa e quatro centavos), obtido por meio do programa de cálculos judiciais (easyCalc).

### 4) Honorários advocatícios

A Lei n. 11.232/2005 não retirou a possibilidade de condenação de honorários, distintos daqueles arbitrados na sentença condenatória, isto é, honorários para segunda fase denominada de “cumprimento da sentença”.

O Desembargador Dorival Renato Pavan, em obra específica, discorre sobre o assunto. Vejamos:

Penso que não existe razão para mudança de entendimento, em que pese que, agora, a impugnação não é ação, mas incidente processual destinado a concretizar a regra constitucional de defesa do devedor.

E assim deve ser porque o devedor oferece resistência à pretensão do credor, quando era de sua obrigação cumprir o julgado no prazo previsto na primeira parte do artigo 475-J.

A simples resistência, ou irresignação do devedor com relação à pretensão do credor de recebimento do seu crédito, e a simples necessidade de o credor ter que se valer do procedimento expropriatório de bens para fazer valer seu direito, já carrega para o devedor o ônus processual da sucumbência e, inserida nesta, a responsabilidade pelo pagamento da verba honorária.

[...]

Afinal, conveniente não olvidar que os honorários foram fixados, na primeira fase, levando em consideração o trabalho profissional até então desenvolvido.

Se o advogado do credor tiver que lançar mão da segunda fase destinada ao cumprimento da sentença, em que terá que praticar inúmeros atos processuais executivos, não se me afigura justo que não seja ele, advogado, remunerado, condignamente, e segundo os parâmetros contidos no § 4º do artigo 20 do CPC, mediante a fixação de novos honorários advocatícios.<sup>6</sup>

O Superior Tribunal de Justiça já consolidou esse entendimento:

A partir do julgamento do REsp n. 1.028.855/SC, pela Corte Especial, o STJ firmou o entendimento de que é cabível a condenação em honorários advocatícios na fase de cumprimento de sentença, a fim de remunerar os advogados pela prática de atos processuais necessários à promoção ou à impugnação da pretensão executiva nela deduzida.<sup>7</sup>

Entretanto, os honorários devem ser fixados, por equidade, nos termos do § 4º do art. 20 do CPC, por não ter havido condenação e por se tratar de impugnação ao cumprimento de sentença, que equivale à execução embargada.

<sup>6</sup> PAVAN, Dorival Renato. *Comentários às Leis n. 11.187 e 11.232, de 2005, e 11.382, de 2006*. 2. ed. São Paulo: Pillares, 2007. p. 380-1.

<sup>7</sup> AgRg no REsp n. 1128124/SC

Assim, levando-se em conta o trabalho realizado, a simplicidade da matéria, a desnecessidade de produção de provas e o espaço de tempo para solução da lide, fixo os honorários em R\$ 1.000,00 (mil reais).

### **5) Levantamento de parte do numerário depositado**

Considerando que o valor de R\$ 14.830,81 (quatorze mil, oitocentos e trinta reais e oitenta e um centavos) é incontroverso, defiro o pedido de levantamento apresentado às f. 33.

### **6) Caução**

O impugnado, buscando o prosseguimento do feito, oferece como caução parte do crédito que detém, estimado em R\$ 431.227,84 (quatrocentos e trinta e um reais e oitenta e quatro centavos), nos autos do Processo n. 001.06.128113-2, que tramita perante a 13ª Vara Cível da Capital, em fase de cumprimento de sentença, tendo o impugnante como devedor.

Nessa esteira, lavre-se termo de caução no valor de R\$ 11.936,57 (onze mil, novecentos e trinta e seis reais e cinquenta e sete centavos), equivalente ao montante discutido nos presentes autos, sem prejuízo de eventual reforço, caso se faça necessário.

### **7) Dispositivo**

Em face do exposto, com fundamento no artigo 269, I, do CPC, julgo parcialmente procedente a impugnação ao cumprimento de sentença apresentada por Antônio João Hugo Rodrigues e Maria Aparecida dos Santos Barros Rodrigues, a fim de fixar, como termo inicial dos juros moratórios, a data do trânsito em julgado do aresto em que os honorários advocatícios foram estabelecidos, qual seja, 23.3.2010.

Neste caso, considerando que cada litigante foi em parte vencedor e vencido (os impugnantes nos juros e o impugnado na correção monetária), deverão arcar com as custas processuais e os honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais), na proporção de 50% para cada um, compensando-se, na forma do artigo 21, *caput*, do CPC<sup>8</sup>.

Independente da interposição de recurso, expeça-se alvará, em favor do impugnado, Wilson Abud, para o levantamento da quantia incontroversa de R\$ 14.830,81 (quatorze mil, oitocentos e trinta reais e oitenta e um centavos).

Lavre-se, outrossim, nos autos do cumprimento de sentença, termo de caução no valor R\$ 11.936,57 (onze mil, novecentos e trinta e seis reais e cinquenta e sete centavos), referente a parte do crédito que o impugnado detém no Processo n. 001.06.128113-2, que tramita perante a 13ª Vara Cível da Capital. Ato contínuo, proceda-se à avaliação do bem penhorado à f. 63, que permanecerá depositado com o impugnante até posterior decisão, não existindo motivos, neste momento, para se desconfiar que o bem corra risco de ser indevidamente alienado.

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (1º Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (9º Vogal)

De acordo com o relator.

<sup>8</sup> ED no REsp n. 892139/RS

ADIADO EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO DESEMBARGADOR JOENILDO, APÓS O RELATOR E OS DESEMBARGADORES BRANDES E RUBENS ACOLHEREM PARCIALMENTE A IMPUGNAÇÃO. SUSPEITO O 3º VOGAL. OS DEMAIS AGUARDAM.

### VOTO (EM 1º.6.2011)

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves (2º Vogal)

Para melhor compreensão da controvérsia submetida ao crivo desta Corte Julgadora, pedi vista do presente feito na sessão passada, sendo que, após análise de todo o processado, hei por acompanhar o e. relator, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Versam os autos sobre impugnação ao cumprimento de sentença, no qual se alega excesso de execução sobre o valor fixado a título de honorários advocatícios na Ação Rescisória n. 2003.007773-1.

Segundo sustenta o impugnante, o impugnado incluiu correção monetária pelo IGPM/FGV desde a data da propositura da ação rescisória, bem como acrescentou juros de mora à razão de 1% a contar do mesmo momento.

Como é sabido, para a incidência de juros moratórios, é imprescindível a configuração da mora, sendo esta observada apenas na hipótese em que não realizado o pagamento no tempo, lugar e forma prevista em lei. Assim, sendo exigível o pagamento de honorários advocatícios apenas após o trânsito em julgado da decisão que os arbitrar, não há impor o início do cômputo dos juros antes da consumação de tal evento.

A jurisprudência segue esta orientação:

PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AOS ARTS. 165, 458, I e II, E 535 DO CPC. JULGAMENTO CONTRÁRIO À PARTE. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA NOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. TERMO *A QUO*. TRÂNSITO EM JULGADO. [...]. Os juros moratórios incidem no cálculo dos honorários advocatícios a partir do trânsito em julgado do aresto ou da sentença em que foram fixados. [...] (STJ, REsp n. 771029, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ de 9.11.2009).

APELAÇÕES CÍVEIS – EMBARGOS À EXECUÇÃO – EXECUÇÃO DE HONORÁRIOS – JUROS DE MORA – INCIDÊNCIA A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – DEVIDOS – RECURSOS PROVIDOS EM PARTE. Tendo em vista que o devedor constitui-se em mora a partir do instante em que deveria ter cumprido com sua obrigação e não o fez, os juros de mora devem incidir a partir da data do trânsito em julgado da sentença que fixou os honorários advocatícios. [...] (TJMS, AC n. 2007.036057-4, Campo Grande, Primeira Turma Cível, Rel. Des. João Maria Lós, julgado em 4.5.2010).

HONORÁRIOS FIXADOS EM SENTENÇA NÃO MODIFICADOS EM SEGUNDA INSTÂNCIA - RECURSO RECEBIDO EM AMBOS OS EFEITOS - Juros de mora que devem incidir a partir da intimação do trânsito em julgado da condenação (TJSP, Ag n. 7343253800, Rel. Des. Melo Colombi, DJ de 5.8.2009).

Com efeito, os juros de mora deverão ser computados desde a data do trânsito em julgado do acórdão que arbitrou os honorários advocatícios.

No que diz respeito à correção monetária, arbitrados os honorários advocatícios em quantia certa, a atualização pelo IGPM/FGV incide a partir da sentença ou acórdão que os concedeu, sob pena de, assim não sendo, haver enriquecimento sem causa de uma parte em detrimento da outra.

Neste sentido:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO DE EXECUÇÃO. TÍTULO EXTRAJUDICIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DO BANCO DO ESTADO DE SÃO PAULO S/A - BANESPA. OMISSÃO NÃO CARACTERIZADA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DA FINDER ELETROMECAÂNICA LTDA. CORREÇÃO MONETÁRIA. OMISSÃO EXISTENTE. NECESSIDADE DE SUPRIMENTO DO JULGADO. [...]. III - A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a atualização monetária incide a partir da data da fixação dos honorários, em quantia certa, neste Superior Tribunal de Justiça. Precedentes. [...] (STJ, ED no REsp n. 802.545/AM, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 9.3.2010, DJ de 29.3.2010).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. [...] TERMO INICIAL DA CORREÇÃO MONETÁRIA. OMISSÃO EXISTENTE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DA DIXIE TOGA S/A COM EFEITOS MODIFICATIVOS. ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL POR AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ACÓRDÃO EMBARGADO QUE REDUZIU O VALOR DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MATÉRIA EXPLICITAMENTE PREQUESTIONADA. OMISSÃO INEXISTENTE. [...]. 2. É firme a jurisprudência no sentido de que, fixados os honorários, neste Superior Tribunal de Justiça, em quantia certa, a atualização monetária incide a partir da data de sua fixação. Precedentes: REsp n. 63.661/MG, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 20.5.1996, AgRg no REsp n. 201.147/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 21.2.2000 e ED no REsp n. 916.064/SP, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Denise Arruda, DJ de 1º.10.2008). [...] (STJ, ED no AgRg no REsp n. 1095367/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 15.9.2009, DJ de 25.9.2009).

Em face do exposto, acompanho o e. relator para julgar parcialmente procedente a impugnação ao cumprimento de sentença aviada por Antônio João Hugo Rodrigues.

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli (5º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

A Sr<sup>a</sup> Des<sup>a</sup> Tânia Garcia de Freitas Borges (6ª Vogal)

De acordo com o voto do relator.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (8º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (10º Vogal)

De acordo com o voto do relator.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, JULGARAM PARCIALMENTE PROCEDENTE A IMPUGNAÇÃO. SUSPEITOS OS VOGAIS 3º E 11º. AUSENTES, POR FÉRIAS, OS VOGAIS 4º E 7º.

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Claudionor Miguel Abss Duarte, João Carlos Brandes Garcia, Joenildo de Sousa Chaves, Paulo Alfeu Puccinelli, Tânia Garcia de Freitas Borges, Sérgio Fernandes Martins, Rubens Bergonzi Bossay e Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 1º de junho de 2011.

\*\*\*

**Órgão Especial**  
**Mandado de Segurança n. 2010.016072-3 - Capital**  
**Relator Des. Divoncir Schreiner Maran**

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA – DECADÊNCIA – MANDADO DE SEGURANÇA DE NATUREZA PREVENTIVA – SÚMULAS N. 239 E N. 266 DO STF – NÃO INCIDENTES – MÉRITO – EXCLUSÃO DO BENEFÍCIO FISCAL DE CRÉDITO PRESUMIDO – ICMS – ESTABELECIMENTO FRIGORÍFICO EXPORTADOR – DISCRÍMEN PAUTADO NA OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA COMO DESDOBRAMENTO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA – ORDEM DENEGADA.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que o mandado de segurança impetrado com o objetivo de se obter o reconhecimento do direito à compensação tributária tem caráter preventivo, em face de eventual atuação fiscal, motivo pelo qual se rejeita a alegação de decadência.

Quando presente relação jurídica permanente com a incidência repetida de fato gerador instantâneo, admite-se a eficácia vinculante da sentença também em relação aos eventos recorrentes, de modo a afastar o óbice da Súmula n. 239 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes STJ.

*In casu*, o Decreto n. 12.056/2006 (artigo 13-A, § 1º) faz restrição expressa à condição do impetrante, de modo que não incidente o impeditivo carreado no verbete sumular n. 266 do Supremo Tribunal Federal, porquanto presentes efeitos concretos.

A vedação contida no mandamento constitucional insculpido no artigo 150, II, da Constituição Federal não restou malferida na hipótese, visto que os estabelecimentos frigoríficos que não exportam não são equivalentes àqueles que o fazem. Os exportadores têm mecanismo de atuação no mercado diferenciado daqueles que apenas atuam internamente. Portanto, a suposta ofensa ao princípio da isonomia tributária está descaracterizada em face da inexistência de equivalência entre os ramos de operação de cada empresa, aplicação preponderante do princípio da capacidade contributiva também mencionando na Lei Maior (artigo 145, § 1º).

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e com o parecer, denegar a segurança.

Campo Grande, 6 de abril de 2011.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

JBS S.A. impetrou mandado de segurança contra ato coator do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, consubstanciado na expedição do parágrafo primeiro do artigo 13-A do Decreto n. 12.056/2006 e suas prorrogações, o qual restringiu o direito ao crédito presumido do ICMS.

Sustentou, em resumo, que a ilegalidade praticada pelo impetrado reside essencialmente na inobservância ao disposto no artigo 150, II, da Constituição Federal, pois confere tratamento desigual aos contribuintes de estabelecimentos frigoríficos pelo simples fato de serem exportadores, em manifesta oposição ao incentivo constitucional à exportação.

Esclareceu que a restrição ao crédito presumido vem sendo aplicada desde março de 2006, enquanto o benefício está prorrogado até 31 de dezembro de 2012, salientando, ademais, o posicionamento favorável do Superior Tribunal de Justiça na utilização do mandado de segurança para a compensação tributária (Súmula n. 213).

Ponderou também acerca dos efeitos concretos do ato normativo fustigado, bem como sobre a presença dos requisitos autorizadores do *mandamus*.

Ao final, requereu a concessão da segurança para compensar o crédito presumido instituído pelo artigo 13-A do Decreto n. 12.056/2006 desde sua instituição até o efetivo afastamento da restrição contida no parágrafo primeiro, considerando todas as prorrogações do prazo do benefício em questão, com débitos de ICMS próprios.

A medida liminar foi, inicialmente, concedida (f. 107-11).

O impetrado prestou as informações de estilo às f. 122-52, aduzindo, preliminarmente, a decadência do direito para a impetração do *writ*, visto que ultrapassado em muito o prazo de 120 dias desde a inserção do parágrafo primeiro ao artigo 13-A do Decreto n. 12.056/2006 pelo Decreto n. 12.646 de 6 de novembro de 2008; a impossibilidade de utilização da via mandamental contra lei em tese, uma vez que o que se busca é a declaração de inconstitucionalidade do parágrafo primeiro do artigo 13-A do Decreto n. 12.056/2006 e o impeditivo da Súmula n. 239 do Supremo Tribunal Federal. No mérito, discorre sobre a razoabilidade da exclusão dos grandes frigoríficos exportadores do regime diferenciado do crédito presumido, mencionando como principal justificativa o princípio da capacidade contributiva. Agrega, ainda, a vedação à função legislativa do Poder Judiciário, na medida em que a segurança pretendida busca declarar ilegal a condição, mantendo o benefício, e o estipulado pelo artigo 111, III, do Código Tributário Nacional.

Em juízo de retratação, o então relator cassou a liminar concedida (f. 196-200).

Parecer Ministerial às f. 209-30, opinando pela rejeição das preliminares e denegação da ordem.

### **VOTO (EM 23.3.2011)**

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator)

Versam os autos sobre mandado de segurança impetrado contra ato do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul que excluiu do gozo do benefício do crédito presumido para o recolhimento do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS – os estabelecimentos frigoríficos que realizem operação de exportação.

Preliminarmente, o impetrado arguiu a decadência da pretensão deduzida, porquanto o *writ* ataca intrinsecamente o parágrafo primeiro do artigo 13-A do Decreto n. 12.056/2006 que foi inserido pelo Decreto n. 12.646 de 6 de novembro de 2008, de modo que superado o prazo de 120 dias entre a publicação do último decreto e a data da impetração (26.5.2010).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que o mandado de segurança impetrado com o objetivo de se obter o reconhecimento do direito à compensação tributária

tem caráter preventivo, em face de eventual autuação fiscal, de modo que deve ser afastada a alegação de decadência<sup>1</sup>.

Cito precedentes:

PROCESSUAL CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA – DECADÊNCIA – NÃO-OCORRÊNCIA – CARÁTER PREVENTIVO DO *MANDAMUS* – PRECEDENTES.

1. Conforme jurisprudência de ambas as Turmas de direito público do Superior Tribunal de Justiça, o mandado de segurança objetivando o reconhecimento do direito à compensação tributária apresenta nítido caráter preventivo, não se voltando contra lesão a direito já ocorrido, e, sim, em face de possível autuação fiscal.

2. Afasta-se a decadência do direito à impetração do *mandamus*, ainda que o pedido formulado na exordial seja no sentido de se garantir a compensação de valores já recolhidos com débitos de ICMS.

Precedentes.

Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no REsp n. 1087840/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 18.12.2008 – grifo nosso).

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. DECLARAÇÃO DO DIREITO À COMPENSAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL DO ART. 18 DA LEI N. 1.533/51. INAPLICABILIDADE. MANDADO DE SEGURANÇA COM CARÁTER PREVENTIVO. RECURSO PROVIDO.

1. O mandado de segurança impetrado com o fim de se reconhecer direito à compensação de tributos indevidamente recolhidos, por seu caráter preventivo, não está sujeito ao prazo decadencial de 120 dias, previsto no art. 18 da Lei n. 1.533/51.

2. Na hipótese dos autos, o mandado de segurança foi impetrado com o intuito de que fosse declarado o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de ICMS, tendo em vista a diferença entre o que foi efetivamente recolhido, no regime convencional de tributação, e o que foi recolhido por substituição tributária, com base na Lei Estadual n. 5.298/96. Desse modo, a pretensão tem nítido caráter preventivo, porquanto visa à declaração do direito à compensação, não se voltando contra lesão a direito já ocorrida. O *mandamus* não objetiva a apuração dos créditos a serem compensados, mas a declaração do direito à compensação.

3. É cabível o mandado de segurança com efeito declaratório, apenas para garantir, em tese, o direito ao aproveitamento de créditos. E isto porque o encontro de contas deve ser feito administrativamente, a partir do procedimento efetuado pelo contribuinte e fiscalizado pela Administração, que não fica impedida de cobrar eventual saldo devedor, se assim entender. Em sendo assim, inexistente o óbice das Súmulas n. 269 e n. 271/STF (REsp n. 468.034/SP, Segunda Turma, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Eliana Calmon, DJ de 11.10.2004). Aplica-se ao caso em exame a Súmula n. 213/STJ: “O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.”

4. Recurso ordinário provido, para, afastando a decadência, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça estadual, a fim de que seja processado e julgado o mandado de segurança. (STJ, MS n. 23.120/ES, Primeira Turma, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Denise Arruda, DJ de 18.12.2008 – grifo nosso).

<sup>1</sup> Inteligência do STJ, REsp n. 970310/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ de 6.10.2010.

Rejeito a decadência.

Invocou, ainda, o impetrado a assertiva de que o pleito consiste em conferir efeito normativo ao *mandamus*, violando a previsão da Súmula n. 239 do Supremo Tribunal Federal (STF), que consigna: “*Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores.*”

Entendo que a Súmula n. 239 do STF vem sendo aplicada sem o real alcance que lhe conferiu a Suprema Corte, a partir de uma indevida interpretação extensiva.

Aliás, quando do julgamento do REsp n. 93.048/SP, o Ministro relator, Rafael Mayer, bem delimitou o alcance da referida súmula:

Esse verbete se situa no plano do direito tributário formal, pois realmente o lançamento de um tributo originante de um crédito exigível num determinado exercício financeiro, não se poderia transpor a condições do débito de um próximo exercício. São os novos elementos que igualmente inovam o procedimento tendente à verificação da razão factual da existência da dívida e de seu montante.

Mas se a decisão se coloca no plano da relação de direito tributário material para dizer inexistente a pretensão fiscal do sujeito ativo, por inexistência de fonte legal da relação jurídica que obrigue o sujeito passivo, então não é possível renovar a cada exercício o lançamento e a cobrança do tributo, pois não há precedente vinculação substancial. A coisa julgada que daí decorre é inatingível, e novas relações jurídico-tributárias só poderiam advir da mudança dos termos da relação pelo advento de uma norma jurídica nova com as suas novas condicionantes. (Grifo nosso).

A partir dessa distinção, não incide o óbice nas hipóteses de ações declaratórias e mandados de segurança<sup>2</sup>, e especificamente no caso em concreto, porque o mandado de segurança tem natureza eminentemente declaratória, além de ter caráter preventivo, como já explanado.

A propósito do tema, relevante o seguinte julgado:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO CONFIGURADA. EFICÁCIA TEMPORAL DA COISA JULGADA. MANDADO DE SEGURANÇA QUE DECLARA A INEXIGIBILIDADE DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO, COM BASE NO RECONHECIMENTO, *INCIDENTER TANTUM*, DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 7.689/88. EDIÇÃO DA LEI N. 70/91. ALTERAÇÃO NO ESTADO DE DIREITO. CESSAÇÃO DA FORÇA VINCULATIVA DA COISA JULGADA.

1. Não viola os artigos 458 e 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta.

2. A sentença, ao examinar os fenômenos de incidência e pronunciar juízos de certeza sobre as conseqüências jurídicas daí decorrentes, certificando, oficialmente, a existência, ou a inexistência, ou o modo de ser da relação jurídica, o faz levando em consideração as circunstâncias de fato e de direito (norma abstrata e suporte fático) que então foram apresentadas pelas partes. Por qualificar norma concreta, fazendo juízo sobre fatos já ocorridos, a sentença, em regra, opera sobre o passado, e não sobre o futuro.

<sup>2</sup> Inteligência do STJ, REsp n. 731250/PE, Segunda Turma, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Eliana Calmon, DJ de 30.4.2007, p. 301.

3. Portanto, também quanto às relações jurídicas sucessivas, a regra é a de que as sentenças só têm força vinculante sobre as relações já efetivamente concretizadas, não atingindo as que poderão decorrer de fatos futuros, ainda que semelhantes. Elucidativa dessa linha de pensar é a Súmula n. 239/STF.

4. Todavia, há certas relações jurídicas sucessivas que nascem de um suporte fático complexo, formado por um fato gerador instantâneo, inserido numa relação jurídica permanente. Ora, nesses casos, pode ocorrer que a controvérsia decidida pela sentença tenha por origem não o fato gerador instantâneo, mas a situação jurídica de caráter permanente na qual ele se encontra inserido, e que também compõe o suporte desencadeador do fenômeno de incidência. Tal situação, por seu caráter duradouro, está apta a perdurar no tempo, podendo persistir quando, no futuro, houver a repetição de outros fatos geradores instantâneos, semelhantes ao examinado na sentença. Nestes casos, admite-se a eficácia vinculante da sentença também em relação aos eventos recorrentes. Isso porque o juízo de certeza desenvolvido pela sentença sobre determinada relação jurídica concreta decorreu, na verdade, de juízo de certeza sobre a situação jurídica mais ampla, de caráter duradouro, componente, ainda que mediata, do fenômeno de incidência. Essas sentenças conservarão sua eficácia vinculante enquanto se mantiverem inalterados o direito e o suporte fático sobre os quais estabeleceu o juízo de certeza.

5. No caso presente, houve sentença que, bem ou mal, fez juízo a respeito, não de uma relação tributária isolada, nascida de um específico fato gerador, mas de uma situação jurídica mais ampla, de trato sucessivo, desobrigando a impetrante de se sujeitar ao recolhimento da contribuição prevista na Lei n. 7.689/88, considerada inconstitucional. Todavia, o quadro normativo foi alterado pela Lei n. 70/91, cujas disposições não foram, nem poderiam ser, apreciadas pelo provimento anterior transitado em julgado, caracterizando alteração no quadro normativo capaz de fazer cessar sua eficácia vinculante.

6. Recurso especial a que se dá provimento. (REsp n. 742413/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 24.11.2008).

Afasto, portanto, o óbice da Súmula n. 239 do Supremo Tribunal Federal.

Quanto à natureza do ato normativo, é certo que a lei em tese, como norma abstrata de conduta, não é atacável por mandado de segurança (STF, Súmula n. 266), pela óbvia razão de que não lesa, por si só, qualquer direito individual. Necessária se torna a conversão da norma abstrata em ato concreto para expor-se à impetração, mas nada impede que, na sua execução, venha a ser declarada inconstitucional pela via do *mandamus*. Somente as leis e decretos de efeitos concretos tornam-se passíveis de mandado de segurança, desde sua publicação, por equivalentes a atos administrativos nos seus resultados imediatos<sup>3</sup>.

Para Hely Lopes Meirelles<sup>4</sup>:

[...] por leis e decretos de efeitos concretos entendem-se aqueles que trazem em si mesmos o resultado específico pretendido, tais como as leis que aprovam planos de urbanização, as que fixam limites territoriais, as que criam municípios ou desmembram distritos, as que concedem isenções fiscais; as que proíbem atividades ou condutas individuais; os decretos que desapropriam bens, os que fixam tarifas, os que fazem nomeações e outros dessa espécie. Tais leis e ou decretos nada têm de normativos; são atos de efeitos concretos, revestindo a forma imprópria de lei ou decreto por exigências administrativas. Não contêm mandamentos genéricos, nem apresentam qualquer regra abstrata de conduta; atuam concreta e imediatamente como qualquer ato administrativo de efeitos individuais e específicos, razão pela qual se expõem ao ataque pelo mandado de segurança.

3 MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 41.

4 Op. cit. p. 42.

Na hipótese *sub examine*, o decreto vergastado faz restrição expressa à condição do impetrante, de modo que não incidente o impeditivo carreado no Verbete Sumular n. 266 do Supremo Tribunal Federal.

Por oportuno, o entendimento perfilhado pelo Superior Tribunal de Justiça em análise a caso semelhante:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ICMS. ESTADO DE SÃO PAULO. REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. TRIBUTO RECOLHIDO A MAIOR. APROVEITAMENTO DE CRÉDITOS SEGUNDO O REGULAMENTO ESTADUAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ILEGALIDADE DO PARCELAMENTO. SITUAÇÃO CONCRETA E LEI EM TESE. DISTINÇÕES.

1. A teor do que enunciado pela Súmula n. 213/STJ, a jurisprudência desta Corte Superior tem afirmado que o mandado de segurança é meio processual idôneo para se obter a declaração do direito à compensação tributária, sem que isso implique, todavia, num juízo específico sobre as parcelas a serem compensadas, vez que, para tanto, seria necessária a comprovação dos elementos concretos de cada operação realizada pelo impetrante (REsp n. 1111164/BA, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 25.5.2009).

2. O mandado de segurança contra lei em tese é o que tem por objeto o ato normativo abstratamente considerado, ou seja, “[...]quando a impetração nada indica, em concreto, como representativo de ameaça de lesão à esfera jurídica do impetrante” (STF, REsp n. 99.416/SP, Primeira Turma, Min. Rafael Mayer, DJ de 22.4.1983). No caso, entretanto, a norma impugnada constitui mero fundamento do pedido e não seu objeto, havendo, portanto, indicação de situação individual e concreta a ser tutelada.

3. A falta de prequestionamento da matéria suscitada no recurso especial, a despeito da oposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido.

(REsp n. 779200/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 13.11.2009).

No cerne do *writ*, propriamente dito, pauta-se a impetrante na assertiva de que restou malferido o Princípio da Isonomia no desdobramento conferido pelo artigo 150, II, da Constituição Federal, enquanto o impetrado justifica o *discrimen* pelo emprego do Princípio da Capacidade Contributiva.

Pois bem. A isonomia imposta pelo artigo 150, II<sup>5</sup>, da Constituição Federal impede que haja diferenciação tributária entre os contribuintes que estejam em situação equivalente, ou seja, discriminação arbitrária. Justifica-se a diferenciação tributária quando haja situações efetivamente distintas, se tenha em vista uma finalidade constitucionalmente amparada e o tratamento diferenciado seja apto a alcançar o fim colimado<sup>6</sup>.

O debatido § 1º do artigo 13-A do Decreto n. 12.056/2006 dispõe:

Art. 13-A. Fica concedido, até 30 de abril de 2009, aos estabelecimentos frigoríficos, incluídos os industrializadores de charque, nas operações internas com charque ou com carnes e demais produtos e subprodutos comestíveis, simplesmente resfriados, congelados ou salgados, resultantes de abate de gado bovino ou bufalino,

5 Art. 150 da CF: "Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos"

6 PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário—Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e Jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 202-3.

crédito presumido equivalente a cinquenta por cento do valor resultante da aplicação da alíquota de dezessete por cento sobre a base de cálculo reduzida na forma do disposto no art. 7º, de forma que o imposto devido, aplicados a redução de base de cálculo e o crédito presumido, seja equivalente a dois por cento.

§ 1º O crédito presumido de que trata este artigo é condicionado a que o estabelecimento beneficiário não realize, no período de vigência do benefício, operação de exportação ou operação de saída com o fim específico de exportação. (acrescentado pelo Decreto n. 12.646 de 5 de novembro de 2008 – grifo nosso).

Da leitura do dispositivo acima, infere-se que foram excluídos do benefício de redução de alíquota os estabelecimentos frigoríficos que tenham exportado seus produtos.

De fato, é notório que as empresas exportadoras detêm maior capacidade econômica e articulação negocial, em decorrência da complexidade que a operação de enviar produtos nacionais para outros países envolve.

Assim, não obstante a precariedade da redação do parágrafo supracitado, exsurge clara a intenção do chefe do executivo, na condição de legislador, em compensar o poderio econômico de determinadas empresas perante as de menor alcance.

Segundo percuciente lição de Luciano Amaro<sup>7</sup>, “*deve ser diferenciado (através de isenções ou de incidência tributária menos gravosa) o tratamento de situações que não revelem capacidade contributiva ou que mereçam um tratamento fiscal ajustado à sua menor expressão econômica. Não de ser tratados, pois, com igualdade aqueles que tiverem igual capacidade contributiva, e com desigualdade os que revelem riquezas diferentes e, portanto, diferentes capacidades de contribuir.*”

Trata-se, aliás, de preceito estampado no artigo 145, § 1º, da Constituição Federal, de que, sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Sobre o princípio em destaque, Roque Antonio Carraza<sup>8</sup>, com a autoridade que lhe é peculiar, explana:

O princípio da capacidade contributiva hospeda-se nas dobras do princípio da igualdade e ajuda a realizar, no campo tributário, os ideais republicanos. Realmente, é justo e jurídico que quem, em termos econômicos, tem muito pague, proporcionalmente, mais imposto do que quem tem pouco. Quem tem maior riqueza deve, em termos proporcionais, pagar mais imposto do que quem tem menor riqueza. Noutras palavras, deve contribuir mais para a manutenção da coisa pública. As pessoas, pois, devem pagar impostos na proporção dos seus haveres, ou seja, seus índices de riqueza.

O princípio da capacidade contributiva informa a tributação por meio de impostos. Intimamente ligado ao princípio da igualdade, é um dos mecanismos mais eficazes para que se alcance a tão almejada Justiça Fiscal.

Importante destacar que o legislador tem o dever, enquanto descreve a norma jurídica instituidora dos impostos, não só de escolher os fatos que exibam conteúdo econômico, como de atentar para as desigualdades próprias das diferentes categorias de contribuintes, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas.

7 AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 131.

8 CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 87 e 89.

Os impostos, quando ajustados à capacidade contributiva, permitem que os cidadãos cumpram, perante a comunidade, seus deveres de solidariedade política, econômica e social. Os que pagam este tipo de exação devem contribuir para as despesas públicas não em razão daquilo que recebem do Estado, mas de suas potencialidades econômicas. Com isso, ajudam a remover obstáculos de ordem econômica e social que limitam, de fato, a liberdade e igualdade dos menos afortunados.

[...]

Realmente, impostos com alíquotas fixas agravam as diferenças sociais existentes, porque tratam de maneira idêntica contribuintes que, sob o ângulo da capacidade contributiva não são iguais. (g.n.)

Acresça-se, ainda, que a capacidade contributiva, sob a ótica da possibilidade econômica de pagar tributos (*ability to pay*), é subjetiva quando leva em conta a pessoa (capacidade econômica real), mas objetiva quando toma em consideração manifestações objetivas da pessoa (ter casa, carro do ano, sítio numa área valorizada), ou seja, os “*signos presuntivos de capacidade contributiva*”<sup>9</sup>, dêsse evidente que a ponderação da atividade econômica exercida, *in casu*, a exportação, é discrimen apto para excluir o benefício ao crédito presumido.

A vedação contida no mandamento constitucional obsta o “*tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente*”, circunstância não caracterizada nos autos.

Tal conclusão decorre do fato de que estabelecimentos frigoríficos que não exportam não são equivalentes àqueles que o fazem. Os exportadores têm mecanismo de atuação no mercado diferenciado daqueles que apenas atuam internamente. Portanto, a suposta ofensa ao princípio da isonomia tributária está descaracterizada em face da inexistência de equivalência entre os ramos de operação de cada empresa.

Valiosa, ademais, a diretriz traçada pelo Ministro Celso de Mello no julgamento do Ag n. 360461 AgR/MG, na Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em 6.12.2005, *in verbis*:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - IPI - AÇÚCAR DE CANA - LEI N 8.393/91 (ART. 2º) - ISENÇÃO FISCAL - CRITÉRIO ESPACIAL - APLICABILIDADE - EXCLUSÃO DE BENEFÍCIO - ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA - INOCORRÊNCIA - NORMA LEGAL DESTITUÍDA DE CONTEÚDO ARBITRÁRIO - ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR POSITIVO - INADMISSIBILIDADE - RECURSO IMPROVIDO. CONCESSÃO DE ISENÇÃO TRIBUTÁRIA E UTILIZAÇÃO EXTRAFISCAL DO IPI. - A concessão de isenção em matéria tributária traduz ato discricionário, que, fundado em juízo de conveniência e oportunidade do Poder Público (REsp n. 157.228/SP), destina-se - a partir de critérios racionais, lógicos e impessoais estabelecidos de modo legítimo em norma legal - a implementar objetivos estatais nitidamente qualificados pela nota da extrafiscalidade. A isenção tributária que a União Federal concedeu, em matéria de IPI, sobre o açúcar de cana (Lei n. 8.393/91, art. 2º) objetiva conferir efetividade ao art. 3º, incisos II e III, da Constituição da República. Essa pessoa política, ao assim proceder, pôs em relevo a função extrafiscal desse tributo, utilizando-o como instrumento de promoção do desenvolvimento nacional e de superação das desigualdades sociais e regionais. O POSTULADO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA - A QUESTÃO DA IGUALDADE NA LEI E DA IGUALDADE PERANTE A LEI (RTJ 136/444-445, Rel. p/o Acórdão Min. Celso de Mello). - O princípio da isonomia - que vincula, no plano institucional, todas as instâncias de poder - tem por função precípua, consideradas as razões de ordem jurídica, social, ética e política que lhe são inerentes, a de obstar discriminações e extinguir privilégios (RDA 55/114).

<sup>9</sup> COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988*: Sistema Tributário. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

devendo ser examinado sob a dupla perspectiva da igualdade na lei e da igualdade perante a lei (RTJ 136/444-445). A alta significação que esse postulado assume no âmbito do Estado democrático de direito impõe, quando transgredido, o reconhecimento da absoluta desvalia jurídico-constitucional dos atos estatais que o tenham desrespeitado. Situação incorrente na espécie. - A isenção tributária concedida pelo art. 2º da Lei n. 8.393/91, precisamente porque se acha despojada de qualquer coeficiente de arbitrariedade, não se qualifica - presentes as razões de política governamental que lhe são subjacentes - como instrumento de ilegítima outorga de privilégios estatais em favor de determinados estratos de contribuintes.

[...]

Destarte, justificada a desequiparação operada pelo ato normativo em comento, a denegação da ordem é medida de rigor.

Posto isso, com o parecer, denego a segurança.

Sem sucumbência, nos termos legais e sumular.

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli (1º Vogal)

De acordo com o relator.

A Srª Desª Tânia Garcia de Freitas Borges (2ª Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (3º Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (4º Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (5º Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte (6º Vogal)

O princípio da igualdade, previsto no artigo 150, II, da CF deve ser aplicado quando os contribuintes envolvidos, apesar de estarem na mesma situação jurídica, recebem tratamento fiscal diferenciado.

Ocorre que, no caso em tela, não vislumbro este cenário. Isso porque o Estado de Mato Grosso do Sul impôs, para a adoção do regime diferenciado do Crédito presumido de ICMS (redução dos 4% normais de alíquota para 2%), previsto no art. 13-A, § 1º, do Decreto n. 12.056/2006, algumas condicionantes (obrigações acessórias), dentre elas que o contribuinte não pratique operações de exportação.

Esta vedação tem a razão de existir, principalmente se a controvérsia for dirimida à luz do princípio da capacidade contributiva, estampado no artigo 145, § 1º, da CF, que nada mais é do que um critério de comparação que inspira o princípio constitucional da igualdade.

De fato, não seria justo que o contribuinte que já goza das isenções da exportação (artigo 155, II, § 2º, X, a, da CF c.c. art. 3º, II, da Lei Kandir – LC n. 87/96), passe a usufruir de mais um benefício

em manifesto prejuízo das empresas de pequeno porte, as quais não se encontram na mesma situação jurídica, e que, ao final, sofrerão uma carga tributária superior, conforme demonstrado por meio da ilustração realizada à f. 133.

Nessa esteira, com o parecer, denego a segurança.

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (7º Vogal)

Acompanho o relator.

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (8º Vogal)

Acompanho o relator.

O Sr. Des. Josué de Oliveira (9º Vogal)

Acompanho o relator.

**CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO DESEMBARGADOR JOENILDO, APÓS O RELATOR E OS DESEMBARGADORES PAULO, TÂNIA, PASCHOAL, SÉRGIO, RUBENS, CLAUDIONOR, BRANDES, OSWALDO E JOSUÉ DENEGAREM A SEGURANÇA. O DESEMBARGADOR LÓS AGUARDA. (SUST. ORAL)**

### **VOTO (EM 6.4.2011)**

O sr. Des. Joenildo de souza chaves (10º vogal)

JBS Sociedade Anônima impetra mandado de segurança contra Governador do Estado de Mato Grosso do Sul com pretensão de que a impetrante e suas filiais localizadas no Estado de Mato Grosso do Sul utilizem o benefício fiscal materializado na forma de crédito presumido de ICMS instituído pelo art. 13-A do Decreto n. 12.056/2006 sem as restrições contidas em seu § 1º.

Suscita em apertada síntese o seguinte:

[...] que exerce atividade preponderante de comercialização de carne bovina sujeita ao pagamento sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS; que o Estado de Mato Grosso do Sul editou o Decreto n. 12.056/2006 dispondo sobre tratamento tributário dispensado às operações com gado bovino e os produtos resultantes de seu abate; O Decreto n. 12.646/2008 acrescentou o art. 13-A ao Decreto n. 12.056/2006 concedendo aos frigoríficos crédito presumido; ocorre que o §1º do art. 13-A ao Decreto n. 12.056/2006 veda tal crédito presumido a quem exerça atividade de exportação, o que, no entender do impetrante, fere o princípio da igualdade tributária (inciso II do art. 150 da CF/88), uma vez que abre tratamento diferenciado entre vendedores do produto dentro do Estado e do Território Nacional e entre aqueles que vendem para outros países.

Ressalte-se que fui o relator originário deste feito, e, em virtude de meu afastamento do órgão especial, houve redistribuição.

Pois bem, à época e ao receber a inicial do mandado de segurança, concedi a liminar para que o benefício fiscal materializado na forma de crédito presumido de ICMS instituído pelo art. 13-A do Decreto n. 12.056/2006 ocorresse sem as restrições contidas em seu § 1º, vale dizer, que houvesse direitos a ele ainda que em exercendo exportação de carne bovina.

Desta decisão monocrática foi interposto agravo regimental pelo Estado que me convenceu pela cassação da liminar. Desta decisão monocrática de reconsideração foi interposto novo agravo regimental, agora, pelo impetrante visando à restauração da liminar, agravo este improvido pelo colegiado.

O caso é interessante e polêmico, mas firmo entendimento de que a discriminação imposta pelo Estado em relação ao contribuinte recorrido tem justificativa jurídica (art. 1º, art. 5º e art. 170, todos da CF/88) e plausível, o que faz por afastar a violação ao princípio da igualdade e da livre iniciativa, como quer fazer crer o impetrante. O que estou a dizer é que não vejo ilegalidade e inconstitucionalidade em restringir o crédito presumido para quem exerce atividade de exportação.

Explico o porquê.

A justificativa está em promover a justiça fiscal e que encontra permissivo para tanto no art. 1º, art. 5º e art. 170, todos da CF/88 que tratam da livre concorrência, da livre iniciativa e do livre exercício do trabalho, já que a impetrante em se concedendo a ordem, atuará no comércio de venda de carnes com recolhimento de tributos menor que aquele a ser recolhido pelos demais estabelecimentos comerciais que se dedicam à venda no varejo. Esta concorrência passa a ser desleal, já que terão condições de impor menor preço com maior lucro.

Eis o porquê da discriminação dada no § 1º do art. 13 do Decreto n. 12.056/2006 e discriminação esta como forma, também, de regular o mercado de varejo, consistente na manutenção da economia e os empregos gerados pelas pequenas empresas. Tenta-se inibir o eventual monopólio de mercado.

Forte nestas premissas que entendo pela justificativa plausível para a discriminação ao recolhimento de tributos entabulado pelo Fisco Estadual, ou seja, o porquê da proibição de se valer do benefício fiscal aqueles que se dedicam à exportação de carne.

Aliás, este motivo foi didaticamente bem esclarecido pelo Estado de Mato Grosso do Sul quando de seu ingresso como litisconsorte necessário no mandado de segurança.

Ademais, pelo que se denota dos elementos dos autos, o impetrante como exportador de carne, tem direito ao benefício – crédito presumido –, com redução da alíquota de 4% para 2%, e, além desta redução, metade das operações do contribuinte não são tributadas em razão da Lei Kandir, onde há isenções de ICMS nas exportações, o que justifica o *discrimen* aplicado para igualar a carga tributária do Grande Frigorífico Exportador com as pequenas empresas do setor do varejo de carnes, tais como: açougues, mercearias, mercados etc.

O impetrante de 1.2009 a 5.2010, como grande frigorífico exportador, dobrou seu volume de operações internas em 99,58%, o que comprova que ele, que já goza das isenções das exportações e obviamente tem um custo tributário menor, está avançando com rapidez sobre o mercado varejista de carnes com grave risco de quebra das pequenas empresas deste ramo.

Em suma: conforme ilustrado às f. 9 pelo Estado de Mato Grosso do Sul, na comercialização de R\$ 1.000,00 em carnes pela JBS – metade em operações internas com alíquota de 4% + metade em operações de exportação com alíquota zero, isentada pela Lei Kandir – ela paga R\$ 20,00 (4% x R\$ 500,00). Por outro lado, nos mesmos R\$ 1.000,00 em comercialização pelas pequenas empresas que praticam apenas operações internas – tudo na alíquota de 4% – elas pagam R\$ 40,00 (4% x R\$ 1.000,00).

Inclusive, o Estado de Mato Grosso do Sul acostou, quando do agravo retido, notícias obtidas no ciberespaço às f. 41-51, que demonstra a preocupação das demais empresas varejistas de carne em relação

à entrada no mercado da impetrante, onde os títulos das notícias registram a preocupação, tais como: “*JBS começa a vender carne na porta das residências em MS (f. 41)*” – “*JBS Food Service marcará presença na Fispal 2008 (f. 43)*” – “*JBS-Friboi vende carne de porta em porta (f. 45)*” – “*JBS/Friboi vende carne em porta; açougueiros protestam (f. 46)*” – “*venda de carne de porta pela JBS pode acabar com milhares de empregos no país (f. 48)*” etc.

É visando a equiparar esta desigualação que o Decreto impede a utilização do benefício pela empresas de exportação, uma vez que, se elas se valerem do benefício, colocar-se-ão em situação de vantagem econômica com os demais estabelecimentos comerciais que se dedicam ao varejo de carne.

Então, havendo justificativa plausível para a desigualação, não se fala em violação ao princípio da igualdade, uma vez que a igualdade adotada pelo Texto Constitucional é a material, onde é igualdade, também, é tratar desigualmente os desiguais na medida desta desigualdade.

Eis doutrina autorizada sobre a igualdade:

[...] o que se deve verificar é se o tratamento diferenciado é justificável, levando-se em análise o fato da desigualação (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Princípio da isonomia: desigualações proibidas e desigualações permitidas. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, n. 1, p. 81, 1993).

[...] o princípio da igualdade é violado quando não se possa apontar um fundamento razoável, resultante da natureza das coisas ou materialmente informado cação legal ou para quando a disposição possa ser caracterizada como arbitrária. (CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução A. Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 227).

[...] a jurisprudência uniforme do TC tem sustentado que o princípio da igualdade, entendido como limite objetivo da discricionariedade legislativa, não veda à lei a realização de distinções. Proibi-lhe, ante, a adoção de medidas que estabeleçam distinções discriminatórias, ou seja, desigualdade de tratamento materialmente infundadas, sem qualquer fundamento razoável (*vernunftiger grund*), ou sem qualquer justificação objetiva e racional. Numa expressão sintética, o princípio da igualdade, enquanto princípio vinculativo da lei, traduz-se na idéia geral de proibição do arbítrio (MAÇÃS, Maria Fernanda dos Santos. **A suspensão judicial da eficácia dos actos administrativos e a garantia constitucional da tutela judicial efetiva**. Coimbra: Coimbra, 1996. p. 228).

Posto isto, acompanho o relator para denegar a ordem.

O sr. Des. João maria lós (11º vogal)

De acordo com o relator.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, DENEGARAM A SEGURANÇA.

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

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

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

Campo Grande, 6 de abril de 2011.

\*\*\*

**Primeira Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2010.038849-3 - Itaquirai**  
**Relator Des. Divoncir Schreiner Maran**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PRESCRIÇÃO E CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADOS – AGRAVO RETIDO IMPROVIDO – SENTENÇA *EXTRA PETITA* E ILEGITIMIDADE PASSIVA – PRELIMINARES REJEITADAS – COMPROVAÇÃO DE DOLO – CONTRATAÇÃO ILÍCITA DECORRENTE DE LICITAÇÃO FRAUDULENTA – CALÇAMENTO ILEGAL DO LATICÍNIO DO PRIMO – CONTRATAÇÃO DE PROFISSIONAIS DA ÁREA DA SAÚDE SEM REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO – PROMOÇÃO PESSOAL – COMPROVAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS AO ERÁRIO E CONSEQUENTE NECESSIDADE DE RESSARCIMENTO – SANÇÕES PREVISTAS NO ARTIGO 12 DA LIA FIXADAS À LUZ DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – APELO IMPROVIDO.

Rejeita-se a prescrição, já que demora para a citação não pode ser imputada ao autor, aplicando-se ao caso, *ex vi* da Súmula n. 106 do STJ, o artigo 219 do Código de Processo Civil, segundo o qual incumbe à parte promover a citação do réu nos dez dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputada exclusivamente ao serviço judiciário.

Não há falar em cerceamento de defesa, pois o requerimento da parte a respeito de eventuais diligências só será acatado pelo julgador caso seja imprescindível à instrução processual, que não é o caso dos autos.

Não se configura o julgamento *extra petita*, quando a decisão, ao acolher o pedido formulado na inicial, especifica medidas complementares e alternativas necessárias ao fiel cumprimento da sentença.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já pacificou entendimento sobre a aplicação a agentes políticos municipais, tais como prefeitos, ex-prefeitos e vereadores, das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa.

Os agentes públicos devem cumprir com os deveres inerentes aos cargos ocupado e exercer suas funções, buscando sobretudo o respeito aos princípios que norteiam a Administração Pública, exaltando a *voluntas legis*, contudo, *in casu*, assim não procederam, pelo contrário, incorreram em desvio de dinheiro público pela ilicitude contratual, fraude em licitação e enriquecimento ilícito em total afronta aos princípios constitucionais, restando absolutamente comprovado o dolo.

Provou-se que a empresa era, sim, de propriedade de um dos apelantes e foi meio para que este enriquecesse ilicitamente em prejuízo do erário (artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa), bem como que no procedimento licitatório houve apenas uma participante, no caso, a empresa do apelante (única vencedora), ou seja, em flagrante direcionamento da licitação, malferindo tanto o princípio da impessoalidade como o da publicidade pela falta de divulgação na imprensa.

O calçamento do Laticínio Du Primo causou inegável prejuízo à municipalidade, por não ter a obra respeitado o princípio da legalidade, segundo o qual o administrador público só pode fazer aquilo que a lei lhe autoriza, sendo esta uma das maiores garantias contra o agigantamento do Poder Executivo, bem como contra a confusão por parte do administrador entre sua esfera de interesses pessoais e a finalidade da administração pública, que é sempre o interesse público.

Se as contratações por prazo determinado celebradas pela Administração Pública não são consideradas excepcionais nem mesmo temporárias, por resultarem de atividade rotineira do Município, revelando injustificável dispensa do concurso público, há violação ao princípio da moralidade administrativa suficiente a ensejar a condenação do agente político nas sanções preconizadas no art. 11, III, da Lei n. 8.429/92.

A promoção pessoal é inconteste por nítido o propósito de angariar votos para eleição seguinte, na qual foi candidato à reeleição, situação que, de pronto, rechaça qualquer alegação no sentido de justificar a conduta praticada.

A mais singela análise dos documentos juntados aos autos aponta a existência de atos ímprobos com empenho de prejuízos ao erário e necessidade de ressarcimento à luz da previsão legal. Não somente apenas quanto à questão procedimental, mas também quanto aos participantes, comprovado o dolo dos apelantes em deprevar os cofres públicos.

Adotando o livre convencimento e a razoabilidade necessária, aplicou, corretamente, o magistrado, as penalidades previstas na lei, observando rigorosamente o disposto no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa, nada havendo que ser modificado a respeito.

## 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 negar provimento ao agravo retido e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 22 de junho de 2011.

Des. Divoncir Schreiner Maranhão – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maranhão

Renato Tonelli e outros apelam nos autos da Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Estadual, da sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos constantes da inicial, condenando-os às sanções previstas no artigo 12 da Lei n. 8.429/92, pela prática de atos de improbidade administrativa.

Preliminarmente, requerem o conhecimento e provimento do agravo retido interposto contra decisão que rejeitara a arguição de prescrição e cerceamento de defesa por indeferimento de produção de prova, defendendo, para tanto, que, em relação a Renato Tonelli, o prazo para propositura da ação seria de cinco anos após o término de seu mandato, bem como, quanto à tese seguinte, que o indeferimento da produção da prova pericial teria ensejado cerceamento de defesa.

Ainda em preliminar, pretendem ver reconhecida a nulidade da sentença por supostamente ser *extra petita*, na medida em que extrapola os limites dos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil ao declarar nulo o Contrato de Locação de Serviços n. 4/2000 firmado entre o Município de Itaquiraí e a empresa Albatroz Transporte Coletivos Ltda., pedido que, a seu ver, não consta da exordial.

Na sequência, sustentam ilegitimidade passiva em relação a Renato Tonelli, por entenderem pela inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos.

Já no mérito, fundamentam o pedido de reforma da sentença na necessidade de comprovação do dolo, ou seja, de demonstração do intuito desonesto da autoridade à prática do ato, destacando, para tanto, que ilegalidade (inobservância da norma) não gera improbidade que depende de dolo.

Asseveram que, em relação à contratação da Albatroz Transportes Coletivos Ltda. para prestação de serviços de transporte escolar e lavagem de veículos do Município, Renato Tonelli Filho não era sócio-proprietário da referida empresa, bem como que o magistrado, ao assim considerar, apegou-se a suposições e frágeis depoimentos testemunhais.

Sustentam não ter havido direcionamento da licitação em favor da empresa, ressaltando, então, que, se alguma irregularidade ocorreu, não significa ter havido improbidade.

No que concerne ao calçamento do Laticínio Du Primo, defendem, mais uma vez, eventual presença de ilegalidade, negam, entretanto, a prática de ato ímprobo que tivesse prejudicado o erário, esclarecendo que o ato revestiu-se de “boas intenções” e em consonância ao princípio da impessoalidade.

Já no que diz respeito à contratação de profissionais liberais da área da saúde, sem realização de concurso público, salienta observância à finalidade da contratação dos funcionários e necessidade de disponibilização à população local dos serviços essenciais à saúde.

Também rechaçam que tenha incorrido o Sr. Renato Tonelli em promoção pessoal quando da inscrição de seu nome nas bolas de futebol adquiridas pela municipalidade, que fazem com fundamento no fato de que, na época do episódio, ele não era candidato.

Afirmam que a gestão de Renato Tonelli não causou prejuízo algum ao patrimônio público e, a partir disso, defendem a ausência dos requisitos caracterizadores do dever de indenizar, também, em relação aos demais apelantes.

Na eventualidade, quanto às sanções impostas, entendem ter a sentença extrapolado os limites da razoabilidade e proporcionalidade, penalizando-os de forma indevida e excessiva, sugerindo, para tanto, a condenação em multa civil pautada na equidade, ou seja, afastando-se a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, proibição de contratar com o Poder Público.

Por derradeiro, pleitearam genericamente, a reforma da decisão de f. 1306-11, tornando insubsistente a liminar deferida, inclusive, em relação à indisponibilidade dos bens dos apelantes.

Resposta ministerial às f. 3221-39 e manifestação do Município de Itaquiraí às f. 3242-6, ambos em óbvia infirmação, batendo-se pelo improvimento do recurso e prestígio da sentença.

Em parecer de f. 3258-66, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo afastamento das preliminares arguidas e, no mérito, pelo improvimento recursal.

### **VOTO (EM 18.5.2011)**

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator)

I - Preliminarmente

a) Do agravo retido

- Da alegada prescrição:

Sustentam os agravantes que a pretensão exposta pelo *Parquet*, em relação a Renato Tonelli, está eivada de prescrição, isto porque o prazo estabelecido no artigo 23 da Lei n. 8.429/92, para a propositura da ação, seria de cinco anos após o término do mandato, ressaltando para tanto que o mandato do referido havia expirado em 2000, tendo apenas sido citado em 11 de setembro de 2006.

Tal alegação não merece prosperar.

Com efeito, o artigo 23 da Lei n. 8.429/92 prevê expressamente que, nos casos de ato de improbidade praticado por detentor de mandato, o prazo prescricional para o ajuizamento da ação de improbidade administrativa é de cinco anos a contar do término do mandato em que ocorreu a alegada conduta.

Entretanto, conforme previsto no artigo 219<sup>1</sup>, *caput*, § 1<sup>o</sup> e § 2<sup>o</sup><sup>3</sup>, do Código Civil c.c. artigo 202, I, do Código Civil, a interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação (que se deu em 3.10.2000), incumbindo à parte promover a citação no prazo de 10 dias, porém não podendo prejudicar-se pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário, como ocorreu *in casu*.

Isto porque, compulsando os autos, verifica-se que Renato Tonelli somente foi considerado citado através da decisão proferida no Agravo de Instrumento n. 2006.013924-4, no dia 11.9.2006 (f. 2732), por falha inerente ao funcionamento da Justiça, e não por desídia ou qualquer ato que possa ser imputado ao autor da ação, ora apelado.

Ora, o referido apelante não foi encontrado para ser citado pessoalmente (f. 1595), contudo, depois, compareceu espontaneamente e constituiu advogado, para efeito de informar a interposição de recurso de agravo de instrumento (f. 1570-85). Através de petição de f. 2200-2, formulou pedido de restituição do prazo para contestar, cujo pleito foi indeferido pela decisão de f. 2211-3. Contra tal decisão, interpôs agravo de instrumento, obtendo provimento no sentido de reconhecer que o referido não havia sido citado e determinar que sua citação se realizasse com a publicação do acórdão (f. 2302-6).

O referido acórdão foi publicado em 31.8.2004 (f. 2307), todavia, após interposição de outro agravo de instrumento, restou decidido que a certidão que havia atestado a publicação continha erro material, visto que na verdade não havia sido publicada na data informada na certidão de f. 2307, circunstância que ensejou fosse considerado o agravante citado nesta última decisão, ou seja, em 11.9.2006.

Vê-se, então, pela narrativa acima, que a demora na citação do agravante não se deu por culpa do Ministério Público, autor da ação, mas única e exclusivamente por falha da Administração da Justiça, já que o Secretário da 1ª Turma Cível deste Sodalício equivocou-se ao elaborar a certidão de publicação.

Em casos desse jaez, em que a demora para a citação não pode ser imputada ao autor, aplica-se o artigo 219 do Código de Processo Civil, segundo o qual incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputada exclusivamente ao serviço judiciário.

O Superior Tribunal de Justiça bem sumulou a questão, senão vejamos:

**Súmula 106.** Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes aos mecanismos da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência.

1 "Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa, e, ainda ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição".

2 "§ 1º. A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação".

3 "§ 2º. Incumbe à parte promover a citação do réu nos 10(dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário".

A respeito:

[...] 1. O § 1º do artigo 219 do CPC dispõe que “A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação”, *a fortiori*, a demanda ajuizada tempestivamente não pode ser prejudicada pela decretação de prescrição em razão da mora atribuível exclusivamente aos serviços judiciários [...] (STJ, REsp n. 81987/RS, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 18.10.2007).

Mercê de tais considerações, rejeito a alegada prescrição.

- Do alegado cerceamento de defesa:

Sustentam os agravantes que ao indeferir o pedido de produção de provas, teria o magistrado incorrido em cerceamento de defesa prejudicando a oportunidade de influírem na formação da convicção do julgador sobre os fatos levados a juízo.

Sem razão os agravantes, não há motivos que justifiquem o pedido de nulidade da sentença por eventual cerceamento de defesa, já que o magistrado, *ex vi* do artigo 130<sup>4</sup> do Código de Processo Civil, possui a faculdade de indeferir diligências que entenda não serem necessárias à instrução do contencioso judicial.

A toda evidência, o requerimento da parte a respeito de eventuais diligências só será acatado pelo julgador caso seja imprescindível à instrução processual, que não é o caso dos autos.

Isto porque restou bem fundamentada pelo magistrado a desnecessidade da produção de prova requerida pelos agravantes, em especial, considerando que já havia sido realizada perícia contábil-financeira nas obras objetos da ação, inclusive, destacando para tanto a ausência de prejuízo à parte.

O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou a respeito do tema, trazendo em seu bojo o seguinte julgado, *in verbis*:

A questão ou não de deferimento de uma determinada prova (testemunha referida) depende de avaliação do juiz, dentro do quadro probatório existente, da necessidade dessa prova. Por isso a possibilidade de indeferimento das diligências inúteis e protelatórias, prevista na parte final do CPC 130 (STJ, Ag n. 56995-0-SP, Rel. Min. Assis Toledo, julgado em 5.4.1995, DJU de 10.4.1995, p. 9322).

Corroborando este posicionamento, o doutrinador Luiz Guilherme Marinoni<sup>5</sup> preleciona em sua obra que:

Diligências inúteis são aquelas que nada podem adiantar a quem as requereu. Meramente protelatórias são as diligências que tem por único fito atrasar o desenvolvimento do processo. Um e outras podem ser indeferidas pelo juiz.

Diante de tais considerações, afasto o alegado cerceamento de defesa por evidenciada a sua inexistência.

Feitas as considerações acima, nego provimento ao agravo retido.

b) Da alegada sentença *extra petita*:

4 “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

5 MARINONI, Luiz Guilherme. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 2008. p. 177.

Pretendem os apelantes verem reconhecida a nulidade da sentença por supostamente ser *extra petita*, na medida em que extrapola os limites dos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil ao declarar nulo o contrato de locação de serviços n. 4/2000, firmado entre o Município de Itaquiraí e a empresa Albatroz Transporte Coletivos Ltda., pedido que, a seu ver, não consta da exordial.

Afasto também esta preliminar, porquanto não vislumbro o alegado vício, na medida em que foi, tão somente, adequado o pedido ministerial primitivo àquilo que o magistrado entendeu ser viável da atualidade, conforme preceitua o artigo 461 do Código de Processo Civil e o 84 do Código de Defesa do Consumidor, respectivamente, *in verbis*:

Na ação que tenha por obrigação o objeto cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do inadimplemento.

Vê-se, então, que, na impossibilidade material de ser cumprida a obrigação na forma específica, deverá o magistrado, de ofício ou a requerimento da parte, determinar providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento da obrigação.

A respeito disso, como bem citado pelo douto Procurador de Justiça, trago à baila lição do nobre doutrinador Luiz Guilherme Marinoni<sup>6</sup>, que se encaixa a que ora se insurge, tudo visando a rechaçar qualquer possibilidade de serem os argumentos do apelante acolhidos nesta oportunidade, senão vejamos:

Uma das grandes inovações dos artigos 84 do CDC e 461 do CPC está na possibilidade de o juiz poder se desvincular do pedido, podendo conceber a tutela solicitada ou um resultado prático equivalente, e, ainda, aplicar a medida executiva que lhe parecer necessária e idônea para a prestação da efetiva tutela jurisdicional. Tal possibilidade vem expressa nos referidos artigos e decorre da tomada de consciência de que a efetiva tutela dos direitos depende da elasticidade do poder do juiz, eliminando a sua necessidade de adstrição ao pedido.

O Superior Tribunal de Justiça corrobora esse entendimento, trazendo em seu bojo o seguinte julgado, *in verbis*:

Não se configura o julgamento *extra petita*, quando a decisão, ao acolher o pedido formulado na inicial, especifica medidas complementares e alternativas necessárias ao fiel cumprimento da sentença (STJ, REsp n. 346227/SP, 2001/0116344-7, Rel. Min. Garcia Vieira, julgado em 6.12.2001).

Portanto, afasta-se esta preliminar.

c) Da alegada ilegitimidade passiva:

No que diz respeito à alegada inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos, tal pretensão não merece prosperar, haja vista a jurisprudência já sedimentada no Superior Tribunal de Justiça em sentido contrário, senão vejamos:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. LEI DE IMPROBIDADE. PREFEITO. APLICABILIDADE. 1. O recurso especial foi interposto nos autos de ação civil

<sup>6</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: RT, 2004. p. 295-6.

de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, ocasião em que se imputou ato de improbidade administrativa a assessor jurídico do Município de Pinhal, tendo em vista a realização de “reserva de placa” para automóvel da prefeitura contendo os numerais correspondentes aos partidos políticos do PT e PDT, os quais são filiados, respectivamente, o Vice-Prefeito e Prefeito daquela municipalidade. 2. Os prefeitos podem ser processados por seus atos pela Lei n. 8.429/92, eis que não se enquadram entre as autoridades submetidas à Lei n. 1.079/50. O precedente do Supremo Tribunal Federal – Rcl 2.138/RJ – reforça a tese sobre o cabimento da ação de improbidade em face de agente político de qualquer esfera do Poderes da União, Estados e Municípios, ressaltando-se apenas as hipóteses em que houver demanda ajuizada contra Ministros de Estado. Assim, os autos devem retornar ao Tribunal *a quo* para que seja processada a ação civil de improbidade administrativa. 3. Recurso especial provido. (STJ, REsp n. 1148996/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 1.6.2010, DJ de 11.6.2010).

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGENTES POLÍTICOS. COMPATIBILIDADE ENTRE REGIME ESPECIAL DE RESPONSABILIZAÇÃO POLÍTICA E LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO AO ART. 11 DA LIA COM CONSEQÜENTE APLICAÇÃO DAS SANÇÕES PREVISTAS NO ART. 12 DO MESMO DIPLOMA NORMATIVO. DANO AO ERÁRIO. DESNECESSIDADE. 1. Esta Corte Superior admite a possibilidade de ajuizamento de ação de improbidade em face de agentes políticos, em razão da perfeita compatibilidade existente entre o regime especial de responsabilização política e o regime de improbidade administrativa previsto na Lei n. 8.429/92, cabendo, apenas e tão-somente, restrições em relação ao órgão competente para impor as sanções quando houver previsão de foro privilegiado *ratione personae* na Constituição da República vigente. Precedente: Rcl 2.790/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJ de 4.3.2010. 2. Pacificou-se no âmbito do Superior Tribunal de Justiça o entendimento segundo o qual, para enquadramento da conduta no art. 11 da Lei n. 8.429/92 e a conseqüente aplicação das sanções previstas no art. 12 do mesmo diploma normativo, é despcienda a comprovação de dano ao erário. Precedentes: REsp n. 1.119.657/MG, Segunda Turma, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Eliana Calmon, DJ de 30.9.2009, e REsp n. 799.094/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 16.9.2008. 3. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg nos ED no REsp n. 1138484/BA, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 25.5.2010, DJ de 9.6.2010).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. APLICABILIDADE DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA A PREFEITOS. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme em que se aplica a agentes políticos municipais, tais como prefeitos, ex-prefeitos e vereadores, as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92). 2. Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no REsp n. 1158623/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 18.3.2010, DJ de 9.4.2010).

Este Sodalício não diverge:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – ILEGITIMIDADE PASSIVA – REJEITADA – LEI N. 8.429/92 APLICÁVEL AOS AGENTES POLÍTICOS – PRESCRIÇÃO – AFASTADA – IMPROVIDO. 1. Para a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, o sujeito passivo da demanda deve ser agente público ou terceiro que induza ou concorra para a prática de ato de improbidade ou dele se beneficie de qualquer forma direta ou indireta (art. 1º e 3º), incluindo-se o agente político, não havendo razão alguma para que o agravante se furte à aplicação da Lei n. 8.429/92 [...] (TJMS, Ag n. 2010.022140-9, Caarapó, Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel, julgado em 11.11.2010).

Daí que, sedimentado nos Tribunais Superiores entendimento no sentido de ser aplicável aos agentes políticos a Lei de Improbidade Administrativa, nada há que mereça maiores comentários a respeito, devendo mais uma vez ser rejeitada esta preliminar.

CONCLUSÃO DO JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA FORMULADO PELO REVISOR, DES. SÉRGIO FERNANDES MARTINS, APÓS O RELATOR NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO. O VOGAL AGUARDA.

### VOTO (EM 22.6.2011)

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Revisor)

Pedi vistas dos autos unicamente para analisar a alegação de nulidade da perícia que, segundo afirmaram os recorrentes, teria sido realizada antes de efetuada sua citação.

Contudo, referida alegação, que consta no tópico da apelação cível no qual os recorrentes requerem o conhecimento do agravo retido de f. 2.852-66, não deve, a meu ver, ser conhecida, pois a suposta nulidade da perícia não foi arguida no referido agravo retido.

Ora, o mencionado agravo retido restringiu-se a defender a ocorrência de prescrição e a impugnar o indeferimento de produção da prova pericial requerida pelos apelantes, nada mencionando acerca da eventual nulidade da perícia realizada anteriormente em razão do fato de ter sido ela concluída antes das citações, questão esta que, nos termos do que dispõe o *caput* do artigo 245<sup>7</sup> do CPC, encontra-se, portanto, preclusa.

Assim, não conhecendo essa alegação trazida unicamente na apelação cível, acompanho o i. relator, por seus próprios fundamentos, para negar provimento ao agravo retido de f. 2852-66.

O Sr. Des. João Maria Lós (Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator)

II - No mérito

A questão cinge-se à possibilidade de ser modificada a sentença que condenou os apelantes pela prática de atos de improbidade administrativa e, por consequência, aplicou as sanções previstas no artigo 12 da Lei n. 8.429/92.

a) Da comprovação do dolo:

Fundamentam o pedido de reforma da sentença na necessidade de comprovação do dolo, ou seja, de demonstração do intuito desonesto da autoridade à prática do ato, destacando, para tanto, que ilegalidade (inobservância da norma) não gera improbidade que depende de dolo.

Seus argumentos não merecem prosperar, uma vez que “*Dolo, para o art. 11 e seus incisos, é a vontade livre e consciente de se conduzir contra a probidade administrativa ou pelo menos agir nessa direção, assumindo o risco do resultado*”. (FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Atos de Improbidade Administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 80).

<sup>7</sup> Art. 245. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.

Suas assertivas são inverídicas, na medida em que a qualidade de agente público confere ao apelante a possibilidade e obrigação de pesquisar e informar-se acerca dos procedimentos licitatórios, mesmo por meio de ofícios aos órgãos e secretarias competentes. A própria modalidade da licitação, que implica convidar as empresas que participarão da disputa, infere aos organizadores a necessidade de conhecer bem aquelas firmas convidadas, a fim de que o interesse coletivo não reste prejudicado pela má escolha das licitantes.

Ou seja, tendo os apelantes agido em afronta aos princípios da Administração Pública, confrontando a probidade administrativa, resta suficientemente demonstrado o ato ímprobo a ensejar as sanções previstas na Lei n. 8.429/92, bastando, então, para a comprovação do dolo, seja demonstrada a ilicitude ou imoralidade administrativa na conduta dos apelantes, que é o caso dos autos.

Na lição de Hely Lopes Meirelles:

O agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. Por considerações de Direito e de Moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos: *'non omne quod licet honestum est'*. A moral comum, remata Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve, e a finalidade de sua ação: o bem-comum (in **Direito Administrativo Brasileiro**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 89).

Neste sentido:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – LICITAÇÃO IRREGULAR – ART. 11 DA LEI N. 8.429/92 – SANÇÃO DEVIDA – DESNECESSIDADE DE PREJUÍZO AO ERÁRIO – RECURSO NÃO PROVIDO. Provadas violações aos princípios da legalidade, moralidade e publicidade, o agente político fica sujeito às sanções da Lei de Improbidade Administrativa, ainda que não tenha havido dano patrimonial ou enriquecimento ilícito. (TJMS, AC n. 2010.007343-7, Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade, julgado em 15.6.2010).

Não é demais mencionar, que os agentes públicos devem cumprir com os deveres inerentes aos cargos ocupados e exercer suas funções, buscando sobretudo o respeito aos princípios que norteiam a Administração Pública, exaltando a *voluntas legis*, contudo, *in casu*, assim não procederam, pelo contrário, incorreram em desvio de dinheiro público pela ilicitude contratual, fraude em licitação e enriquecimento ilícito em total afronta aos princípios constitucionais.

Por óbvio, cai por terra este argumento por evidente a violação aos princípios que norteiam a Administração Pública.

b) Da ilicitude na contratação da empresa Albatroz Transportes Coletivos Ltda.:

Asseveram que, em relação à contratação da Albatroz Transportes Coletivos Ltda. para prestação de serviços de transporte escolar e lavagem de veículos do Município, Renato Tonelli Filho não era sócio-proprietário da referida empresa, bem como que o magistrado, ao assim considerar, apegou-se a suposições e frágeis depoimentos testemunhais.

Sustentam não ter havido direcionamento da licitação em favor da empresa, ressaltando então que, se alguma irregularidade ocorreu, não significa ter havido improbidade.

Mais uma vez, suas alegações não lhes socorrem, porquanto não restam dúvidas quanto à ilegalidade na contratação da empresa para a realização de lavagem da frota dos veículos que nem sequer pertenciam à municipalidade.

O desleixo com o numerário público é inconteste, tanto que enriqueceram o ente privado em detrimento do serviço público, já que, consoante se comprovou no documento de f. 1102, foram pagos à referida empresa R\$ 1.300,00 para lavagem de veículos particulares, e não da municipalidade, tal como previa o contrato.

Restou evidenciado nos autos que o ex-secretário municipal Renato Tonelli Filho era sócio-proprietário da empresa Albatroz Transportes Ltda., conforme consta no Auto de Apreensão de f. 1338 realizado em seu gabinete, em que foram encontrados diversos documentos probatórios, tais como: notas fiscais e recibos de propriedade da empresa, entretanto maquiaram a propriedade da empresa colocando o nome de “laranjas”, pois quem a geria era de fato o apelante, sendo patente a ofensa ao princípio da impessoalidade, já que o referido, além de secretário municipal, também era filho do prefeito.

Não obstante isso, às f. 1448-61, demonstrou-se que foram encontrados em poder do apelante diversos canhotos de cheques pagos à empresa, reforçando a conclusão de que o referido era proprietário da empresa.

Além disso, foram localizados no computador do apelante (f. 1547-64), documentos que indicam seu estreito vínculo com a empresa, pois mantinha consigo documentos de interesse da empresa, quais sejam, documento de apresentação dos envelopes para o procedimento licitatório em que se consagrou vencedora (f. 1547), declaração de que a empresa havia incluído no preço o valor dos tributos (f. 1548), proposta da empresa para concorrer à licitação (f. 1549), bem como contrato de locação de ônibus entre terceiro (Antonio Malta) e a empresa e diversos recibos em nome da empresa pelos pagamentos realizados aos freteiros que alugavam seus ônibus à empresa (f. 1550-64).

Aliada a toda essa documentação, a prova testemunhal foi uníssona em afirmar que o apelante era o proprietário da empresa, senão vejamos:

[...] Sabe que a empresa Albatroz pertencia a um dos filhos do réu, Renato Tonelli Filho, tendo em vista que assumiu a administração municipal logo após a cassação do prefeito Renato Tonelli e constatou que a empresa, apesar de estar em nome de terceiros laranjas, pertencia ao filho do prefeito [...] (Edson Vieira – f. 2963-4).

[...] O réu Renato Tonelli Filho era o administrador da empresa Albatroz, a qual estava registrada em nome de laranjas, e servia de transporte escolar de alunos da zona rural [...] (Rui Felipe Kooper - f. 3005-6).

[...] Na verdade, a empresa era de propriedade de Renato Tonelli Filho, que não figurava no contrato da empresa [...] (Cristovam André Vieira – f. 3008-9).

Provou-se, então, que a empresa de propriedade de Renato Tonelli Filho foi meio para que este enriquecesse ilicitamente em prejuízo do erário (artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa), bem como que no procedimento licitatório houve apenas uma participante, no caso a empresa vencedora, ou seja, flagrante direcionamento da licitação.

Outra irregularidade é a falta de publicidade do edital de licitação, o referido não foi publicado na imprensa, por óbvio para afastar a concorrência, permitindo que sua empresa fosse a única participante

e vencesse o certame com o preço que estipulasse, em evidente desprestígio à *res pública*, violando sobremaneira o princípio da publicidade, consagrado na Constituição Federal (art. 37) e na Lei de Licitação (art. 2º).

Além da constatação das irregularidades na licitação, ainda há o enriquecimento ilícito, que faz incidir as disposições do artigo 9º da LIA.

c) Do calçamento do Laticínio Du Primo:

No que concerne ao calçamento do Laticínio Du Primo, defendem, mais uma vez, eventual presença de ilegalidade, negam, entretanto, a prática de ato ímprobo que tivesse prejudicado o erário, esclarecendo que o ato revestiu-se de “boas intenções” e em consonância ao princípio da impessoalidade.

Na verdade, ao contrário do que alegam, o calçamento do Laticínio Du Primo causou inegável prejuízo à municipalidade, por não ter a obra respeitado o princípio da legalidade, segundo o qual o administrador público só pode fazer aquilo que a lei lhe autoriza, sendo esta uma das maiores garantias contra o agigantamento do Poder Executivo, bem como contra a confusão por parte do administrador entre sua esfera de interesses pessoais e a finalidade da administração pública, que é sempre o interesse público.

Ora, a Administração Pública só pode atuar *secundum legem*, caracteriza-se, portanto, como atividade infralegal. Enquanto o particular pode fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração somente pode fazer aquilo que a lei autoriza.

Nesse sentido:

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer sim” para o administrador público significa “deve fazer assim”<sup>8</sup>.

Ora, as Leis Municipais n. 185/1993 e n. 245/1997 não autorizaram o chefe do Poder Executivo a realizar o calçamento das indústrias, mas “apenas” a doação de terrenos e execução de serviços de aterros e terraplanagem.

Noticiam os autos, que o proprietário do laticínio era amigo do apelante, circunstância que, embora exista, é irrelevante, já que o prejuízo da municipalidade restou comprovado e por si só tem de ser considerado para fins de condenação, porquanto a obra malferiu o princípio da legalidade.

Assim, o dolo resta evidenciado, porquanto ciente o apelante Renato Tonelli da inexistência de lei que lhe autorizasse a determinar o calçamento do laticínio, determinando mesmo assim a realização da obra em detrimento do erário que arcou, indevidamente, com R\$ 13.253,40.

A tese analisada também não prospera diante do fato que o conjunto probatório colaciona aos autos a indicar a prática dos atos de improbidade administrativa.

d) Da contratação de profissionais liberais:

Já no que diz respeito à contratação de profissionais liberais da área da saúde sem realização de concurso público, salienta observância a finalidade da contratação dos funcionários e necessidade de disponibilização à população local dos serviços essenciais à saúde.

<sup>8</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores. p. 88.

A contratação de profissionais liberais da área da saúde sem a realização de concurso público é fato incontroverso, consoante se observa dos contratos juntados aos autos de f. 912-1059. Foram realizadas 72 contratações sem que fosse realizado concurso público, em violação ao artigo 37, II, da Constituição Federal, *in verbis*:

[...] 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.

E ainda que fosse caracterizado como contrato temporário, tal como bem ponderou o magistrado *a quo* “*pode-se asseverar que, para a contratação temporária, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja pré-determinado; c) a necessidade seja temporária; e d) o interesse público seja excepcional. Só por isso as contratações devem ser tidas por irregulares, pois a transitoriedade exigida pelo texto constitucional não se coaduna com o caráter permanente das atividades atinentes à saúde, serviço público que integra a razão mesma de existir do Estado, qual seja, a prestação de serviços essenciais à população, dentre os quais figuram, sem sombra de dúvidas, os serviços de saúde*” (f. 3151-v).

Acerca do pressuposto da temporariedade da função, José dos Santos Carvalho Filho disserta que:

Se a necessidade é permanente, o Estado deve processar o recrutamento através dos demais regimes. Está, por isso, descartada a admissão de servidores temporários para o exercício de funções permanentes; se tal ocorrer, porém, haverá indissimulável simulação e a admissão será inteiramente inválida. Lamentavelmente, algumas Administrações, insensíveis (para dizer o mínimo) ao citado pressuposto, tentam fazer contratações temporárias para funções permanentes, em flagrante tentativa de fraudar a regra constitucional. Tal conduta, além de dissimular a ilegalidade do objetivo, não pode ter outro elemento mobilizador senão o de favorecer a alguns apaniguados para ingressarem no serviço público sem concurso, o que caracteriza inegável desvio de finalidade (in **Manual de Direito Administrativo**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 538).

A par disso, não se pode admitir a contratação temporária de profissionais da área da saúde, atividade essencial de índole permanente.

A alegação de que agiu no interesse público ao realizar as contratações também não merece respaldo, já que, durante os quatro anos em que permaneceu frente à Administração, jamais se preocupou em realizar um sequer concurso público para extirpar a situação irregular, quedando-se inerte em ofensa aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência, configurando, então, o ato de improbidade administrativa previsto no artigo 11 da LIA.

A respeito:

[...] É admissível a propositura de ação civil pública fundada na inconstitucionalidade de lei, desde que se trate de controle difuso de constitucionalidade, isto é, que essa declaração seja causa de pedir, fundamento ou mera questão prejudicial, indispensável à solução do litígio principal, em torno da tutela do interesse público. O agente político está sujeito tanto às sanções penais (crimes de responsabilidade) como àquelas previstas na Lei de Improbidade Administrativa, desde que sua conduta, obviamente, se enquadre nas hipóteses descritas nas respectivas legislações pertinentes. Se nas peculiaridades do caso concreto, as contratações por prazo determinado celebradas pela Administração Pública não são consideradas excepcionais nem mesmo temporárias, por resultarem de atividade rotineira do Município, revelando injustificável dispensa do concurso público, há violação

ao princípio da moralidade administrativa suficiente a ensejar a condenação do agente político nas sanções preconizadas no art. 11, III, da Lei n. 8.429/92 [...] (TJMG, AC n. 1.0133.04.018597-6/002, Rel. Des. Edilson Fernandes, julgado em 8.4.2008).

Não há, portanto, motivos que justifiquem a reforma da sentença também nesse tocante, pois injustificável a dispensa do concurso público em flagrante violação ao princípio da moralidade administrativa suficiente a ensejar a condenação do apelante.

e) Da promoção pessoal pela inscrição de nome nas bolas de futebol adquiridas pela municipalidade:

Também rechaçam que tenha incorrido o Sr. Renato Tonelli em promoção pessoal quando da inscrição de seu nome nas bolas de futebol adquiridas pela municipalidade, que fazem com fundamento no fato de que na época do episódio ele não era candidato.

Os documentos de f. 1110-2 comprovam que foram adquiridas pela municipalidade 30 (trinta) bolas de futebol no mês de fevereiro de 2000. Por outro lado, as fotografias de f. 1108-9, demonstram a inscrição do nome do apelante nas bolas de futebol adquiridas com dinheiro público, revelando existência de ato ofensivo aos princípios da Administração Pública, porquanto valeu-se de dinheiro público para realizar sua promoção pessoal.

Como bem destacou o juiz primevo *“O simples fornecimento de bolas de futebol para a realização de campeonato amador no município não constitui conduta ímproba; ao contrário, bem atende à prática desportiva, direito social dos munícipes, todavia, isso não é justificativa para o prefeito, ainda mais em ano eleitoral, inserir seu nome nas bolas de futebol, passando a falsa idéia de doação pessoal generosa das bolas, configurando, a toda evidência, prática de ato com finalidade diversa da prevista em lei, ou seja, ao invés de incentivar a prática desportiva buscou sua promoção pessoal”* (f. 3153).

Assim, com a inserção de seu nome nas bolas de futebol, inobservou o agente político os limites previstos, constitucionalmente, para a publicidade institucional.

O artigo 11 da Lei n. 8.429/92 é expresso ao preceituar que:

[...] constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: I) praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, em regra de competência [...].

Com efeito, para a aplicação da lei mencionada, basta o simples desrespeito aos princípios que regem a Administração Pública, ainda que não resultem em enriquecimento ilícito.

Portanto, constatado o ato de improbidade administrativa consistente na violação do princípio da legalidade, moralidade e impessoalidade, impõe-se mais uma vez a manutenção da sentença.

Corroborando isso:

ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PUBLICIDADE DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA - AUSÊNCIA DE CARÁTER EDUCACIONAL, INFORMATIVO, OU DE ORIENTAÇÃO SOCIAL - INSERÇÃO DE IMAGEM DE AGENTE PÚBLICO - VIOLAÇÃO DO ART. 37, CAPUTE § 1º DA CR/88 - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CARACTERIZADA - ART. 11, I E 12 DA LEI N. 8429/92. 1 - Hipótese em que o Apelado, mesmo advertido das vedações legais e morais de sua conduta, deliberadamente determinou o uso de dinheiro público para pagamento de campanha publicitária, sem

fim educacional, informativo ou de orientação social, e com a inserção de sua imagem pessoal, o que é expressamente vedado pela Constituição da República, devendo, portanto, arcar com as conseqüências de seus atos lesivos aos valores maiores da Administração Pública. Improbidade administrativa caracterizada. 2 - Recurso provido. (TJMG, AC n. 1.0024.02.711082-4/001, Rel. Des. Nilson Reis).

DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. VEREADOR. ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CARACTERIZAÇÃO. OFENSA A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS E CONSTITUCIONAIS. PROMOÇÃO PESSOAL. APELO PROVIDO PARCIALMENTE. 1. A Lei n. 8.429/1992 inovou ao possibilitar a repreensão ao comportamento administrativo (por ação ou omissão) violador dos princípios que norteiam a atividade administrativa, sendo desnecessário que tal ato cause dano ao erário ou enriquecimento ilícito do agente. 2. No caso, conclui-se que existe ato de improbidade (Lei n. 8.429/92, art. 11, I) capaz de imputar, ao apelado, as sanções pertinentes, por violação aos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade, assim como pela regra do art. 37, § 1º. (TJMG, AC n. 1.0079.03.111186-1/002, Rel. Des. Nepomuceno Silva).

O dolo é inconteste por nítido o propósito de angariar votos para eleição seguinte, na qual foi candidato à reeleição, situação que de pronto rechaça qualquer alegação no sentido de justificar a conduta praticada, ao passo que, mais uma vez, mantenho o *decisum* hostilizado.

f) Dos prejuízos causados e do dever de indenizar:

Afirmam que a gestão de Renato Tonelli não causou prejuízo algum ao patrimônio público e, a partir disso, defendem a ausência dos requisitos caracterizadores do dever de indenizar também em relação aos demais apelantes.

A mais singela análise dos documentos juntados aos autos e das irregularidades aponta a existência de atos ímprobos com empenho de prejuízos ao erário e necessidade de ressarcimento à luz da previsão legal. Não somente apenas quanto à questão procedimental, mas também quanto aos participantes, comprovado o dolo dos apelantes em depravar os cofres públicos.

*In casu*, observa-se o flagrante desvio de finalidade dos agentes públicos em seus atos que prejudicaram e causaram danos ao erário, conforme demonstração dos valores mencionados nos autos em detrimento dos cofres públicos, ferindo os princípios da moralidade, legalidade, motivação e ética nas condutas que envolvem as contas municipais.

Os danos causados ao erário restaram comprovados no caderno processual, tanto que o magistrado, com base em tais dados, tratou de aplicar as sanções tal como determina a lei.

Para a configuração do enriquecimento injusto, que enseja o dever moral de indenizar o empobrecido pela conduta, é necessário sejam verificados quatro requisitos, quais sejam, a) o enriquecimento de alguém, o qual pode ser de ordem moral, intelectual ou material; b) o empobrecimento de outrem, quer seja negativo (não pagamento de um serviço prestado) ou positivo (perda patrimonial); c) ausência de justa causa; e d) nexos causal entre o enriquecimento e o empobrecimento, sendo que cada um destes elementos deve estar ligado ao outro em uma relação de causa e efeito, como é o caso *apud acta*.

Presentes, então, tais requisitos, surge o direito de o empobrecido pleitear o ressarcimento na proporção em que o locupletador se enriqueceu.

Com acerto, o Juízo primevo determinou o ressarcimento do dinheiro desviado na medida do grau de culpabilidade de cada um.

O Superior Tribunal de Justiça, sobre o tema, traz em seu bojo o seguinte julgado:

ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR SEM CONCURSO PÚBLICO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. 1. A lesão a princípios administrativos contida no art. 11 da Lei n. 8.429/92, em princípio, não exige dolo ou culpa na conduta do agente nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade. Caso reste demonstrada a lesão, o inciso III do art. 12 da Lei n. 8.429/92 autoriza seja o agente público condenado a ressarcir o erário. 2. A conduta do recorrente de contratar e manter servidores sem concurso público na Administração amolda-se ao caput do art. 11 da Lei n. 8.429/92, ainda que o serviço público tenha sido devidamente prestado. 3. Não havendo prova de dano ao erário, não há que se falar em ressarcimento, nos termos da primeira parte do inciso III do art. 12 da Lei n. 8.429/92. As demais penalidades, inclusive a multa civil, que não ostenta feição indenizatória, são perfeitamente compatíveis com os atos de improbidade tipificados no art. 11 da Lei n. 8.429/92 (lesão aos princípios administrativos). 4. [...] (STJ, REsp n. 737.279/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 13.5.2008).

O processo licitatório demonstrou-se fraudulento, sendo fraudulenta a saída de dinheiro dos cofres públicos, assim como o calçamento ilegal do laticínio, bem como a promoção pessoal com o uso do dinheiro público e contratação ilegal de profissionais da área da saúde.

Nesse sentido:

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AÇÃO CAUTELAR. LIMINAR QUE DECRETA A INDISPONIBILIDADE DE BENS. O art. 12 e seus respectivos incisos, da Lei n. 8429/1992, definiu quais as cominações para cada ato de improbidade. E em todos eles prevaleceu a orientação, já inserida no art. 5º, daquela mesma lei, segundo o qual “ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano”. Outrossim, porque é possível supor que alguém, temendo desfecho desfavorável na ação proposta contra si, pudesse tentar frustrar a execução da futura decisão, alienando os bens ou valores necessários ao ressarcimento dos prejuízos causados ao erário, é de interesse público que se assegure, imediata e cautelarmente, o resultado útil do processo, o que somente poderia ser obtido mediante a excepcional indisponibilidade dos bens, que poderiam ir para mãos de terceiros de boa-fé. Não obstante, ao contrário do alegado pelo MD. Representante do Ministério Público, indisponibilidade de bens não é penalidade, mas medida acautelatória, por sua natureza excepcional e restrita, que, conforme expressamente dispõe o parágrafo único, do art. 7º, da Lei n. 8429/1992, deve se restringir ao valor do dano causado ou ao acréscimo patrimonial decorrente da atividade ilícita. Recurso provido. (AC n. 1.0092.04.006078-9/001, Rel. Des. Brandão Teixeira).

Respondem, assim, pelos prejuízos causados ao erário, tal como demonstrados nos autos, tudo com fundamento no artigo 12, inciso I, da Lei n. 8.429.92, tal como procedeu o magistrado *a quo*.

g) Das sanções e possibilidade de substituição por multa civil:

Na eventualidade, quanto às sanções impostas, entendem ter a sentença extrapolado os limites da razoabilidade e proporcionalidade, penalizando-os de forma indevida e excessiva, sugerindo, para tanto, a condenação em multa civil pautada na equidade, ou seja, afastando-se a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, proibição de contratar com o Poder Público.

Quanto às sanções aplicadas também sem razão os apelantes, já que, conforme explanação exaustiva nesta decisão sobre a comprovação do dolo, o magistrado não teve alternativa senão a de aplicar as sanções

previstas em lei, fixando cumulativamente, em atenção à razoabilidade e proporcionalidade, a multa civil, a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública e a proibição de contratar com o Poder Público.

Dispõe o parágrafo 4º do artigo 37 da Constituição Federal:

Art. 37: [...]

§ 4º: Os atos de improbidade administrativa importarão na suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Por sua vez e no que respeita às sanções civis, o art. 12 da Lei n. 8.429, de 1992, dispõe:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações: [...] III. na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Desse modo, por expressa disposição legal, o juiz, ao analisar o caso concreto, deverá apurar qual das penas deve ser aplicada ao agente público ímprobo, atentando-se, sobretudo, à possibilidade de serem fixadas cumulativamente.

A conduta dos apelantes enquadra-se nos art. 10 e 11 da Lei n. 8.429, de 1992, e as sanções impostas na sentença recorrida estão previstas no art. 12, III, da mesma lei e foram aplicadas com equilíbrio.

Os apelantes imputam deficiência à fixação das penalidades, entretanto assim fazem genericamente, consoante se verifica nas razões recursais às f. 3213, apenas afirmam a existência de violação à razoabilidade e proporcionalidade, não apontando quais os motivos pelos quais teria agido o magistrado em afronta a tais princípios.

De sorte que, adotando o seu livre convencimento e a razoabilidade necessária, aplicou corretamente o magistrado as penalidades previstas na lei, observando o disposto no artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa, razão pela qual a sentença não merece reparos.

### III - Dispositivo

Mercê de tais considerações, nego provimento ao agravo retido, afasto as preliminares arguidas e, no mérito, pelo improvimento da apelação, mantendo-se *in totum* o *decisum* hostilizado, inclusive, por consectário lógico, confirmando-se a liminar de f. 1306-11.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

**POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E, NO MÉRITO, 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. Divoncir Schreiner Maran.

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

Campo Grande, 22 de junho de 2011.

\*\*\*

**Primeira Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2011.012138-4 - Maracaju**  
**Relator Des. Divoncir Schreiner Maran**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – ACIDENTE DE TRÂNSITO – ROTATÓRIA RECÉM-CONSTRUÍDA – AUSÊNCIA DE SINALIZAÇÃO – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MUNICÍPIO – CULPA EVIDENCIADA – DANO MORAL CONSUBSTANCIADO NA TETRAPLEGIA E SEQUELAS MENTAIS DA VÍTIMA – DEVER DE REPARAR – DENUNCIAÇÃO DA LIDE – CONECTÁRIO DO PROVIMENTO DO APELO – ARTIGO 515, § 1º, CPC – OBRA NÃO ENTREGUE FORMALMENTE – CONTRATO ADMINISTRATIVO PREVENDO A RESPONSABILIDADE POR EVENTUAL ACIDENTE DE TRÂNSITO – ARTIGO 70, III, CPC – RECURSO PROVIDO E DENUNCIAÇÃO DA LIDE JULGADA PROCEDENTE.

Impondo o artigo 88 do Código de Trânsito Brasileiro o dever de sinalizar adequadamente as vias pavimentadas e descurando a Municipalidade de tal obrigação ao liberar rotatória recém-construída para o trânsito sem as devidas providências, incorre em manifesta negligência, de modo que configurada a responsabilidade subjetiva pelo ato omissivo.

Inferível do acervo fático-probatório encartado nos autos que o motivo decisivo do acidente da vítima, que a deixou tetraplégica e com sequelas mentais, foi a falta de sinalização no local do infortúnio, imperativa a condenação por danos morais.

Para a fixação da indenização por danos morais, deve o julgador agir com bom senso, de acordo com as particularidades de cada caso. O valor não deve ser baixo a ponto de ser irrelevante para o condenado nem alto de modo a proporcionar o enriquecimento sem causa do beneficiado.

Assentado pelo Superior Tribunal de Justiça que não se emprega o artigo 1º-F da Lei n. 9.494/1997, com a redação conferida pela Lei n. 11.960/2009, aos processos em curso, por ser espécie normativa instrumental material, aplicam-se a correção monetária a partir do arbitramento da indenização pelo INPC/IBGE e os juros de mora desde o evento danoso no percentual correspondente à taxa Selic, de acordo com as Súmulas n. 54 e 362 do Superior Tribunal de Justiça e artigo 406 do Código Civil.

Evidenciado pelo contrato administrativo firmado entre o Município e a construtora listisdenunciada que lhe foi repassado o dever de manter sinalizadas as obras enquanto não entregues formalmente ao ente público, exsurge procedente a denúncia da lide.

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – DENUNCIAÇÃO DA LIDE – OBRIGAÇÃO DECORRENTE DE CONTRATO ADMINISTRATIVO – CONDENAÇÃO A HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – RECURSO PREJUDICADO.

## 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 do autor e julgar prejudicado o apelo do Município de Maracaju, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 25 de maio de 2011.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

César Augusto Cantini apela da sentença, proferida nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais ajuizada em face do Município de Maracaju, o qual denunciou à lide Maracaju Engenharia e Empreendimentos Ltda., que julgou improcedentes os pedidos deduzidos na inicial e, conseqüentemente, a denúncia da lide.

Rebate, em síntese, a conclusão adotada na sentença invectivada sob o argumento de que destoante de todo acerto probatório carreado nos autos, porquanto evidente que o acidente de trânsito que culminou em sua tetraplegia foi decorrente da construção de uma rotatória, liberada para o trânsito, sem qualquer sinalização.

Esclarece que ausente prova no sentido de que trafegava em alta velocidade, sendo ainda irrelevante o fato de sempre percorrer a via do evento danoso, pois há determinação no Código de Trânsito Brasileiro para que haja sinalização e iluminação adequadas.

Discorda das constatações do magistrado sentenciante quando da realização da inspeção judicial no local do acidente, visto que baseadas em providências posteriores à data do infortúnio.

Por fim, requer o provimento recursal para condenar o apelado ao pagamento de indenização por danos morais.

Respostas às f. 662-96 e 699-706, pugnando em ambas a manutenção da sentença.

Também irresignado, o Município de Maracaju interpõe recurso de apelação, ponderando sobre a obrigação de denunciar à lide a construtora em razão do contrato administrativo firmado entre a Administração Pública e o prestador do serviço, motivo pelo qual não procede a condenação a honorários advocatícios.

Insurge-se, alternativamente, contra o valor fixado a título de verba honorária, pois desarrazoado.

Ao final, pleiteia o provimento do apelo.

Resposta às f. 662-96.

## VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator)

Observada a ordem de prejudicialidade, analiso os recursos manejados.

### **Do recurso de César Augusto Cantini:**

Colhe-se dos autos que o autor, ora apelante, propôs a presente ação em desfavor do Município de Maracaju no intuito de ser indenizado moral e materialmente pelos danos causados por um acidente de trânsito sofrido no dia 28.8.2007 por volta das 20 horas (f. 25), quando se chocou com a rotatória recém-

construída sob o argumento de ausência de sinalização, o que ocasionou sequelas irreversíveis tanto físicas como mental, deixando-o tetraplégico (f. 55).

Ao apresentar a contestação (f. 66-429), o requerido, preliminarmente, denunciou à lide a construtora responsável pela execução das obras no local do acidente, rebateu tão somente os danos materiais, pois ausentes provas de sua quantificação; e quanto aos danos morais, asseverou a falta de culpa no ocorrido, haja vista a responsabilidade da construtora em manter sinalizadas as obras, obtemperando, ainda, sobre o montante a ser fixado.

Citada, a litisdenunciada contestou a pretensão deduzida em face de si mesma (f. 462-521), refutando o dever de indenizar essencialmente baseada no fato de que já havia concluído e entregue a obra ao litisdenunciante, tendo este, inclusive, contratado outra empresa para efetuar a sinalização definitiva das vias. Alternativamente, justificou a ocorrência do acidente como culpa exclusiva da vítima que dirigia em alta velocidade e embriagada, a qual agiu imprudentemente por não atentar para o trecho em obras há mais de 6 meses.

O feito, então, foi instruído com realização de audiências de instrução e julgamento com a oitiva de testemunhas, seguidas de uma inspeção judicial em 18.5.2010 (f. 57).

Ato contínuo, as partes apresentaram alegações finais e adveio a sentença *sub examine*, julgando improcedentes os pedidos formulados.

Foi interposto, por conseguinte, o presente recurso.

O contexto delineado informa um suposto ato omissivo do ente público caracterizado pela falta de sinalização na construção de uma rotatória em via pavimentada.

A partir dessa premissa, com percuciência leciona Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>1</sup> que “*a responsabilidade por falta de serviço, falha no serviço ou culpa do serviço (faute du service, seja qual for a tradução que lhe dê) não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo). Com efeito, para sua deflagração não basta a mera objetividade de um dano relacionado com o serviço estatal. Cumpre que exista algo mais, ou seja, culpa (ou dolo), elemento tipificador da responsabilidade subjetiva.*”

Dessome-se, pois, que há responsabilidade subjetiva quando para caracterizá-la é necessário que a conduta geradora do dano revele deliberação na prática de comportamento proibido ou desatendimento indesejado dos padrões de empenho, atenção ou habilidade normais legalmente exigíveis, de tal sorte que o direito em uma ou outra hipótese resulta transgredido. Por isso, é sempre responsabilidade por comportamento ilícito quando o ente público, devendo atuar, e de acordo com certos padrões, não atua ou atua insuficientemente para deter o evento lesivo<sup>2</sup>.

A respeito:

PROCESSUAL CIVIL ADMINISTRATIVO – OFENSA AO ART. 535 DO CPC  
NÃO-CONFIGURADA – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO  
– ELEMENTO SUBJETIVO RECONHECIDO PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA –  
SÚMULA N. 7/STJ – JUROS DE MORA – ÍNDICE – ART. 1.062 DO CC/1916 E

<sup>1</sup> in *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 993-4.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 995.

ART. 406 DO CC/2002 – PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – REVISÃO – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA N. 7/STJ – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

[...]

**2. A jurisprudência dominante tanto do STF como deste Tribunal, nos casos de ato omissivo estatal, é no sentido de que se aplica a teoria da responsabilidade subjetiva.**

[...]

8. Recurso especial parcialmente provido. (STJ, REsp n. 1069996/RS, Segunda Turma, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Eliana Calmon, DJ de 1.7.2009 – grifo nosso).

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – BURACO EM VIA PÚBLICA – ACIDENTE DE VEÍCULO – ATO OMISSO DO MUNICÍPIO – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA – FALTA NO SERVIÇO E NEXO DE CAUSALIDADE NÃO COMPROVADO – PEDIDO IMPROCEDENTE – DANOS MORAIS – MERO ABORRECIMENTO – NÃO CABIMENTO – CONDENAÇÃO DE BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA A CUSTAS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – POSSIBILIDADE – ART. 12 DA LEI N. 1.060/50 – RECURSO CONHECIDO – IMPROVIDO.

**A responsabilidade civil do Estado por ato omissivo enseja responsabilidade subjetiva, devendo ser comprovada a culpa pela falta do serviço.**

A ausência de prova quanto ao nexo de causalidade entre o dano sofrido e a falta do serviço impossibilita a responsabilização do ente público em reparar os danos sofridos. Ônus da prova que incumbe ao autor, inteligência do artigo 333, I, do CPC.

Mero aborrecimento não se revela suficiente à configuração do direito ao dano moral, devendo a indenização ser cabível quando há fatos que atinjam bens jurídicos relevantes e que acarrete grave dano ao psíquico do indivíduo.

O fato de a parte ser beneficiária da justiça gratuita não obsta sua condenação ao pagamento das verbas sucumbenciais. A execução destas custas será sobrestada. Determinação do artigo 12 da Lei n. 1.060/50.

(TJMS, AC n. 2009.013365-0, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Rêmolo Letteriello, julgado em 30.6.2009).

Desse modo, cabível a responsabilidade estatal e o consequente dever de reparação, consoante a legislação infraconstitucional (artigo 186<sup>3</sup> do Código Civil) e à luz do artigo 37, § 6<sup>4</sup>, da Constituição Federal, desde que devidamente comprovado o ato omissivo fundado em dolo ou culpa, o nexo causal e a lesão.

Indenizar significa reparar o dano causado à vítima, integralmente. Se possível restaurando o *statu quo ante*, isto é, devolvendo ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito. Todavia, como na maioria dos casos se torna impossível tal desiderato, busca-se uma compensação em forma de pagamento de uma indenização monetária<sup>5</sup>, quando presentes os requisitos do artigo 186 do Código Civil,

3 Art. 186 do CC: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."

4 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, causaram a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

5 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 338. v. IV.

ou seja, fato lesivo voluntário causado pelo agente por ação ou omissão, ocorrência de um dano patrimonial ou moral e nexos de causalidade entre o dano e o comportamento do agente.

Cinge-se o apelo à reparação por danos morais.

Segundo percuciente lição de Carlos Roberto Gonçalves<sup>6</sup>, “*dano moral é aquele que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se extrai dos artigos 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.*”

Para evitar excessos e abusos, recomenda Sérgio Cavalieri Filho, com razão, que só se deve reputar como dano moral “*a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exarcebada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo.*”<sup>7</sup>

Como narrado acima, a situação a que foi exposta o apelante não se caracteriza como mero dissabor ou aborrecimento, ao contrário, do fadado acidente lhe sucederam sequelas inegáveis consubstanciadas na impossibilidade de retornar a andar, bem como danos de ordem intelectual, conforme fartamente demonstram os documentos carreados às f. 26-55, isso tudo com apenas 27 anos de idade. O dano moral, portanto, é evidente.

Quanto ao ato lesivo, impõe-se destacar o disposto no artigo 88 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/1997):

Art. 88. Nenhuma via pavimentada poderá ser entregue após sua construção, ou reaberta ao trânsito após a realização de obras ou de manutenção, enquanto não estiver devidamente sinalizada, vertical e horizontalmente, de forma a garantir as condições adequadas de segurança na circulação.

Parágrafo único. Nas vias ou trechos de vias em obras deverá ser afixada sinalização específica e adequada.

Do acervo fático-probatório encartado, extrai-se que a falta de sinalização no local do acidente não é negada por nenhuma das partes, opostamente, é reforçada pelos depoimentos testemunhais, a propósito dos seguintes excertos:

[...] presenciei o acidente, no qual se deu entre às dezenove e trinta e vinte horas, não sendo horário de verão, sendo que tinha acabado de chover; estava em frente à rotatória; o requerente estava vindo com sua moto no sentido bairro-centro, quando ele bateu na rotatória; a rotatória estava pronta mas não estava sinalizada e não estava iluminada [...] o requerente estava em velocidade normal [...] (testemunha Willian Coronel, f. 559 – grifo nosso).

[...] cheguei no local do acidente logo em seguida; no local não havia sinalização da rotatória e a iluminação era bem fraca, sendo que havia acabado de garoar [...] (testemunha Moisés dos Santos, f. 560 – grifo nosso).

Aliás, tal fato é, inclusive, reconhecido pelo magistrado *a quo* (f. 627), porém absurdamente afastado sob o argumento de que a vítima sempre passava pelo local, o que de nenhuma maneira retira a

<sup>6</sup> Ibidem, p. 359.

<sup>7</sup> Apud GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 360-1.

responsabilidade de quem deveria ter sinalizado adequadamente as vias, ademais, se considerada a situação em comento: horário noturno e sobre vias molhadas (após chuva).

A omissão apontada deflagra atitude relevante do apelado que expôs à angústia e ao sofrimento cidadão que teve a saúde e a dignidade tolhidas por negligência (leia-se culpa) do ente público, o qual não fiscalizou adequadamente as obras realizadas, liberando o trânsito na via sem a devida sinalização, o que justifica a compensação econômica.

Oportuno consignar que a inspeção judicial revelou-se inservível à apuração da verdade dos fatos narrados, visto que o acidente ocorreu em 28 de agosto de 2008 e aquela foi realizada somente em 18 de maio de 2010, ou seja, quase dois anos após, o que, obviamente, não traduz com precisão as condições da via daquela oportunidade.

Não há falar, por outro vértice, que o apelante conduzia sua motocicleta imprudentemente sob a influência de álcool e acima dos limites de velocidade, uma vez que inexistia qualquer adinículo de prova nesse sentido juntada no caderno processual, ao contrário, como já destacado acima, a testemunha que presenciou o acidente afirmou que a vítima conduzia sua motocicleta em velocidade adequada.

A respeito disso, Moacyr Amaral Santos<sup>8</sup> assevera que *“incumbe provar àquele que propõe em juízo, aquele que afirma uma situação jurídica como fundamento da ação, não a quem nega tal situação jurídica.”*

Compete, então, ao condutor do processo, quando da prolação da sentença, proferir julgamento contrário àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu. O sistema não determina quem deve fazer a prova, mas sim quem assume o risco caso não se produza.

A respeito:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DISPONIBILIZAÇÃO DE VAGA PARA CRIANÇAS EM CRECHE MUNICIPAL. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA ORÇAMENTÁRIA. FATO IMPEDITIVO DO DIREITO DO AUTOR. ÔNUS DA PROVA. ART. 333, II, DO CPC. PRECEDENTES DO STJ.

1. Nos termos do art. 333 do Código de Processo Civil, cabe ao autor demonstrar a veracidade dos fatos constitutivos de seu direito (inciso I) e **ao réu invocar circunstância capaz de alterar ou eliminar as conseqüências jurídicas do fato aduzido pelo demandante (inciso II).**

2. **Apresentada defesa indireta, na qual se sustenta fato impeditivo do direito da parte autora, a regra se inverte, pois, ao aduzir fato impeditivo, o réu implicitamente admite como verídica a afirmação básica da petição inicial, que, posteriormente, veio a sofrer as conseqüências do evento superveniente.** Por conseguinte, as alegações trazidas pelo autor tornam-se incontroversas, dispensando, por isso, a respectiva prova.

[...]

5. Recurso Especial não provido. (REsp n. 474361/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ de 21.8.2009 – grifo nosso).

Assim, não se desincumbiram o apelado ou a litisdenunciada de provar fato impeditivo ou extintivo do direito do autor-apelante, nos termos do artigo 333, II, do Código de Processo Civil, não merecendo prosperar alegações baseadas em meras conjecturas.

<sup>8</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, p. 23. v. 4.

Imperativo, destarte, o dever de indenizar.

Perfilha o raciocínio sopesado acima, a jurisprudência iterativa desta Corte de Justiça, a exemplo dos seguintes julgados:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – ACIDENTE DE TRÂNSITO – PISTA INTERDITADA POR CAVALETES DE MADEIRA, SEM SINALIZAÇÃO – DANOS MATERIAIS – RECURSO IMPROVIDO.

**É de ser procedente o pedido formulado na ação de indenização por danos materiais decorrentes de acidente de trânsito, cuja causa determinante resultou da falta de observação, por parte do município, da interdição de pista, sem a imprescindível sinalização.** (TJMS, AC n. 2010.003532-7, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, julgado em 4.3.2010 – grifo nosso).

EMENTA – AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – APELAÇÃO CÍVEL DOS AUTORES – ACIDENTE DE TRÂNSITO – VÍTIMA FATAL – PAI DOS AUTORES – AUSÊNCIA DE SINALIZAÇÃO NO LOCAL – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA ESTATAL – CONDUTA OMISSIVA – DANOS MATERIAIS – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO – DESPESAS COM FUNERAL – DISPENSA DE PROVA – ARTIGO 226, LEI N. 8112/90 – PENSÃO – PAGAMENTO DE 2/3 DO VALOR DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE, ATÉ A DATA EM QUE OS AUTORES COMPLETEM 25 ANOS – DANOS MORAIS – VALOR FIXADO EM R\$ 90.000,00, DENTRO DO LIMITE DO PEDIDO – RECURSO PROVIDO – SENTENÇA REFORMADA.

**Ao deixar de sinalizar devidamente a via pública onde se encontra instalado um quebra-molas, o Município, que deveria prestar este serviço à população, é culpado e responsável pelo acidente sofrido no local pelo de cujus, devendo ressarcir os filhos pelos danos decorrentes da morte do genitor.**

É evidente a responsabilidade do Município pelo dever que tem de conservar a sinalização das vias públicas em regular estado de utilização, restando demonstrado sua conduta omissiva, o nexo causal entre sua conduta e os danos sofridos em face da morte da vítima.

[...]

Recurso dos autores provido, sentença reformada. (TJMS, AC n. 2008.015394-1, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Dorival Renato Pavan, julgado em 17.3.2009 – grifo nosso).

O conteúdo do dano moral, por sua vez, revela-se sempre mediante reflexos produzidos, por ação ou omissão de outrem, atingindo componentes sentimentais da pessoa. Justifica-se tal reparação na assertiva de que as injustiças não devem prosperar. Como explica Karl Larenz, “*na avaliação do apreço da dor deve-se levar em conta não só a extensão da ofensa, mas também o grau da culpa e a situação econômica das partes, uma vez que não há no dano moral uma indenização propriamente dita, mas apenas uma compensação ou satisfação a ser dada por aquilo que o agente fez ao prejudicado*” (in **Derecho de obligaciones**. Madrid, 1942. p. 642. t.2).

Por ocasião da fixação da indenização por danos morais, deve o julgador agir com bom senso, de acordo com as particularidades de cada caso. O valor não deve ser baixo a ponto de ser irrelevante para o condenado nem alto de modo a proporcionar o enriquecimento sem causa do beneficiado. Deve-se ter em

conta que a obrigação de reparar dano moral causado a terceiro possibilita o desestímulo de ações lesivas da mesma espécie, diante da perspectiva desfavorável com que se depara o possível causador do dano, obrigando-o a retrair-se ou, no mínimo, a meditar sobre os ônus que terá de suportar.

Sob esse prisma, analisando o ato praticado, as condições financeiras dos autores, bem como a repercussão que o ato reclamado vem causando, tenho que o montante de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais) está bem adequado ao Princípio da Razoabilidade para reparar ou, melhor, mitigar o sofrimento causado.

A respeito:

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO COM VÍTIMA FATAL. ESPOSO E PAI DAS AUTORAS. IRRELEVÂNCIA DA IDADE OU ESTADO CIVIL DAS FILHAS DA VÍTIMA PARA FINS INDENIZATÓRIOS. LEGITIMIDADE ATIVA. *QUANTUM* DA INDENIZAÇÃO. VALOR IRRISÓRIO. MAJORAÇÃO. POSSIBILIDADE. DESPESAS DEFUNERAL. FATO CERTO. MODICIDADE DA VERBA. PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA. DESNECESSIDADE DE PROVA DA SUA REALIZAÇÃO.

[...]

2. Há, como bastante sabido, na ressarcibilidade do dano moral, de um lado, uma expiação do culpado e, de outro, uma satisfação à vítima.

3. O critério que vem sendo utilizado por essa Corte Superior na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito.

4. Ressalte-se que a aplicação irrestrita das *punitive damages* encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002.

5. Assim, cabe a alteração do *quantum* indenizatório quando este se revelar como valor exorbitante ou ínfimo, consoante iterativa jurisprudência desta Corte Superior de Justiça.

6. [...]

9. Recurso especial provido. (REsp N. 210101/PR, Quarta Turma, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF Primeira Região), DJ de 9.12.2008 – grifo nosso).

O valor deverá ser corrigido monetariamente a partir da data prolação deste acórdão pelo INPC/IBGE, que é o mais adequado à atualização do débito da Fazenda Pública, incidindo juros de mora desde o evento danoso no percentual correspondente à taxa Selic, nos termos das Súmulas n. 54<sup>9</sup> e n. 362<sup>10</sup> do Superior Tribunal de Justiça e artigo 406<sup>11</sup> do Código Civil.

Na linha de precedentes:

9 Súmula n. 54 do STJ: "Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual."

10 Súmula n. 362 do STJ: "A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento."

11 Art. 406 do CC: "Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional."

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. EXAME. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 475, I, 515 E 535, I E II, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. MILITAR. INCAPACIDADE TOTAL PARA TODO E QUALQUER SERVIÇO. ECLOSÃO DA MOLÉSTIA INCAPACITANTE DURANTE O SERVIÇO MILITAR. REFORMA. CABIMENTO. PARCELAS ATRASADAS. PAGAMENTO DEVIDO. AÇÃO AJUIZADA ANTES DA EDIÇÃO DA MP N. 2.180-35/01. JUROS MORATÓRIOS. 1% AO MÊS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO EM PERCENTUAL. POSSIBILIDADE. *QUANTUM*. REVISÃO. SÚMULA N. 7/STJ. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. EXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. **CORREÇÃO MONETÁRIA**. TERMO INICIAL. VENCIMENTO DE CADA PARCELA ATRASADA. **ÍNDICE DO INPC**. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. BASE DE CÁLCULO. PARCELAS VENCIDAS ACRESCIDAS DE UMA ANUALIDADE DAS VINCENDAS. ART. 260 DO CPC. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

8. Em se tratando de dívida de caráter alimentar, a correção monetária deve incidir desde a data em que configurada a mora. Todavia, nas condenações genéricas, ou seja, naquelas em que não há exigência legal de aplicação de índice específico de correção monetária, deve incidir o Índice Nacional de Preços ao Consumidor – INPC –, apurado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE –, por também se constituir índice oficial de atualização monetária. Precedente do STJ.

[...]

10. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (STJ, REsp n. 1000461/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 18.5.2009 – grifo nosso).

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO **INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL**. RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL. JUROS MORATÓRIOS E CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL.

1. Em casos de indenização por dano moral, o termo inicial para a incidência da correção monetária é a data da prolação da decisão em que foi arbitrado o valor da indenização.

2. Na seara da responsabilidade extracontratual, os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, e não a partir da citação.

[...] (STJ, ED no Ag n. 1370593/RS, Quarta Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 4.5.2011 – grifo nosso).

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MILITAR. DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE. PRESSUPOSTOS FÁTICOS. VALOR DA INDENIZAÇÃO. SÚMULA N. 7/STJ. **JUROS MORATÓRIOS. ATO ILÍCITO. EVENTO DANOSO. PERCENTUAL ESTABELECIDO NO CÓDIGO CIVIL.**

[...]

5. Os juros de mora, tendo em vista estar se tratando de responsabilidade extracontratual do Estado, devem incidir a partir da data em que ocorreu o evento danoso, consoante preconiza a Súmula n. 54/STJ.

6. Os índices que informam os juros de mora estão previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, o qual prevê o percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês, até janeiro de 2003 e, a partir daí, aplica-se o art. 406 do Código Civil vigente, computando-se a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda

**Nacional, ou seja, a SELIC.** Precedente: AgRg nos ED no REsp n. 1.074.256/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJ de 4.11.2010.

Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 233030/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 14.4.2011).

Importante frisar, ainda, a inaplicabilidade do artigo 1º-F da Lei n. 9.494/1997, com a redação implementada pela Lei n. 11.960/2009, ante o ajuizamento da ação em 6 de novembro de 2008, haja vista o entendimento assentado na Corte Superior de Justiça de que “o art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, por ser espécie de norma instrumental-material não deve incidir nos processos em curso.” (ED no REsp n. 1116364/PI, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 14.4.2011).

Como consequência da procedência do pedido indenizatório, cumpre a este órgão *ad quem* reanalisar a denúncia da lide, consoante previsão do artigo 515, § 1º<sup>12</sup>, do Código de Processo Civil.

Relevante pontuar, *a priori*, que a denúncia da lide é ação secundária, de natureza condenatória, ajuizada no curso de outra ação condenatória principal. Haverá, na verdade, duas lides, que serão processadas em *simultaneus processus* e julgadas na mesma sentença; duas relações processuais, mas um só processo. Tem por finalidade o ajuizamento, pelo denunciante, de pretensão indenizatória que tem contra terceiro, nas hipóteses do artigo 70<sup>13</sup> do Código de Processo Civil, caso venha ele, denunciante, a perder a demanda principal. Tem como característica a eventualidade, pois só será examinada a ação secundária de denúncia da lide se o denunciante ficar vencido, pelo mérito, na ação principal<sup>14</sup>.

Na hipótese dos autos, a denúncia enquadra-se na tipificação do inciso III do artigo 70 retrocitado, ou seja, vincula-se às ações de garantia em que se discute a obrigação legal ou contratual do denunciado em garantir o resultado da demanda, indenizando o garantido em caso de derrota. Não há, portanto, qualquer afirmação de existência de relação jurídica material entre o denunciado e o adversário do denunciante. Afirma-se a existência de uma relação jurídica entre o adversário do denunciante e o denunciante e entre o denunciante e o denunciado<sup>15</sup>.

Discussões acerca da amplitude da ação de regresso à parte, certo é que o fundamento fático embasador da pretensão principal consubstanciou-se na reparação civil em decorrência dos danos morais sofridos por César Augusto Cantini pelo acidente ocorrido ante a ausência de sinalização da nova rotatória construída.

Quanto à existência de responsabilidade apta a garantir ação de regresso, cumpre acentuar que a litisdenunciada fora contratada (Contrato Administrativo n. 149/2006, f. 253-7), após certame licitatório, em 13 de dezembro de 2006, para executar obra de infraestrutura urbana na área do acidente de trânsito em comento, restando pactuado:

## CLÁUSULA SEXTA – DIREITOS E RESPONSABILIDADES [...]

§ 3º - O contratante não responderá por quaisquer ônus, direitos ou obrigações vinculados à legislação tributária, trabalhista, previdenciária, securitária, ou indenizações civis decorrentes de acidente

12 Art. 515 do CPC: "A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro."

13 Art. 70 do CPC: "A denúncia da lide é obrigatória:

I - ao alienante, na ação em que terceiro reivindica a coisa, cujo domínio foi transferido à parte, a fim de que esta possa exercer o direito que da evicção lhe resulta;

II - ao proprietário ou ao possuidor indireto quando, por força de obrigação ou direito, em casos como o do usufrutuário, do credor pignoratício, do locatário, o réu, citado em nome próprio, exerça a posse direta da coisa demandada;

III - àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda."

14 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 11. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 297.

15 DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 11. Ed. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 352. v. 1

de trânsito **durante a execução do presente contrato**, cujo cumprimento e responsabilidade caberão, **exclusivamente, à Contratada**. (f. 255, g.n.)

O termo de recebimento provisório relativo ao referido contrato foi assinado em 21 de janeiro de 2008 e o definitivo em 21 de fevereiro de 2008.

Assim, não obstante a aparente finalização da fatídica rotatória em período anterior, é certo que a obrigação de sinalizar a obra permanecia no encargo da litisdenunciada enquanto não entregasse formalmente a obra.

A entrega e o recebimento formal do objeto do contrato, aliás, trata-se de dever cogente, conforme preceituado no artigo 73 da Lei n. 8.666/1993:

Art. 73. Executado o contrato, o seu objeto será recebido:

I - em se tratando de obras e serviços:

a) provisoriamente, pelo responsável por seu acompanhamento e fiscalização, mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes em até 15 (quinze) dias da comunicação escrita do contratado;

b) definitivamente, por servidor ou comissão designada pela autoridade competente, mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes, após o decurso do prazo de observação, ou vistoria que comprove a adequação do objeto aos termos contratuais, observado o disposto no art. 69 desta Lei. (g.n.)

Bem se vê que, se não formalizou comunicação escrita da finalização da obra de modo a ensejar o recebimento, a litisdenunciada ainda estava na responsabilidade de mantê-la devidamente sinalizada, alertando os motoristas acerca das mudanças operadas, como também dispõe o § 1º do artigo 95 do Código Brasileiro de Trânsito, *in verbis*: “§ 1º A obrigação de sinalizar é do responsável pela execução ou manutenção da obra ou do evento.”

Ademais, consta evidência de que não havia sido finalizada a obra, licitada sob a modalidade “empreitada por preço global”, uma vez que em 17 de agosto 2008 foi formalizado Termo Aditivo ao Contrato Administrativo n. 149/2006 (f. 272-3).

Nesse diapasão, exsurge incontestemente dos autos que a causa determinante do acidente foi a ausência de sinalização na via, a qual havia sofrido recentes mudanças, de responsabilidade até aquele momento da construtora contratada pelo Município.

Posto isso, dou provimento ao recurso para condenar o Município de Maracaju ao pagamento de indenização por danos morais a César Augusto Cantini, no importe de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais), que deverá ser corrigido monetariamente pelo INPC/IBGE a partir da prolação deste julgado, incidindo juros de mora desde o evento danoso, ou seja, 28 de agosto de 2007, no percentual da taxa Selic, de acordo com as Súmulas n. 54 e 362 do Superior Tribunal de Justiça e artigo 406 do Código Civil.

Consectariamente, operada a sucumbência recíproca, haja vista a existência de pedido por danos materiais na inicial, rateio equitativamente as custas e honorários advocatícios, os quais arbitro em R\$ 9.000,00 (nove mil reais), nos termos do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil. Ressalvo, contudo, que os ônus atinentes à parte autora não deverão ser por ela suportados, uma vez que, isentada na sentença de primeiro grau e não sendo objeto de recurso, resta obstada sua alteração, sob pena de *reformatio in pejus*.

Outrossim, julgo procedente a denunciação da lide em relação à Maracaju Engenharia e Empreendimentos Ltda., a fim de condená-la, por força do Contrato Administrativo n. 149/2006, ao pagamento ao Município de Maracaju do que este vier a desembolsar com César Augusto Cantini, em ação de regresso.

Ante a resistência apresentada, condeno-a também a honorários advocatícios, os quais fixo em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), com fulcro no artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

#### **Do recurso do Município de Maracaju:**

Como decorrência lógica do provimento do recurso do autor e da procedência da denunciação da lide, resta prejudicada a análise deste apelo.

Sendo assim, julgo prejudicado o recurso.

### **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

**POR UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DO AUTOR E JULGARAM PREJUDICADO O APELO DO MUNICÍPIO DE MARACAJU, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.**

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

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

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

Campo Grande, 25 de maio de 2011.

\*\*\*

**Quarta Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2011.000568-8 - Anastácio**  
**Relator Des. Dorival Renato Pavan**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – CORTE NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA – CONSUMIDORA QUE APRESENTAVA REGULARIDADE NO PAGAMENTO DA FATURA MENSAL – DÉBITO APURADO PELA CONCESSIONÁRIA UNILATERALMENTE, EM FACE DA EXISTÊNCIA DE FALHA TÉCNICA NO EQUIPAMENTO DE MEDIÇÃO DE ENERGIA INSTALADA NA UNIDADE CONSUMIDORA – IMPOSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DE SERVIÇOS ESSENCIAIS EM FUNÇÃO DA COBRANÇA DE DÉBITOS PRETÉRITOS – ATO ABUSIVO E ILEGAL PRATICADO PELA CONCESSIONÁRIA – OFENSA AO DIREITO BÁSICO DE MANUTENÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ESSENCIAIS, DE FORMA ININTERRUPTA, AO CONSUMIDOR – DANO MORAL CONFIGURADO – RESTITUIÇÃO SIMPLES DA PARCELA PAGA PELA CONSUMIDORA MEDIANTE AMEAÇA DO CORTE DE ENERGIA QUE ACABOU SE CONSUMANDO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

É legítimo o corte no fornecimento de serviços públicos essenciais, como os de energia elétrica e água tratada, quando o consumidor se encontrar inadimplente.

Todavia, seria inversão da ordem constitucional conferir maior proteção ao direito de crédito da concessionária que aos direitos fundamentais à saúde e à integridade física do consumidor, permitindo o corte irrestrito do fornecimento de energia diante da falta de pagamento do valor consumido, razão pela qual, se o consumidor se encontrar inadimplente, o corte somente se justifica desde que observados os seguintes requisitos, consolidados na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

a) não acarrete lesão irreversível à integridade física do usuário; b) não tenha origem em dívida por suposta fraude no medidor de consumo de energia, apurada unilateralmente pela concessionária; c) não decorra de débito irrisório; d) não derive de débitos consolidados pelo tempo; e, por fim, e) não exista discussão judicial da dívida.

A enumeração de tais requisitos, contidos na jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça se faz necessária porque, muito embora o artigo 6º, § 3º, da Lei n. 8.987/1995 prescreva que a interrupção, nos casos de inadimplência ou por razões de segurança, não caracteriza descontinuidade da prestação do serviço, o texto legal deve ser interpretado à luz da Constituição Federal e do Código de Defesa do Consumidor, notadamente de seus art. 22, 42, que vedam que o credor, econômica e financeiramente mais forte, em largas proporções, que o consumidor, pratique ato que coloque este em desvantagem exagerada ou que o exponha ao ridículo e ao escárnio, o que ocorre quando se verifica a interrupção do serviço essencial de energia elétrica, ofendendo à dignidade da pessoa.

Não observados tais requisitos e praticado fora deles, o ato da concessionária é arbitrário, abusivo e ilegal, devendo reparar o dano moral ocasionado ao consumidor, ainda mais quando, como no caso, o débito apurado e que deu origem ao corte de energia decorreu de diferença apurada unilateralmente pela concessionária em razão da necessidade de substituição da unidade aferidora por falha técnica no equipamento de medição instalado na unidade residencial da autora.

Se a consumidora foi obrigada a efetuar o pagamento da diferença da tarifa de energia elétrica, apurada unilateralmente pela concessionária, para evitar o corte, e essa diferença se referia a débito pretérito, o pagamento deu-se mediante coação e, assim, deve ser restituído de forma simples, devendo a concessionária valer-se dos meios legais tendentes a recebimento normal do valor, facultado à consumidora o direito de provar o abuso no valor apurado.

Recurso conhecido e parcialmente provido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juizes 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, 12 de abril de 2011.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Trata-se de apelação cível interposta por Edivânia de Souza Ricaldes, inconformada com a sentença de f. 62-70, que julgou improcedentes os pedidos formulados na Ação de Indenização por Danos Morais combinada com Repetição de Indébito contra a Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S/A.

A ação foi proposta com o objetivo de condenar a empresa à devolução em dobro dos valores pagos indevidamente referentes ao fornecimento de energia elétrica na residência da apelante, corte esse verificado por estar a apelante inadimplente quanto ao pagamento da fatura do mês de novembro. Objetivou, também, a indenização por Danos Morais por ter ocorrido corte de energia elétrica que ocasionou transtornos à autora, embora estivesse inadimplente.

O juízo de primeira instância, às f. 62-7, rejeitou a preliminar de Ilegitimidade Ativa arguida pela empresa ré. No mérito, julgou improcedente o pedido formulado na exordial, condenando a requerente ao pagamento de custas e honorários advocatícios e extinguindo o feito nos termos do art. 269, I, do CPC.

Irresignada, a requerente apelou do *decisum a quo*.

Nas razões recursais de f. 71-9, gize-se, quase idênticas à petição inicial, a apelante alegou que sempre efetuou o pagamento de suas faturas na data correta, e que fora surpreendida pelo desligamento de energia em sua residência. Inconformada, dirigiu-se até a central de atendimento da empresa, questionando o ocorrido. Constatou a falta de pagamento no montante de R\$ 140,88 (cento e quarenta e oito reais e noventa e oito centavos), referente ao mês de novembro de 2009.

Após tentativas infrutíferas de acordo, a apelante teve o fornecimento de energia elétrica suspenso. Assim, efetuou o pagamento da conta. Alegou, ainda, que a Enersul agiu de maneira arbitrária e ilegal, uma vez que a apelante estaria pagando pela segunda vez a conta daquele mês.

Fundamentou o pedido com escopo no art. 5º, X, da Constituição Federal e art. 186 do Código Civil. Com fulcro no art. 6º e 14 do CDC, justificou o pedido de Indenização por Danos Morais pelo corte injusto da energia elétrica e ressaltou que sempre efetuou o pagamento de suas contas.

Por fim, requereu, com alicerce no art. 42 do Código consumerista, o ressarcimento em dobro para restituição do indébito.

A empresa apelada ofereceu contrarrazões (f. 83-9), expondo fatos totalmente distintos. Aventou que a atitude não foi abusiva, tampouco ilegal, já que se tratava de irregularidade com o equipamento de medição instalado na unidade consumidora. Aludiu a incoerência do pedido de repetição do indébito, por o valor pago ser devido e por não haver pagamento em dobro, já que a quantia cobrada resultou tão somente do consumo omitido através da fraude no aparelho de medição de energia elétrica

Ressalvou que a quantia cobrada deu-se pelo que lhe seria devido em razão da atitude irregular da apelante (de modo que a energia não fosse registrada), e não por sua inadimplência ao mês de novembro, como fez crer a autora.

Com relação ao pedido de Indenização por Danos Morais, asseverou que este não merecia lograr êxito, pois não praticou nenhum ato que ensejasse qualquer ressarcimento. Ademais, aduziu que a recorrente não demonstrou os danos morais sofridos que pudessem atingir sua honra e dignidade.

Finalmente, arguiu a pretensão de enriquecimento sem causa da apelante. Pediu pela manutenção da sentença proferida e, conseqüentemente, pela rejeição do apelo.

## VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Relator)

Trata-se de apelação cível ajuizada por Edivânia de Souza Ricaldes, insurgindo-se contra a sentença que julgou improcedente o pedido contido na Ação de Indenização por Danos Morais combinada com Repetição de Indébito proposta pela apelante. O Juízo *a quo* julgou improcedente o pedido da inicial, condenando a autora ao pagamento de custas e honorários advocatícios.

A autora apelou da sentença de primeiro grau, requerendo a sua reforma, a fim de ser restituída em dobro por ter efetuado, supostamente, pagamento indevido referente à conta de energia do mês de novembro de 2009. Fez pedido de indenização por danos morais por ter sido vítima de atos ilegais e abusivos praticados pela apelada relativamente ao corte do fornecimento de energia elétrica.

Averiguou-se nas contrarrazões que os fatos narrados pela autora seriam diferentes do que efetivamente se passaram: a recorrente teria fraudado o medidor de energia, o que justificou a notificação para o pagamento do consumo omitido. Mantendo-se inerte, a empresa suspendeu a energia, que somente fora restabelecida após o pagamento da fatura.

Em que pese a fundamentação do apelo, tenho que o recurso não merece prosperar.

Da atenta análise dos autos, constata-se que a unidade consumidora localizada no imóvel residencial da autora apresentou no ano de 2008 problemas de aferição do consumo de energia elétrica, sendo que no dia 12.12.2008 constatou-se que essa irregularidade – imputável à concessionária – constava de agarramento do disco de medição da energia elétrica, cujo relógio foi, assim, substituído.

Em razão desse fato, houve alteração no valor do consumo de energia elétrica, fato que foi levado ao conhecimento da autora, como se infere do documento de f. 53-4, por ela recebido pessoalmente (f. 55), informando que teria ela o prazo de 10 (dez) dias para recorrer na Enersul ou efetuar o pagamento, sob pena de, se não o fizesse, ser promovido o desligamento da energia elétrica.

Essa correspondência, constante das f. 53-4, foi endereçada à autora no dia 3 de julho de 2009 e por ela recebida em 14.10.2009 (f. 57), não tendo sido adotado qualquer das condutas ofertadas pela concessionária, a saber, recorrer do valor apresentado ou efetuar o pagamento.

Mesmo assim, e agora já em face de inadimplemento superveniente, correspondente ao mês vencido em 8.7.2009, no valor de R\$ 141,39, a autora foi novamente instada a fazer o pagamento, como se infere do documento de f. 52, mais uma vez sendo advertida das consequências sujeitas ao inadimplemento, a saber, o corte do fornecimento de energia elétrica. Essa correspondência, a exemplo da anterior, foi também pessoalmente recebida pela autora, como se vê às f. 55, na mesma data de 13.10.2009.

Os pagamentos efetuados correspondentes às faturas de julho e agosto de 2009, como evidenciado no documento de f. 47, referem-se ao consumo normal daqueles mesmos meses, que foram pagos pela consumidora em 17.8.2009 e 24.9.2009, nos valores, respectivamente, de R\$ 72,48 e R\$ 36,87 e não guardam pertinência com os valores exigidos pela concessionária, que se referem à diferença dos valores encontrados quando da substituição do medidor de energia elétrica.

Esse estado factual, em princípio, revelaria que o pedido formulado na inicial deveria ser julgado improcedente, como o fez o douto juízo *a quo*, pelo que o recurso, assim, haveria de ser improvido.

Não é o que se deve passar, entretentes.

Ora, pelo que consta do caderno processual, o corte do fornecimento de energia elétrica não decorreu do fato de que a consumidora deixou de pagar o consumo normal dos meses do ano de 2009 e do ano de 2010. O próprio documento de f. 47, juntado pela ré, menciona que todos os valores devidos do consumo normal, entre os meses de 20.7.2009 e 22.4.2010, haviam sido pagos pela autora, regularmente, não possuindo débito para com a concessionária apelada.

A ação foi intentada em fevereiro de 2010 e a autora mencionou que o corte de energia elétrica deu-se no mês de janeiro de 2010, em pleno ano novo, quando se viu forçada a quitar o consumo de energia, primeiramente no valor de R\$ 82,12, que já estava pago desde o dia 21.12.2009 (f. 13) e o vencido em 20.1.2010, no valor de R\$ 69,77, o que leva à fatal conclusão de que o corte de energia, no caso, não se deu em razão do descumprimento do pagamento das faturas dos meses correspondentes, mas, ainda, tendo em vista a diferença de valores apurados na medição efetuada no ano anterior, em dezembro de 2008, cuja notificação para pagamento foi endereçada à autora.

Ora, em situação desta natureza, em que o consumidor não se encontra inadimplente com o pagamento da fatura correspondente ao mês em curso, mas sim em relação a uma diferença de consumo que só existiu porque a falha do serviço era da responsabilidade da própria concessionária, como expressamente indica o documento por ela produzido à f. 50, o qual atesta que a irregularidade do funcionamento do relógio instalado na residência da autora era ato imputável à concessionária, não se me afigura razoável promover o corte de energia elétrica, a fim de compelir a consumidora a pagar o valor apurado pela própria concessionária.

Este ato refoge à sensatez e fere o princípio da razoabilidade e norma alguma, em especial as resoluções da ANEEL sobre a matéria, poderão impedir que a concessionária seja responsabilizada pelo ato que classifico de verdadeira barbárie, cometido contra a autora, em pleno período de conagração entre os familiares, no final de ano. O corte de energia, segundo a autora afirmou, e não foi desmentido pela ré, ocorreu no início do ano de 2010.

A meu ver, ficou claro que a empresa ré promoveu o corte de energia elétrica levando em consideração a diferença existente quando da nova medição procedida ainda no ano anterior, por ocasião da troca do

relógio, que estava defeituoso por fato do produto, e assim o fez levando em consideração uma notificação realizada meses antes, para promover o corte apenas durante os festejos do começo do ano.

Assim, as disposições da Aneel, constantes da Resolução n. 456/2000 e artigos 72 e 90 da Lei n. 8.987/95, os quais dispõem que não caracterizam descontinuidade do serviço a interrupção de energia após prévio aviso, quando ocorrer o inadimplemento do usuário, não se aplicam ao caso presente.

O que houve foi abuso de direito por parte da concessionária, que promoveu *ex abrupto* o fornecimento da energia elétrica em período crítico, colocando a apelante em situação vexatória e humilhante perante seus familiares, amigos e vizinhos, uma vez que ficou privada de serviço público essencial, sem que a apelada tivesse levado em consideração os reclamos da apelante quanto ao fato de que o consumo de energia elétrica, decorrente dos meses de novembro e dezembro de 2009, estavam já pagos na data de 21 de dezembro daquele ano, como consta do documento de f. 47, trazido aos autos pela própria apelada.

A concessionária se valeu do seu poderio e da qualidade de detentora do fornecimento do serviço essencial de energia elétrica para promover um corte abusivo e contrário ao direito, pelo que resta indubitado o seu dever de indenizar a autora pelos danos materiais e morais sofridos, e isso me parece indubitado do que resulta da prova dos autos.

O STJ vem decidindo que: “5. *É firme a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça no sentido da impossibilidade de suspensão de serviços essenciais, tais como o fornecimento de energia elétrica e água, em função da cobrança de débitos pretéritos. 6. Agravo regimental improvido.*” (AgRg no Ag n. 1207818/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 17.12.2009, DJ de 2.2.2010), como é a espécie dos autos, que revelam que o corte se deu por suposto débito pretérito, decorrente da diferença da medição de energia elétrica, diferença essa existente porque o relógio apresentou defeito e não porque a consumidora o teria fraudado.

No julgamento do Agravo de Instrumento n. 1.381.452 - SP (2011/0010057-2), em que foi relator o eminente Ministro Herman Benjamin, em que figurava como agravante a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – Sabesp –, julgado em 14.3.2011, o douto relator assim se posicionou a respeito da matéria:

A interrupção de fornecimento de água e de energia elétrica ao consumidor é tema de ampla discussão no Superior Tribunal de Justiça.

**Em esforço para sistematização da matéria, enumero as mais recentes decisões e linhas de entendimento desta Corte que legitimam sua suspensão.**

Confiram-se: 1) É legítimo o corte no fornecimento de serviços públicos essenciais, quando inadimplente o consumidor, desde que precedido de aviso prévio. Precedentes: AgRg na SS n. 1497/RJ, Corte Especial, Rel. Min. Edson Vidigal, julgado em 1.8.2005, DJ de 19.9.2005, p. 174; REsp n. 337965/MG, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 22.9.2004, DJ de 8.11.2004, p. 155; REsp n. 898769/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 1.3.2007, DJ de 12.4.2007, p. 253; MS n. 21542/RN, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, julgado em 21.11.2006, DJ de 18.12.2006, p. 305; REsp n. 914404/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 8.5.2007, DJ de 21.5.2007, p. 565; REsp n. 840864/SP, Segunda Turma, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Eliana Calmon, julgado em 17.4.2007, DJ de 30.4.2007, p. 305; AgRg no Ag n. 742398/RJ, Primeira Turma, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Denise Arruda, julgado em 15.8.2006, DJ de 14.9.2006, p. 268; AgRg no REsp n. 660615/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 4.8.2005, DJ de 17.10.2005, p. 184; REsp n. 601131/MS, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 27.3.2007, DJ n. 17.4.2007, p. 287; REsp n. 860383/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 28.11.2006, DJ de 11.12.2006, p. 348.

Nesse mesmo julgamento, o eminente Ministro Relator, Hermann Benjamin, deixou evidente que o corte do fornecimento de serviços essenciais, como água e luz, devem ser precedidos de algumas formalidades, sem o que o ato da concessionária seja lesivo ao consumidor, portanto passível de indenização. Veja-se esta parte do voto:

[...] Portanto, desde que se observem determinados requisitos, este Tribunal considera legítima a interrupção de fornecimento de energia elétrica em situação de emergência ou após aviso prévio, nos casos previstos no art. 6º, § 3º, da Lei n. 8.987/95, a saber: a) em virtude de inadimplência do usuário; e b) por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações.

Assim, para que o corte de energia elétrica por motivo de inadimplência seja considerado legítimo, a jurisprudência do STJ exige que: a) não acarrete lesão irreversível à integridade física do usuário; **b) não tenha origem em dívida por suposta fraude no medidor de consumo de energia, apurada unilateralmente pela concessionária;** c) não decorra de débito irrisório; d) não derive de débitos consolidados pelo tempo; e, por fim, e) não exista discussão judicial da dívida. Acrescentaria, ainda, outra condição: f) que o débito não se refira a consumo de usuário anterior do imóvel.

**A enumeração de tais requisitos se faz necessária porque**, muito embora o artigo 6º, § 3º, da Lei n. 8.987/1995 prescreva que a interrupção, nos casos de inadimplência ou por razões de segurança, não caracteriza descontinuidade da prestação do serviço, **o texto legal deve ser interpretado à luz da Constituição Federal e do Código de Defesa do Consumidor**, notadamente de seus art. 22, 42 e 71, que abaixo transcrevo:

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça. Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.

Art. 71. (Considera-se crime contra as relações de consumo) Utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer: Pena - Detenção de três meses a um ano e multa.

Desse modo, em se tratando de serviços essenciais, como o fornecimento de água e de energia elétrica, a interrupção da prestação, ainda que decorrente de inadimplemento, só é legítima se não afetar o direito à saúde e à integridade física do usuário.

**Seria inversão da ordem constitucional conferir maior proteção ao direito de crédito da concessionária que aos direitos fundamentais à saúde e à integridade física do consumidor.** Por relevante, confira-se passagem pertinente do voto do e. Ministro Garcia Vieira, Relator do REsp n. 201.112/SC, que discutia o corte do abastecimento de água por atraso de pagamento:

**A Companhia Catarinense de Água cometeu um ato reprovável, desumano e ilegal.** É ela obrigada a fornecer água à população de maneira adequada, eficiente, segura e contínua e, em caso de atraso por parte do usuário, não poderia cortar o seu fornecimento, expondo o consumidor ao ridículo e ao constrangimento (Código de Defesa do Consumidor, art. 22 e 42). Para receber os seus créditos, tem

a impetrada os meios legais próprios, não podendo fazer justiça privado porque não estamos mais vivendo nessa época e sim do império da lei e os litígios são compostos pelo Poder Judiciário e não pelo particular. **A água é bem essencial e indispensável à saúde e higiene da população. Seu fornecimento é serviço público indispensável, subordinado ao princípio da continuidade, sendo impossível a sua interrupção e muito menos por atraso no seu pagamento.** A questão já é conhecida desta Egrégia Turma que, no Recurso em Mandado de Segurança n. 9.815-MA, DJ de 17.8.1998, relator, **Ministro José Delgado**, decidiu que:

A energia é, na atualidade, um bem essencial à população, constituindo-se serviço público indispensável subordinado ao princípio da continuidade de sua prestação, pelo que se torna impossível a sua interrupção.

Os art. 22 e 42, do Código de Defesa do Consumidor, aplicam-se às empresas concessionárias de serviço público.

O corte de energia, como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade.

**Não há de se prestigiar atuação da Justiça privada no Brasil, especialmente,** quando exercida por credor econômica e financeiramente mais forte, em largas proporções, do que o devedor.

Afronta, se assim fosse admitido, aos princípios constitucionais da inocência presumida e da ampla defesa.

O direito do cidadão de se utilizar dos serviços públicos essenciais para a sua vida em sociedade deve ser interpretado com vistas a beneficiar a quem deles se utiliza (grifei).

No caso supracitado, o Superior Tribunal de Justiça entendeu ser impossível a interrupção do fornecimento de água, diante da essencialidade do bem, mesmo na hipótese de inadimplemento do devedor. (Ag n. 1.381.452 - SP (2011/0010057-2), Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 1.3.2011).

A exemplo do venerando aresto, no caso, a suposta dívida, muito embora tenha sido levada ao conhecimento da apelante aproximadamente seis meses antes do corte, tinha origem em diferença por defeito no marcador de energia, e não por ocorrência de fraude por parte da consumidora. O valor apurado, outrossim, o foi de forma unilateral pela concessionária. Ademais, o valor do débito era irrisório, já consolidado pelo tempo decorrido entre a apuração da diferença e a data do corte de energia, de sorte que o ato da concessionária é reprovável, desumano e ilegal.

A r. sentença, ao julgar improcedente o pedido e consolidar o ato praticado pela apelada, promoveu verdadeira inversão da ordem constitucional, porque conferiu maior proteção a um suposto e duvidoso direito de crédito, em detrimento do direito fundamental de o consumidor ter em sua residência o fornecimento contínuo e ininterrupto de um serviço público essencial, como é a energia elétrica, ainda mais no início do ano novo de 2010.

Há, assim, dano moral indenizável, nos termos do artigo 186 do Código Civil de 2002 e artigos 22 e 42 da Lei n. 8.078/90, diante do ato reprovável praticado pela concessionária apelada.

Não existem parâmetros fixados em lei para a determinação do *quantum* a ser fixado a título de dano moral. Cuida-se de questão subjetiva que deve obediência aos critérios estabelecidos em jurisprudência e doutrina, levando em consideração os aspectos factuais do caso concreto.

Neste sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta que o valor da indenização por dano moral seja arbitrado com temperança pelo juiz:

O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do STJ, sendo certo que, na fixação da indenização a esse título, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócioeconômico dos autores e, ainda, ao porte econômico dos réus, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. (STJ, REsp n. 214.381-MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 29.11.1999).

Considerando as peculiaridades do presente caso, bem como os parâmetros que vêm sendo adotados pelos Tribunais, julgo que a indenização de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), tendo em conta as circunstâncias fáticas do caso, é coerente e não excessiva, devendo ser este o valor fixado para indenizar os danos e sérios transtornos, além do abalo psicológico sofrido pela autora e seus familiares, no corte de fornecimento de energia elétrica, decorrente de um fato a que não deu causa, porque toda a celeuma se originou de falha técnica no equipamento de medição do consumo instalado na unidade residencial da apelante.

A ilicitude da conduta da apelante reside no corte injustificado da energia elétrica, refulgindo seu ato aos parâmetros delineados como lícitos pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como acima se demonstrou.

Outrossim, se de um lado a conduta da apelada não se justifica, quanto ao corte do fornecimento de energia elétrica, de outro lado, entendo que não há falar em restituição em dobro do valor pago pela autora, como mencionado na inicial, porque o valor de R\$ 139,19, que a autora alega ter pago duas vezes, na realidade corresponde à diferença da tarifa de energia elétrica apurada em razão da troca do relógio de aferição de energia, que se encontra danificado, resultando na apuração do valor acima mencionado, que foi pago pela autora.

A cobrança do valor, sob ameaça de corte, gera o dever de restituir o que indevidamente recebeu, porque recebeu diante de estar a autora compelida a pagar ou ter a energia cortada, como o foi. Todavia, esse débito decorre de apuração unilateral realizado pela apelada, a qual tinha o direito de obter o pagamento respectivo através da ação de cobrança, e não pela exigência forçada do pagamento, sob pena de corte, em razão do tempo já decorrido entre a data da apuração desse valor e a data em que o corte de energia efetivamente ocorreu.

Manter o pagamento, sem devolução, significa prestigiar o ato torpe e o exercício arbitrário das próprias razões por parte da concessionária, o que também fere as disposições já citadas do Código de Defesa do Consumidor.

Logo, por ter sido o pagamento realizado mediante a ameaça de corte do fornecimento de energia elétrica, que acabou por ocorrer, deve ele ser restituído *in integrum* à apelante, valendo-se a concessionária, se o quiser, do procedimento próprio, previsto na legislação brasileira, para obter a condenação da autora no respectivo pagamento, em cuja ação, inclusive, lhe será assegurado o direito de demonstrar que o valor cobrado é indevido ou excessivo já que, reafirmo, o *quantum* obtido decorreu de procedimento unilateral desenvolvido pela apelada, à revelia da apelante.

Ante a tais considerações, conheço do recurso e lhe dou parcial provimento para reformar a sentença e julgar procedentes os pedidos formulados na inicial, condenando a ré a pagar à autora-apelante, a título de dano moral, o valor de R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS), corrigidos pelo IGPM-FGV desde a data da publicação deste acórdão e com juros moratórios, à taxa prevista no artigo 406 do CC de 2002, desde a data da citação. Condeno a ré, ainda, a restituir o valor de R\$ 139,19 (cento e trinta e nove reais e dezenove centavos), de forma simples, corrigido desde a data de pagamento do respectivo *quantum* pela apelante, também pelo IGPM-FGV, e juros moratórios contados da citação, rejeitando, assim, o pedido de restituição em dobro, tal como formulado na inicial.

Condeno a ré, ainda, ao pagamento das custas e despesas processuais e dos honorários advocatícios que fixo em 20% (vinte por cento) sobre o valor total da condenação, devidamente corrigida, até a data do efetivo pagamento.

Com fundamento no artigo 269, I, primeira figura, declaro a resolução do mérito, prosseguindo-se ulteriormente na fase de cumprimento de sentença, se não satisfeita a obrigação voluntariamente pela apelada, na forma do artigo 475-J e seguintes 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. Paschoal Carmello Leandro.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Dorival Renato Pavan, Josué de Oliveira e Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 12 de abril de 2011.

\*\*\*

**Quarta Turma Cível**  
**Agravo n. 2011.000712-5 - Três Lagoas**  
**Relator Des. Dorival Renato Pavan**

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – INVENTÁRIO – CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS – VIOLAÇÃO DAS REGRAS CONTIDAS NO ART. 1.793, § 3º, DO CÓDIGO CIVIL/02 – FALTA DE PRÉVIA NOTIFICAÇÃO DA CO-HERDEIRA PARA EXERCÍCIO DO DIREITO DE PREFERÊNCIA – VIOLAÇÃO DO ARTIGO 1794 DO CC DE 2002 – MÁ-FÉ EVIDENCIADA – ALIENAÇÃO INEFICAZ PERANTE A CO-HERDEIRA – IMPOSSIBILIDADE DE O CESSIONÁRIO EXERCER ATOS DE POSSE SOBRE O IMÓVEL RURAL – RECURSO IMPROVIDO – DECISÃO MANTIDA.

O ordenamento jurídico não proíbe a alienação de fração ideal de imóvel indivisível, no curso do processo de inventário. Apenas subordina sua eficácia a algumas medidas, dentre elas a prévia e essencial notificação dos demais herdeiros para que exerçam seu direito, tanto por tanto, em cuja notificação, a ser feita pelo cedente, deve-se fornecer elementos precisos quanto ao preço e forma de pagamento e, outrossim, deve ser realizada mediante prévia autorização do juízo da sucessão, enquanto pendente a indivisibilidade, a qual somente se ultima com a homologação da partilha.

Se a cessão e transferência de direitos de imóvel indivisível se fez sobre fração ideal pertencente ao co-herdeiro, com afronta a esses requisitos, a cessão é, perante o juízo do inventário e perante os demais herdeiros, ineficaz, nos termos do que dispõem os artigos 1.793, § 3º, e 1.794 do Código Civil de 2002.

Recurso improvido, com a manutenção da decisão agravada.

## 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, 12 de abril de 2011.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Rinaldo da Rocha Nunes interpõe agravo de instrumento em desfavor do Espólio de José Eduardo Rodrigues de Barros, Norma de Barros Oliva e Vitor Barreto Rodrigues Barros, insurgindo-se contra a decisão (f. 18) do douto Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas, proferida nos autos da Ação de Inventário n. 0005165-43.2009.8.12.0021, que indeferiu o pedido por ele formulado, a fim de que seja autorizado a permanecer na Fazenda Santa Tereza, da qual se diz cessionário de direitos hereditários.

Em suma, alega que é cessionário de direitos hereditários de parte ideal da Fazenda Santa Tereza, adquirida do herdeiro Vítor Barreto Rodrigues de Barros. Afirma, ainda, que está sofrendo ameaça de ser despejado da área, onde apascenta cerca de 350 cabeças de gado.

Assim, postula a autorização para que permaneça no local, no mínimo, pelo prazo de 120 dias.

O douto juízo *a quo* rejeitou o pedido com base na premissa de que a cessão de direitos hereditários confere ao cessionário a perspectiva de receber o quinhão a que teria direito de receber do cedente, mas não lhe confere o direito de receber um bem certo e determinado, conforme § 2º do art. 1.793 do CC. Ademais, ressaltou que a cessão se operou sem autorização judicial, contrariando a regra do art. 1.793, § 3º, do CC e, sendo onerosa, desrespeitou o art. 1.794 do CC, em face do direito de preferência da outra co-herdeira.

É contra essa decisão que se insurge o ora agravante.

Sustenta que, no documento público em que se tornou cessionário de parte ideal da fazenda, não se definiu a área, limites e confrontações, em que a aquisição deverá recair; isso justamente em razão do caráter unitário e indivisível da herança até a partilha. Desse modo, segundo aduz, não há falar em afronta ao § 2º do art. 1.793 do CC.

Segue argumentando que o douto juízo se equivocou ao dizer que não foi respeitado o direito de preferência da outra co-herdeira, pois isso aconteceu, primeiro, de forma verbal e, depois, através de documento oficial do Cartório do 4º Ofício de Registro de Títulos e Documentos de Campo Grande.

Assevera, ademais, que a regra do art. 1.793, § 3º, do CC se aplica apenas à disposição do bem enquanto componente do acervo hereditário, não proibindo, em nenhum momento, a cessão do direito hereditário.

Requer seja conhecido e provido o presente recurso, a fim de, reformando a r. decisão impugnada, possibilitar a sua permanência na área.

Remata pugnando seja conferido efeito suspensivo ao recurso, evitando-se que prejuízos de difícil e incerta reparação sejam causados.

Às f. 108-10, o recurso foi recebido com efeito suspensivo.

Informações prestadas pelo juízo de primeiro grau às f. 117.

Contraminuta às f. 127-34.

Juntou documentos.

## VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Relator)

A pretensão do agravante consiste em, antes da partilha, permanecer na posse de parte da Fazenda Santa Tereza, da qual se diz cessionário de direitos hereditários, em razão de negócio firmado com o herdeiro Vítor Barreto Rodrigues de Barros.

O recurso não merece provimento.

A cessão de direitos hereditários, matéria afeita à discussão do presente recurso, é regulamentada pelo artigo 1.793 do Código Civil:

Art. 1.793. O direito à sucessão aberta, bem como o quinhão de que disponha o co-herdeiro, pode ser objeto de cessão por escritura pública.

§ 1º Os direitos, conferidos ao herdeiro em consequência de substituição ou de direito de acrescer, presumem-se não abrangidos pela cessão feita anteriormente.

§ 2º É ineficaz a cessão, pelo co-herdeiro, de seu direito hereditário sobre qualquer bem da herança considerado singularmente.

§ 3º Ineficaz é a disposição, sem prévia autorização do juiz da sucessão, por qualquer herdeiro, de bem componente do acervo hereditário, pendente a indivisibilidade.

Da leitura do dispositivo acima, emergem algumas características relativas à cessão de direitos hereditários, quais sejam:

- (a) o ato de transmissão deve observar a forma preconizada em lei (escritura pública);
- (b) é ineficaz a cessão de bem da herança considerado singularmente;
- (c) a validade da cessão depende da chancela judicial nos autos do inventário.

d) há também ineficácia da cessão de direitos quando incidir sobre bem indivisível, pendente a indivisibilidade, a qual, ordinariamente, se processa com a partilha ou, mantido o estado de indivisão, mediante ato próprio dos condôminos extrajudicial ou judicialmente, se for o caso de não haver acordo entre ambos.

Segundo a explanação de Maria Helena Diniz:

O co-herdeiro não pode, **sem prévia autorização judicial** (CPC art. 992, I), antes da partilha, por estar pendente a indivisibilidade da herança, ceder a outrem ou dispor de qualquer bem do acervo hereditário **considerado singularmente** [...], sob pena de ser ineficaz sua disposição. [...] Se quiser alienar bens da herança, **dependerá da autorização do juiz do inventário**, que, para tanto, averiguará se há consenso dos demais co-herdeiros (maiores e capazes) e se há a necessidade alegada pelo inventariante para quitar impostos ou pagar débitos etc. (in **Código Civil Anotado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1269).

No caso, é relevante assentar, inicialmente, que a cessão, conforme a escritura juntada às f. 90-2, operou-se sobre bem indivisível, **constante do acervo hereditário, assim tendo sido descrito na escritura de cessão de direitos:**

**PARTE IDEAL** de um imóvel denominado 'Fazenda Santa Tereza' com área remanescente total de 749 (setecentos e quarenta e nove) alqueires paulistas, situado no Município de Ribas do Rio Pardo – MS, conforme limites, divisas e confrontações constantes da Matrícula n. 14.798, do Cartório de Ribas do Rio Pardo – MS, e cuja cessão de faz exclusivamente sobre a quota dos CEDENTES, relativa a **374,5** (trezentos e setenta e quatro vírgula cinco) da área do imóvel citado em comum com o restante da área.

Essa cessão de direitos é ineficaz perante o monte-mor, nos termos do artigo 1.793, § 3º, do CC de 2002, e, como tal, não pode gerar para o adquirente direito de permanecer no imóvel, apascentando gado, como é o seu objetivo, porque essa atividade compromete o exercício normal dos direitos de propriedade que também se estendem à inventariante, herdeiro, em face da qual não pode o cessionário se opor.

Isso porque, a teor do art. 1.791 do CC, a herança, até a partilha, é considerada um todo indivisível, de modo que é defeso ao herdeiro transferir área ideal sobre bem, indivisível, o qual não se sabe se, depois de ultimada a partilha, lhe será reservado e, mais do que isto, sem qualquer autorização judicial, entregar

parte do imóvel para apascentamento de rebanho do cessionário, que pode tomar a totalidade do bem a ser partilhado, infringindo o direito que a outra herdeira também tem sobre a propriedade, no que se refere ao restante da parte ideal dela.

Assim, como no caso ainda não foi homologada a partilha, a cessão já deve ser considerada ineficaz, com impedimento de produção de qualquer efeito jurídico dela decorrente, em especial o exercício de posse do cessionário sobre a área ideal adquirida do co-herdeiro.

Afora isso, vislumbra-se a irregularidade da cessão por esta ter sido realizada sem autorização judicial, violando regra contida no § 3º do art. 1.793 do Código Civil.

Logo, tendo sido efetuada a cessão de bem divisível, mas pendente a indivisibilidade, sem prévia autorização judicial e antes de terminada a partilha, esse ato é, para todos os efeitos, ineficaz em relação ao acervo hereditário objeto do inventário.

A notificação que o cessionário, aqui agravante, diz ter feito para a agravada, co-herdeira e titular da outra metade ideal do imóvel, constante dos autos às f. 56-7, fez-se em 21.12.2010 e a efetiva notificação ocorreu apenas em data de 12 de janeiro de 2011, como se infere do documento de f. 57-verso.

Todavia, a cessão de direitos sobre a qual o agravante se funda, foi celebrada em data de 6.7.2010, na comarca de Andradina, SP, ou seja, antes de fazer a notificação de que trata o artigo 1.794 do CC de 2002, quando esse dispositivo deixa claro que a cessão não poderá ser feita se outro herdeiro a quiser, tanto por tanto, razão pela qual a notificação deve preceder à cessão e não ser formulada somente depois da realização do negócio, como aqui ocorreu.

Em sede jurisprudencial, o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA já se pronunciou que:

A Segunda Seção da Corte em acórdão de que Relatora a Ministra Nancy Andrighi, no sentido de que “Na hipótese de o bem se encontrar em estado de indivisão, seja ele divisível ou indivisível, o condômino que desejar alienar sua fração ideal do condomínio deve obrigatoriamente notificar os demais condôminos para que possam exercer o direito de preferência na aquisição, nos termos do art. 1.139 do CC16 (REsp n. 489.860/SP, DJ de 13.12.2004).

Essa decisão suplantou a antiga jurisprudência da Terceira Turma que entendia necessária a notificação dos demais herdeiros para fim do direito de preferência apenas quando o bem fosse indivisível.

Destarte, nos termos do art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, conheço do especial e dou-lhe provimento para reformar a decisão agravada quanto à cessão de direitos efetuada sem a devida notificação dos demais herdeiros para fim de exercerem o direito de preferência.

Intime-se. Brasília (DF), 12 de fevereiro de 2007. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 2.3.2007).

Daí que a notificação feita depois de a cessão já ter sido realizada, como no caso, é também de valor nenhum para dar um ar de aparente legalidade no ato de transferência do quinhão hereditário, que se processou à revelia da agravada.

Além disso, como foi bem exposto nas contrarrazões do agravo (f. 133), essa notificação não informou o valor dela nem mesmo as condições de pagamento, as quais seriam essenciais para que a herdeira pudesse exercer o direito de preferência, tanto por tanto.

A cessão sobre a qual o agravante assenta o seu suposto direito, como sustentei acima, não é nula, mas ineficaz, o que significa entender que fica privada de efeito até que seja ultimada a partilha, para se convalidar se o bem cedido vier a caber na quota-parte do herdeiro que cedeu.

Até lá, evidentemente que, sendo titular de uma expectativa de direito, não pode querer opor atos de posse sobre a legítima herdeira, co-proprietária da metade ideal e, como tal, com o direito inequívoco e indubitado de utilizar-se também da propriedade, em relação à qual sofre restrições, já que o agravante apascenta gado sobre área não dimensionada, dentro do todo, o que também reputo não ser possível.

Sendo ineficaz a cessão, em relação à co-herdeira, é desta o legítimo direito de manter-se na posse da totalidade do imóvel, até que a partilha seja feita, com habilitação de um dos adquirentes sobre a quota-parte restante e definição, pelo juízo *a quo*, sobre a expedição do respectivo formal de partilha, sendo o caso, inclusive, se necessário, de se realizar a divisão do imóvel, para entrega de áreas certas e delimitadas, o que também evidencia que, até lá, é temerário o direito do agravante de querer apascentar gado sobre um todo indivisível.

Veja-se a lição de MAURO ANTONINI:<sup>1</sup>

Observe-se que o § 3º não comina de nulidade tal disposição sem prévia autorização judicial. Prevê simplesmente que é ineficaz. A alienação se tornará eficaz se houver autorização judicial posterior, convalidando-a; ou, ainda, se consumada a partilha, o bem alienado vier a compor o quinhão do alienante.

Como se não bastasse, a pretensão do agravante encontra óbice também na evidente má-fé do herdeiro cedente, que realizou **duas cessões**, uma com o agravante e outra com Hermes Godoi Pinto, conforme se vê dos documentos anexados às f. 143-5 e das informações prestadas pelo juízo singular à f. 117.

Aliás, o douto magistrado *a quo* informou que houve, nos autos do inventário, formulação de idêntico pedido por parte do Sr. Hermes Godoi Pinto, que apresentou instrumento particular de cessão de direitos hereditários, tendo por cedente o herdeiro Vítor Barreto Rodrigues de Barros. Tal pedido também restou indeferido - cópia da decisão às f. 118-20.

Por força dessas duas cessões de direito hereditário feitas pelo ex-inventariante, se fosse outorgado ao agravante a possibilidade de manter-se na posse do imóvel, porque teria celebrado cessão de direitos com um dos co-herdeiros, tal direito haveria de ser estendido, também, a esse terceiro, que veio em juízo alegar que adquiriu também do mesmo co-herdeiro outra parte do imóvel, cerca de 363 has (f. 143-144), cujas cessões, somadas, ultrapassam a quota-parte do mesmo herdeiro, para atingir o quinhão da inventariante-agravada, o que não me parece ser possível. E essa cessão, feita por instrumento particular, é anterior à do agravante, visto que celebrada em data de 13 de agosto de 2009, como se vê às f. 145.

Cumpra, ainda, asseverar que a má-fé do herdeiro Vítor Barreto Rodrigues de Barros já restou antes evidenciada, tanto que culminou na sua remoção do cargo de inventariante, pela decisão proferida por este Colegiado no agravo de instrumento autuado sob o n. 2010.024278-8.

Naquela oportunidade, conforme consignado no *decisum*, foi constatada a prática, pelo então inventariante, de negócios não trazidos previamente ao conhecimento do juízo, tampouco obtendo dele a autorização expressa para sua realização.

Foi observado, outrossim, que a outra herdeira era colocada à margem de seus atos negociais, os quais se confundiam com atos de gestão pessoal de seus próprios negócios, em uma confusão de verbas e valores.

1 PELUSO Cezar (coord.); ANTONINI, Mauro. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Manole. p. 1787.

Junte-se a esses argumentos o fato, que transparece dos autos, de que o co-herdeiro que cedeu, e que era o ex-inventariante, possui inúmeras dívidas, sendo possível, inclusive, que, por força dessa situação, área alguma possa ser objeto de cessão e transferência de direitos válida e eficaz perante esses credores, se as dívidas não forem cobertas por ele, recaindo o direito desses credores, exatamente, sobre a fração ideal por ele alienada ao agravante.

Portanto, tendo em vista estes fatos e a flagrante violação das condições legais previstas no art. 1793, § 3º, do CC/02, além da manifesta má-fé negocial, agiu com acerto o douto juízo de primeiro grau ao rejeitar o pedido feito pelo cessionário/gravante, a fim de que permanecesse na referida área da Fazenda Santa Tereza.

Por último, resta consignar que o artigo 1.795 do CC de 2002 estabelece que o direito de exercício de preferência, pelo co-herdeiro, tanto por tanto, deve ser exercido no prazo decadencial de 6 meses. Se a notificação ocorreu em data de 12 de janeiro de 2011, esse prazo ainda está em curso, porque se vencerá apenas em data de 12 de julho de 2011 e, até lá, não se pode falar em convalidação da alienação em favor do agravante, donde também ser flagrante sua ilegitimidade para querer manter-se na posse do imóvel, dele se utilizando, como o vem fazendo agora, visto que o todo, indivisível, não pode ser por ele utilizado antes da fluência do referido prazo, no mínimo, e a se dar por válida a alienação, *ad argumentandum tantum*.

Apenas para evitar dano maior que o agravante irá sofrer, não por ato do juízo ou da agravada, mas pelo ato de manifesta má-fé praticado pelo outro herdeiro e cedente, Vitor Barreto Rodrigues de Barros, é que lhe concedo o prazo de 30 (trinta) dias, contados da publicação do acórdão, para retirada voluntária do gado e integral desocupação do imóvel litigioso (parte ideal da Fazenda Santa Teresa), sob pena de ser dado cumprimento forçado ao mandado de imissão na posse, já expedido, e que ficará aguardando no juízo deprecado a fluência do referido prazo.

Pelo exposto, nego provimento ao presente recurso e determino o cumprimento do mandado de imissão de posse já expedido, facultando ao agravante o prazo de 30 (trinta) dias, contados da publicação do acórdão, para retirada do gado de sua propriedade no imóvel litigioso, findo os quais a carta precatória, já expedida, haverá de ser cumprida forçadamente.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Dorival Renato Pavan, Josué de Oliveira e Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 12 de abril de 2011.

\*\*\*

**Quarta Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2011.007664-9 - Aquidauana**  
**Relator Des. Dorival Renato Pavan**

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER – POLUIÇÃO AMBIENTAL – SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS – PRELIMINAR DE LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* – SENTENÇA QUE EXTINGUE O PROCESSO EM RELAÇÃO A UM DOS LITISCONSORTES PASSIVOS – EXISTÊNCIA, NO CASO, DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO FACULTATIVO – FALTA DE INTERESSE DE RECORRER.

O litisconsórcio passivo facultativo, fundado em algumas das situações mencionadas no artigo 46 do CPC, é instituído em benefício do autor, que evita demandas sucessivas em face dos diversos legitimados, com economia de tempo, dinheiro, evitando ainda decisões contraditórias.

No litisconsórcio assim formado existem tantas ações quantos forem os sujeitos passivos, em relação aos quais o autor descreve causa de pedir distinta para formular um único pedido indenizatório.

Assim, se a sentença vem a excluir qualquer dos sujeitos passivos da lide, por entender que um deles não é parte legítima, o corréu, que remanesceu, não tem interesse processual recursal, quer porque não foi vencido, quer porque perante o autor responde por ato próprio – agente direto causador da poluição ambiental – e, assim, não tem qualquer direito regressivo em face daquele excluído da lide, quer porque, por derradeiro, o único legitimado e interessado na reforma da sentença é o autor, que teve extinta uma das ações cumuladas por ele propostas com sua inicial.

Preliminar rejeitada.

EMENTA - RECURSOS DOS CORRÉUS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – MEIO AMBIENTE – POLUIÇÃO AMBIENTAL – SIDERÚRGICA PRODUTORA DE FERRO GUSA – RUÍDO EXCESSIVO E LIBERAÇÃO DE EFLUENTES DO ALTO FORNO E MANUSEIO DE CARVÃO, NA ATMOSFERA – POPULAÇÃO QUE RESPIRA EFLUENTES DA FUMAÇA E DETRITOS LANÇADOS NO AR, FORÇADA A CONVIVER DIARIAMENTE COM OS RESÍDUOS QUE SE ASSENTAM EM SEUS ALIMENTOS, ROUPAS, MÓVEIS E RESIDÊNCIA – ATIVIDADE QUE DUROU APROXIMADAMENTE DOIS ANOS – OFENSA ÀS DISPOSIÇÕES DOS ARTIGOS 225, IV, E § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 3º e 14, § 3º, DA LEI N. 6.938/81 – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA, OBJETIVA E INTEGRAL, DA EMPRESA POLUIDORA E DA AUTARQUIA ESTADUAL ENCARREGADA DA CONCESSÃO DA LICENÇA AMBIENTAL E FISCALIZAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL POTENCIALMENTE CAPAZ DE GERAR DANO AO MEIO AMBIENTE – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DE TODOS OS SUJEITOS PASSIVOS DA RELAÇÃO PROCESSUAL.

Constando da prova dos autos que em período anterior à regularização da empresa siderúrgica, que para tanto celebrou acordo com o Ministério Público, produziu ela excessividade de ruído decorrente do funcionamento da empresa, em quantidade superior à regulada por lei, bem assim como que emitiu e liberou, do alto forno, efluentes e detritos lançados no ar, que ocasionaram aos

moradores da região forte abalo psicológico por ter de conviver com móveis, utensílios domésticos e até mesmo roupas, cobertas diariamente pela fuligem, por período de aproximadamente dois anos, é inequívoco o dever de indenizar por dano moral que, no caso, se presume *in re ipsa*.

*In casu*, a responsabilidade civil está embasada tanto nos dispositivos Constitucionais citados (artigo 225, IV e § 3º), quanto no infraconstitucional (Lei n. 6.938/81), bem assim como, ainda assim não fosse, pela violação dos artigos 1277 a 1281 do CC, dos quais se pode constatar que a obrigação de reparar os danos causados pelo uso nocivo da propriedade, a qual, de igual forma, independe de culpa.

EMENTA – POLUIÇÃO AMBIENTAL – DANO MORAL EXISTENTE E *IN RE IPSA* – DEVER DE INDENIZAR – VALOR – FIXAÇÃO – EXCESSIVIDADE – REDUÇÃO.

Na valoração da indenização por dano moral é recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico dos autores e, ainda, ao porte econômico dos réus, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, cumprindo seu papel de desestímulo à continuidade da prática do ilícito gerador do dano e do não ocasionamento de enriquecimento dos autores, ou empobrecimento dos réus.

Dentro desta perspectiva, havendo o dano moral sido fixado na sentença em quantia excessiva, deve ser reduzido para valor que atenda aos balizamentos norteadores dessa espécie indenizatória.

EMENTA – ATO OMISSIVO DO ENTE ESTATAL ENCARGADO DE AUTORIZAR A INSTALAÇÃO, PERMITIR O FUNCIONAMENTO E FISCALIZAR INDÚSTRIA COM POTENCIAL CAPACIDADE DE PRODUZIR DANO AO MEIO AMBIENTE – DEVER DE INDENIZAR, SOLIDARIAMENTE, O DANO CAUSADO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA.

São solidariamente responsáveis pela reparação civil por dano causado ao meio ambiente e a terceiros todos quantos, de qualquer forma, concorreram, direta ou indiretamente, para a produção do resultado lesivo.

Essa responsabilidade é solidária e objetiva, mesmo em se tratando de ato omissivo do Estado, via de sua autarquia criada para o fim específico de autorizar o funcionamento e fiscalizar o empreendimento de toda e qualquer atividade que possa causar dano, de qualquer espécie, ao meio ambiente.

A responsabilidade solidária e objetiva, em casos tais, decorre expressamente da determinação legal contida no artigo 225, IV e § 3º, da CF e no microsistema especial regulador da proteção ao meio ambiente (Lei n. 6.938/81, artigos 3º, IV c.c. o art. 14, § 1º).

Na realização de qualquer empreendimento que potencialmente possa ocasionar dano ao meio ambiente e aos terceiros, o Estado, através de sua autarquia, no caso o Imasul, tem papel relevante e fundamental, no sentido de negar o licenciamento enquanto não houver o cumprimento, pelo interessado, de todas as exigências previstas no ordenamento jurídico em vigor.

É dever do Estado resguardar e fiscalizar a preservação do meio ambiente, não permitindo a instalação e funcionamento de indústria sem a apresentação do Estudo de Impacto Ambiental e seu

respectivo relatório, bem como a realização de audiências públicas acerca do tema, ou até mesmo a paralisação da obra que causou o dano ambiental.

Omitindo-se o Instituto de proteção ao meio ambiente do dever de exigir a documentação prevista em lei e, ainda, autorizando a instalação e o funcionamento de indústria fabricante de ferro gusa sem que tivesse cumprido as exigências legais para início e manutenção de suas atividades industriais e, finalmente, omitindo-se no dever de fiscalizar e coibir a poluição ambiental que a empresa assim instalada passou a ocasionar, responde a autarquia Estadual solidariamente com a empresa poluidora, pelos danos ocasionados ao meio ambiente e aos terceiros atingidos pela atividade industrial, inclusive os danos morais.

**EMENTA – JUROS DE MORA FIXADOS EM 1% AO MÊS – PRETENSÃO DA AUTARQUIA ESTADUAL DE APLICAÇÃO DO ARTIGO 1º-F DA LEI N. 9.494/97 – HIPÓTESE LEGAL QUE RETRATA A CONDENAÇÃO A PAGAMENTO DE VERBAS REMUNERATÓRIAS DEVIDAS A SERVIDORES E EMPREGADOS PÚBLICOS – SITUAÇÃO JURÍDICA DISTINTA DA CONDENAÇÃO AO RESSARCIMENTO DE DANOS MORAIS – JUROS MORATÓRIOS MANTIDOS.**

A taxa de juros moratórios devidos pela Fazenda Pública em 0,5% ao mês, nos termos do artigo 1º-F da Lei n. 9.494/97, refere-se à hipótese de condenação da Fazenda Pública ao pagamento de verba remuneratória devida a servidor ou empregado público. Não é aplicável a norma do referido dispositivo em ação que tem por escopo o ressarcimento do dano moral causado por ato omissivo de autarquia fiscalizadora, caso em que os juros moratórios são de 1% ao mês, nos termos do artigo 406 do Código Civil, combinado com o artigo 161, § 1º, do CTN. Sentença mantida.

**EMENTA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – DECISÃO QUE DEVE SE PAUTAR PELO § 4º DO ARTIGO 20 DO CPC COM OBSERVÂNCIA DO § 3º, ALÍNEAS “a”, “b” e “c”, DO CPC, SOB PENA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE – INTELIGÊNCIA DO ART. 652-A DO CPC – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.**

Muito embora a decisão seja de natureza não condenatória, devem os honorários ser fixados em conformidade com o § 4º do artigo 20 do CPC. Todavia, nada justifica que os honorários deixem de ser fixados tomando-se por base as alíneas “a” a “c” do § 3º do mesmo dispositivo e, com base na valoração do trabalho do advogado, sejam fixados em percentual que se aproxime entre 10% e 20% do valor da causa.

Os honorários advocatícios se configuram como remuneração do profissional que despense seu tempo, trabalho e conhecimento no acompanhamento da causa, não podendo ser esta prestação subestimada. Sentença mantida.

Recurso da empresa-ré parcialmente provido para reformar a sentença e manter o Estado de Mato Grosso do Sul no polo passivo da relação processual, mantendo-se a sentença quanto aos demais capítulos,

Recurso adesivo apresentado pelo Estado de Mato Grosso do Sul, improvido.

**EMENTA – RECURSO ADESIVO APRESENTADO PELO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – RECORRENTE EXCLUÍDO DA LIDE – INEXISTÊNCIA DE SUCUMBÊNCIA, PARCIAL OU TOTAL – AUSÊNCIA DE RECURSO POR PARTE DOS AUTORES, QUE SE CONFORMARAM COM A SENTENÇA – ÚNICOS INTERESSADOS – RECURSO NÃO CONHECIDO.**

O recurso adesivo só tem cabimento quando a sentença impuser sucumbência recíproca às partes, nos termos do artigo 500 do CPC.

Assim, se a sentença exclui um dos sujeitos passivos da lide e em relação a ele extingue o processo sem a apreciação do mérito, não tem a parte excluída interesse processual recursal em atacar, via de recurso adesivo, o mérito da ação, para a hipótese de o recurso principal ser provido.

Para isto, a autarquia estadual que remanesceu no polo passivo tem as contrarrazões ao recurso, sede apropriada para que a matéria seja suscitada e decidida nesta instância.

Ainda que se possa dizer que o Estado foi materialmente sucumbente, porque teria interesse de ver o mérito da ação ser julgado improcedente, deveria ter ofertado recurso próprio, não o adesivo, porque não presente, na espécie, o artigo 500 do CPC.

Recurso não conhecido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juizes da Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar as preliminares e não conhecer do recurso do Estado de MS. No mérito, deram parcial provimento aos recursos da Simasul e Imasul, nos termos do voto do Relator. Decisão contra o parecer.

Campo Grande, 21 de junho de 2011.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Trata-se de recursos de apelação cível interpostos por SIMASUL SIDERURGIA LTDA. (f. 921-951) e INSTITUTO DO MEIO AMBIENTE DE MATO GROSSO DO SUL – IMASUL – (f. 955-76), bem como de recurso adesivo interposto pelo ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL (f. 913-30), em face de Onofre Espíndola, Cristina Pereira Espíndola, Cristoffer Pereira Espíndola, Michele Cristina Espíndola, Lucas Pereira Espíndola e Mariele Pereira Espíndola, insurgindo-se contra a sentença de f. 842-71 do douto Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Aquidauana/MS, que, na Ação de Indenização por Danos Morais c/c Obrigação de Fazer n. 005.06.003396-1, julgou parcialmente procedentes os pedidos, para o fim de:

Julgar extinto o processo em relação ao Estado de Mato Grosso do Sul, com fundamento no artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, sem julgamento de mérito, reconhecendo a sua ilegitimidade passiva *ad causam*. Julgar improcedente o pedido contra o Município de Aquidauana-MS. Condenar os requerentes no pagamento de honorários advocatícios aos requeridos, que fixo em R\$ 2.000,00, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, observando-se o que dispõe o artigo 11 da Lei n. 1.060/50, ante o benefício da gratuidade de justiça. Julgar procedente o pedido contra a Indústria Siderúrgica de Ferro Gusa Mato Grosso do Sul Ltda. e o Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul – IMASUL, condenando os requeridos, solidariamente, em indenização pelos danos morais, para cada um dos requerentes, no valor equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos, vigentes na data desta sentença, que serão corrigidos pelo IGPM/FGV a partir desta data, e acrescidos

de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação. Determinar à Indústria Siderúrgica a obrigação de, no prazo de 30 dias a contar do trânsito em julgado da presente sentença, comprovar a este juízo que implementou em suas instalações medidas de controle de poluentes eficazes para conter a fuligem e os resíduos de sua produção industrial que são lançados sobre as pessoas e residências vizinhas, comprovando nos autos que tomou medidas para adequar o volume dos ruídos de sua atividade industrial aos limites impostos pelas normas técnicas que tratam do assunto, em especial as Resoluções do CONAMA e as normas municipais pertinentes, o que será feito através da apresentação de laudo pericial confeccionado por profissional com anotação de responsabilidade técnica. Para o caso de atraso na apresentação das comprovações supra ensejará à Indústria requerida o pagamento de uma multa diária no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Condenar os requeridos, solidariamente, no pagamento de honorários advocatícios, que fixo em 15% sobre o valor da condenação por danos morais, nos termos do art. 20, § 3º e 4º do CPC. Condenar a Indústria Siderúrgica Ferro Gusa MS Ltda. no pagamento das custas processuais.

Irresignada, Simasul Siderurgia Ltda., nova denominação da Indústria Siderúrgica de Ferro-Gusa Mato Grosso do Sul, recorre, sustentando a ausência de prova dos fatos alegados pelos autores, do dano e do nexo de causalidade, além do fato de que funcionava de acordo com as normas ambientais aplicáveis, tanto que já realizou o EIA/RIMA e formulou acordo com o Ministério Público Estadual.

Aduz que é conflitante a prova testemunhal produzida nos autos, de modo que não embasam a condenação encartada na sentença, não sendo razoável que os fatos alegados não estejam comprovados por perícia.

Alega que apresentou prova de que atua em conformidade com as leis ambientais, juntando laudo técnico conclusivo em tal sentido.

Insurge-se ainda contra o indeferimento do pedido, formulado em embargos de declaração, de desentranhamento de documentos novos juntados pelos autores às f. 687-716.

Quanto à obrigação de fazer, afirma que perdeu o objeto, na medida em que as comprovações determinadas já se encontram nos autos, bem como pelo fato de que entrega ao órgão ambiental competente (Imasul), regularmente, levantamento de análise de efluentes líquidos, emissão atmosférica, medição de ruídos, e inclusive relatório fotográfico.

Pleiteia a redução do valor fixado a título de danos morais –, pois correspondem a R\$ 122.400,00 (R\$ 510,00 x 40 x 6 autores) e não coincidem com os danos alegados, são, portanto, desarrazoados – e dos honorários advocatícios.

Defende também a responsabilidade subsidiária do Estado de Mato Grosso do Sul.

O Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul – Imasul – também recorre, destacando inicialmente que o fato descrito na inicial é objeto de 26 ações judiciais idênticas propostas na comarca de Aquidauana, todas com mais de um autor e com pedido indenizatório, de modo que o *quantum* fixado é excessivo, se consideradas as demandas conjuntamente.

Afirma que a sua solidariedade deve estar restrita aos limites da omissão, deve ser, portanto, parcial.

Defende a inexistência de nexo de causalidade entre a sua atividade fiscalizadora e os danos causados aos autores, mesmo porque há prova nos autos de que impôs inúmeras exigências, a fim de impedir os alegados danos ao meio-ambiente.

Aduz a ausência de prova efetiva do dano relatado pelos autores, havendo, em contrapartida, provas de que dano não houve e de que não agiu com omissão do dever de fiscalizar o empreendimento, porquanto

deve ser considerada a doutrina da reserva do possível, segundo a qual o dever normativo do Poder Público não coincide com a sua realidade financeira.

Afirma ainda que, se a sua responsabilidade for pautada na omissão, deve ser observada natureza subjetiva dessa responsabilidade.

Também pleiteia a redução do valor da indenização e dos honorários, bem como que o percentual de juros de mora, pelo fato de que é autarquia estadual, seja calculado com base no art. 1º-F da Lei Federal n. 9494/1997, ou seja, limitada a 6% ao ano, incidentes a partir da sentença.

Prequestiona os enunciados 282 e 356 do STF e 211 e 320 do STJ.

Juntou documentos.

O Estado de Mato Grosso do Sul apresentou recurso adesivo às f. 913-30 para o caso de ser provido o recurso da Siderúrgica e reconhecida a sua legitimidade passiva, trazendo ao conhecimento deste órgão julgador questões de mérito que, no seu entender, não poderiam ser formuladas em contrarrazões, tais como: a) inexistência de resíduos tóxicos e poluição sonora; b) ausência de ilegalidade de atuação e de responsabilidade da Administração; c) a ausência de nexo de causalidade entre os danos alegados e ato seu ou do Imasul; d) se danos houve, tiveram como causa o descuido da empresa Siderúrgica; d) a ausência e a falta de comprovação do dano moral.

Requer, ao final, *“no caso de provimento do recurso de apelação interposto pela Siderúrgica Ferro Gusa (ao qual se adere), seja o presente recurso adesivo recebido e provido, a fim de que seja reformada a sentença objugada, negando-se aos autores o direito a indenização de qualquer natureza”*.

O Estado, ainda, apresentou contrarrazões ao apelo principal às f. 931-40, suscitando a ausência de interesse recursal da Siderúrgica para atacar o capítulo da sentença que extinguiu a demanda com relação a ele.

Os autores apresentaram contrarrazões às f. 945-51, 952-9 e 962-70, aventando a preliminar de ausência de interesse recursal do Estado de Mato Grosso do Sul quanto ao recurso adesivo.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou, às f. 975-96, pelo conhecimento e desprovimento dos apelos interpostos.

## **VOTO (EM 17.5.2011)**

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Relator)

### **I.**

Para melhor compreensão das questões a serem analisadas, faz-se necessário, inicialmente, um breve relato da demanda.

Extrai-se dos autos que Onofre Espíndola, sua esposa, Cristina Pereira Espíndola, e seus quatro filhos, interpuseram a presente ação de indenização por danos morais c/c obrigação de fazer (Autos n. 005.06.003396-1) em face de Indústria Siderúrgica de Ferro Gusa Mato Grosso do Sul Ltda., Município de Aquidauana e Estado de Mato Grosso do Sul, relatando que a Siderúrgica demandada retomou as suas atividades sem que fossem tomadas as medidas legais, relativas à proteção do meio ambiente, o que estaria gerando sérios danos aos moradores dos bairros vizinhos, tendo em vista a dispersão de fuligem e pó de carvão vegetal lançadas pela chaminé da referida Indústria.

Os autores requerem a reparação dos danos morais, enquanto moradores do bairro Vila Cidade Nova, no Município de Aquidauana, uma vez que foram diretamente afetados pela “nuvem de poeira negra” expelida pela empresa-ré, a qual danifica os móveis, alimentos e principalmente a saúde dos mesmos, além do barulho produzido pelos motores da Indústria, inclusive no período noturno.

Salientam os autores que o material expelido é considerado tóxico pela Resolução n. 23 do Conama, de modo que requerem, ao final, a condenação dos requeridos ao pagamento de indenização por danos morais e na obrigação de fazer, consistente em implantar em suas instalações as medidas de controle de poluentes eficazes, embasando os pedidos na responsabilidade objetiva da Siderúrgica e solidária dos entes públicos requeridos, tendo em vista a permissão quanto ao exercício da atividade poluente e a omissão na fiscalização de tal atividade.

À f. 100, os autores requereram a emenda da inicial para incluir no polo passivo da presente demanda a autarquia estadual IMAP – Instituto do Meio Ambiente Pantanal –, atual Imasul.

Conforme relatado, a sentença atacada foi de parcial procedência dos pedidos iniciais.

Apelam a este Tribunal de Justiça os réus Simasul Siderurgia Ltda. (Siderúrgica Ferro Gusa), às f. 921-51, e Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul – Imasul (antigo IMAP) –, às f. 955-76, bem como recorre adesivamente o Estado de Mato Grosso do Sul, às f. 913-30.

Passo à análise dos recursos de apelação, conjuntamente, articulando as matérias aventadas pelos réus-recorrentes, bem assim como pelo próprio Estado de Mato Grosso do Sul, no que se refere à sua ilegitimidade passiva *ad causam* e, de igual forma, quanto à sua alegação de inexistir o dever de indenizar.

## II.

Sustenta a empresa Simasul Siderurgia Ltda. (Siderúrgica Ferro Gusa, primeiramente, que a sentença deve ser reformada quando excluiu do polo passivo da relação processual, o Estado de Mato Grosso do Sul, sustentando existir, no caso, responsabilidade solidária dele.

Por sua vez, o Estado de Mato Grosso do Sul, em recurso adesivo, sustenta ser realmente parte ilegítima, mas para a hipótese de ser dado provimento ao recurso da Simasul Ltda., mantendo-o no polo passivo da relação processual, os pedidos formulados na inicial haveriam de ser julgados improcedentes.

Há uma prejudicial a ser examinada, assim, que se refere à existência, ou não, de responsabilidade do Estado de Mato Grosso do Sul para figurar no polo passivo da lide e, como tal, responder também pela condenação imposta na sentença.

Neste ponto, penso que se deve negar provimento ao recurso da Simasul Siderurgia Ltda. e não se conhecer do recurso adesivo, do Estado de Mato Grosso do Sul.

E explano minhas razões.

## III.

No que se refere ao recurso da Simasul Siderurgia Ltda., que objetiva que o Estado de Mato Grosso do Sul seja mantido no polo passivo da relação processual, é de se ver que não há interesse processual da recorrente em obter a modificação da sentença para tal fim.

Isto porque só quem tem interesse da manutenção do litisconsórcio formado com a inicial são os próprios autores, em favor de quem tal litisconsórcio aproveitaria, no caso de ser mantida a sentença condenatória.

Vale dizer, quem formou o litisconsórcio foram os autores, não os réus; logo, se a sentença excluiu um dos sujeitos da relação processual, o único legitimado – e com interesse processual – em reformar a sentença são os próprios autores, porque poderiam executar a sentença, por exemplo, em face do mesmo ente federado.

No cúmulo subjetivo, que é a espécie, existe mais de uma pretensão, veiculada em face de mais de um sujeito, tendo em vista a presença de uma causa comum ou conexão, em uma das modalidades indicadas no artigo 46 do CPC.

Logo, se a sentença extromete da lide um dos sujeitos passivos, significa entender que extinguiu o processo em relação a uma das lides propostas, e apenas o autor, que moveu a ação e indicou o litisconsórcio, é que tem interesse recursal na espécie. Não o outro litisconsorte, em face da facultatividade com que o litisconsórcio se formou.

Não há qualquer interesse processual da Simasul em manter o litisconsórcio passivo, até mesmo porque não existe a menor possibilidade de a empresa recorrente, vencida, querer dividir a responsabilidade pelos danos ocasionados aos autores, cujos danos foram ocasionados de sua própria atividade poluidora, e só por esse fato responde perante os autores, os quais, só por essa circunstância, poderiam ter movido a ação indenizatória apenas em seu desfavor. Por este fato, aliás, é que uma das ações cumuladas foi movida e direcionada em face da empresa-ré, agora apelante.

Os demais réus respondem perante os autores por outro fato, que guarda relação de conexão com o primeiro, consistente na omissão do dever de fiscalizar o funcionamento da apelante e de se omitirem no dever de adotar medidas para evitar que a poluição continuasse e já há, aqui, outra causa de pedir, em lide distinta, embora cumulada em uma mesma base procedimental, o que o ordenamento processual sabidamente permite.

Veja-se a lição de CELSO AGRÍCOLA BARBI<sup>1</sup> sobre o fenômeno que se passa no processo quando existe litisconsórcio:

Algumas vezes, apesar da existência de litisconsórcio, há uma só ação, como, v.g., quando o autor reivindica imóvel de pessoa que casa em regime de separação de bens; o bem pertence apenas a um dos cônjuges, mas o outro também deverá ser citado como réu, na forma do art. 1.647, item II, do Código Civil de 2002.

Na maioria das vezes, o litisconsórcio resulta da reunião, em um só processo, de VÁRIAS AÇÕES, de diversos autores, que poderiam ser propostas separadamente, como se dá, v.g., quando várias vítimas de um acidente movem, no mesmo processo, suas ações de indenização contra o causador do dano.

OU quando o credor, EM UM SÓ PROCESSO, move suas VÁRIAS AÇÕES contra os devedores, para exigir obrigações oriundas do mesmo contrato, em vez de movê-las em processos distintos. Nesses casos, nota-se que as finalidades são de economia, por dispensar a formação de vários processos, e evitar decisões contraditórias.

Aqui, os autores poderiam ter proposto as ações de indenização em separado: uma em face da apelante, como indústria que produziu a poluição geradora do dano noticiado na inicial; outra, em face da autarquia Estadual e do próprio Estado, este por responsabilidade subsidiária, em razão da omissão do dever de fiscalizar e do dever de agir para impedir a produção do evento lesivo descrito na inicial. Duas ações, em cúmulo subjetivo, tendo por elemento comum uma mesma base procedimental apenas, sobre a qual foram assentadas as duas pretensões dos autores.

<sup>1</sup> BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 196. v. 1.

Assim, se foram os autores que estabeleceram a formação de um litisconsórcio passivo facultativo, com o que existem duas ações, com vistas a futura execução de sentença, apenas eles poderiam recorrer contra a sentença que excluiu o Estado de Mato Grosso do Sul do mesmo polo passivo de uma das lides, porque essa sentença julgou extinto o processo em relação sem a apreciação do mérito em relação a essa mesma lide.

Os únicos prejudicados, no caso, foram os autores e não a apelante, que nenhum interesse recursal tem quanto a este capítulo da sentença.

Tratando do interesse em recorrer, em obra de minha autoria<sup>2</sup>, sustentei:

Se ao recorrente for possível obter uma situação mais vantajosa, do ponto de vista prático, porque foi vencido, mediante o uso de um meio impugnativo cabível e adequado, tendo em vista o ato que se quer impugnar, então o requisito interesse processual estará preenchido.

Obter situação jurídica mais vantajosa significa, nas palavras de SEABRA Fagundes, a possibilidade de nova decisão, menos desfavorável ou inteiramente vantajosa ao recorrente, do que a anterior. É a possibilidade de nova decisão, menos desfavorável ou inteiramente vantajosa ao recorrente, do que a anterior.

Ora, dentro desse raciocínio, a reforma da sentença para que o Estado seja mantido no polo passivo da relação processual nenhuma vantagem traz para a ré, na medida em que, em primeiro lugar, a ação poderia ter sido proposta em seu desfavor, exclusiva e isoladamente, figurando como única ré.

Se os autores resolveram instituir um litisconsórcio e esse litisconsórcio foi em parte dissolvido pela sentença exarada em primeiro grau, foram eles, exclusivamente, que em tese sofreram prejuízo e que, assim, poderiam recorrer da sentença para manter o Estado no polo passivo da relação processual.

Se não o fizeram, significa que concordaram com a sentença e abriram mão de um direito que em princípio reputavam ter perante o sujeito excluído da lide, optando por se conformar com a exclusão e direcionamento futuro da pretensão ressarcitória, em sede de cumprimento de sentença, exclusivamente em face dos demais legitimados que remanesceram no polo passivo da relação processual; ou, por outras palavras, em relação a uma das lides, conformando-se com a extinção do processo em relação à outra.

Outrossim, é de se ver que a recorrente não tem qualquer interesse em manter o Estado no polo passivo, em litisconsórcio consigo, porque, como causadora direta da poluição ambiental que redundou na sentença condenatória, é sua a responsabilidade direta pelo dano, sendo a do Estado, se mantido, subsidiária, o que nos leva à conclusão de que, em não existindo solidariedade entre a recorrente e o Estado, ela nada poderá dele exigir se for compelida a, sozinha, solver a obrigação fixada na sentença, o que esvazia por completo os fundamentos de seu recurso.

O litisconsórcio que se formou no polo passivo, no caso, não foi necessário, muito menos unitário, mas um litisconsórcio facultativo simples, o qual é instituído unicamente em benefício do autor, jamais dos réus, para fins de ulterior divisão de responsabilidades, em caso de sentença condenatória.

O STJ já se pronunciou que em ação indenizatória, como é o caso, o litisconsórcio é sempre facultativo e quem tem liberdade de propô-lo é o autor, independentemente da vontade dos réus (STJ, REsp n. 35.946-0, Primeira Turma, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, julgado em 1.12.1993, DJU de 21.2.1994 e RT n. 589/155).

<sup>2</sup> PAVAN, Dorival Renato. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 115.

Instituído pelo autor, o único legitimado e com interesse processual de combater a exclusão de um dos litisconsortes da lide é ele mesmo, jamais o outro corréu, principalmente diante do fato de que, praticando os litisconsortes atos próprios que redundaram, no conjunto, uma mesma espécie de responsabilidade, não há possibilidade de exercício de ação regressiva de um em face de outro, já que cada um responde pelos atos que por si só praticou e que, somados, levaram ao resultado lesivo descrito na inicial, objeto da reparação civil.

O litisconsórcio é cúmulo subjetivo de demandas “*em casos nos quais reconhecidamente existe um nexa tal entre as situações jurídicas de diversas pessoas, que a realização de um só processo será apta a cumprir os dois objetivos, acima lembrados, de economia e harmonia de julgados*”.<sup>3</sup>

Tomando como base essa premissa doutrinária, no caso presente, os autores moveram ação de indenização imputando condutas diversas aos réus: à siderúrgica, porque poluiu; ao Estado, porque faltou com o dever de fiscalizar e de impedir o resultado lesivo.

A conduta lesiva – poluição –, de qualquer sorte, existiu. Logo, os autores podem abrir mão do cúmulo subjetivo, conformando-se com a sentença que excluiu um dos sujeitos da relação processual, porque para eles basta a definição, também dada na sentença, de que a responsabilidade pela indenização subsiste perante os demais corréus que remanesceram.

Assim, se o sujeito excluído da lide, por ter praticado ato próprio (omissão no dever de fiscalizar a instalação e funcionamento da indústria), não poderá ser chamado a indenizar regressivamente no tanto em que a corré-apelante for obrigada a pagar, porque esta responde também por ato próprio por ela praticado – ter poluído o meio ambiente e causado com isso prejuízo aos autores –; parece-me claro que nenhum interesse tem ela de recorrer da sentença para que o outro sujeito permaneça no polo passivo da relação processual.

Esta manutenção do excluído da lide no polo passivo da relação processual, reafirmo, nenhum benefício lhe trará, até mesmo porque a indenização fixada na sentença poderá ser exigida pelos autores em face de um ou de todos os réus, em conjunto ou isoladamente, por ter sido facultativo o litisconsórcio formado com a inicial.

Veja-se, finalmente, que o Superior Tribunal de Justiça já afirmou, em reiterados julgados (outros são citados inclusive adiante, na fundamentação deste voto), que, tendo em vista que a “*responsabilidade por danos ambientais é solidária entre o poluidor direto e o indireto, o que permite que a ação seja ajuizada contra qualquer um deles, sendo facultativo o litisconsórcio*” (REsp n. 1079713/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 18.8.2009, DJ de 31.8.2009), de forma que, assim sendo, cada um responde, no todo, pelo pagamento da indenização respectiva, sem direito de regresso de um em face de outro.

O artigo 282 do Código Civil de 2002, aliás, estabelece:

O credor pode renunciar à solidariedade em favor de um, de alguns ou de todos os devedores.

Parágrafo único. Se o credor exonerar da solidariedade um ou mais devedores, subsistirá a dos demais.

Quando os autores não recorreram da sentença que excluiu o Estado da lide, renunciaram à solidariedade que a sentença poderia formar em relação a todos os réus, inclusive o Estado. Se não o fez, subsiste a responsabilidade dos demais, o que não significa, entretanto, que aqueles que remanesceram na lide tenham legitimidade ou até mesmo interesse de manter o litisconsórcio que foi proposto e formado pelo

<sup>3</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores. p. 83.

autor, voluntaria e facultativamente, apenas em seu próprio proveito, e não para proveito entre os próprios réus, uns em relação aos outros.

De mais a mais, nem se pode invocar, por quaisquer dos réus, a regra do artigo 283 do Código Civil, porque a hipótese não retrata uma solidariedade contratual, mas uma solidariedade decorrente da conjugação de diversos atos ilícitos, praticados isoladamente por cada um dos réus, isoladamente, que produziram o resultado final lesivo ao direito dos autores. Cada um dos agentes responde pelo seu próprio ato, apto e suficiente para, por si só, gerar o dever de indenizar, individualmente, sem qualquer correlação que levasse, uns em face dos outros entre os corréus, a obter indenização regressiva, donde a inaplicação desse dispositivo da lei civil substantiva.

Atento a tais fundamentos, rejeito a preliminar, mantenho a sentença que excluiu o Estado de Mato Grosso do Sul da lide e, pela mesma motivação, não conheço do recurso adesivo por ele ofertado.

Este último recurso, aliás, nem sequer haveria de ser conhecido também por outros fundamentos, na medida em que, se o Estado recorrente não foi vencido, já que excluído da lide, não tem também interesse recursal.

Tampouco se admite o recurso sujeito a condição, porque sua finalidade é atacar ato já praticado pelo Juiz ou Tribunal, e não ato futuro, que seria, eventualmente, o provimento do recurso da ré Siderurgia Imasul Ltda.

E, finalmente, muito menos houve sucumbência recíproca, que viesse permitir o manejo do mesmo recurso, na medida em que a sentença simplesmente excluiu o Estado recorrente da lide e condenou os demais, remanescentes, ao pagamento dos danos causados aos autores.

Como luvas ao caso presente, a lição de FLÁVIO CHEIM JORGE<sup>4</sup>:

[...] Assim, há interesse na interposição da apelação adesiva quando, diante da parcial sucumbência, uma das partes necessita do recurso para que o tribunal reforme aquela decisão que lhe foi prejudicial.

[...] A parte, em sede de recurso adesivo, não pode alegar a ausência de legitimidade, pois essa matéria poderia ser perfeitamente alegada nas contra-razões de apelação do recurso principal. Se a parte realmente quisesse discutir a sua legitimidade para figurar no pólo passivo e, mais, que o tribunal apreciasse essa questão como objeto principal de um recurso, deveria ter recorrido por meio de apelação quando intimada do resultado do julgamento.

No caso presente, tanto não houve sucumbência parcial – pressuposto essencial para o recurso adesivo – quanto não houve, sequer, sucumbência do Estado, porque foi excluído da lide e a sentença condenatória não o atingiu, exceto sua autarquia, que recorre em nome próprio. Ali a sede adequada para examinar a responsabilidade estatal, no que diz respeito à autarquia estadual que foi mantida no polo passivo da relação processual.

Além disso, a questão afeta à sua ilegitimidade passiva, como forma de se manter a sentença na exata extensão e medida em que foi proferida, poderia ser deduzida nas contrarrazões ao recurso apresentado pela Siderúrgica-ré; jamais, como aqui ocorrido, através de recurso adesivo.

Finalmente, um último argumento.

4 JORGE, Flávio Cheim. *Apelação Cível, Teoria Geral e Admissibilidade*. São Paulo: RT, p. 268-9.

Faço clara distinção entre a sucumbência formal e a sucumbência material, de sorte que o sujeito passivo excluído da lide tem, em tese, ele próprio, interesse recursal para ver o pedido ser julgado improcedente. As hipóteses são raras de acontecer no processo. Mas existem.

Ainda que o caso dos autos fosse uma dessas raras situações, por suposição, o que seria cabível, no caso, haveria de ser o recurso de apelação do próprio ente estatal, atacando a sentença para vê-la reformada quanto ao mérito. Jamais seria cabível o recurso adesivo, pela inexistência, também, de sucumbência parcial e, pior do que isto, subordinado o conhecimento de seu mérito a uma eventual decisão deste Tribunal que viesse, por suposição, acolher o apelo do recorrente principal e reformar a sentença para que o Estado permanecesse na lide.

Não se revela possível o recurso subordinado a uma futura, incerta e duvidosa, decisão da Corte Superior que possa contrariar os interesses do sujeito excluído da lide porque, se tal ocorrer, o único recurso cabível será o uso dos recursos extremos. Jamais utilizar-se do adesivo como um condicionante do que vier a ser decidido futuramente no acórdão.

Afinal, como diz o Superior Tribunal de Justiça, “*se incorre sucumbência recíproca entre as partes, carece o recurso adesivo do seu pressuposto mais característico*” (STJ, REsp n. 6.488, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, julgado em 1.10.1991, DJU de 11.11.1991), razão pela qual “*não cabe recurso adesivo quando não há mútua sucumbência*” (STJ, REsp n. 5.548, Terceira Turma, Rel. Min. Dias Trindade, julgado em 29.4.1991, DJU de 1.7.1991).

Estes motivos e fundamentos levam-me, também, a não conhecer do recurso adesivo interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul.

Há de se afirmar, outrossim, que quando os autores deixaram de recorrer dessa parte da sentença, ocorreu o imediato trânsito em julgado na questão relativa à manutenção do Estado na lide, o que de igual forma inviabiliza o conhecimento da via processual recursal eleita pelo Estado de Mato Grosso do Sul.

#### IV

### **QUANTO AO MÉRITO DOS RECURSOS da SIMASUL SIDERURGIA LTDA. E DO INSTITUTO DO MEIO AMBIENTE DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL - IMASUL**

#### 1.

Tanto a Simasul Siderurgia Ltda., quanto o Imasul são unânimes em um ponto: argumentam não existir dever de indenizar pela ausência de prova dos fatos alegados pelos autores, do dano e do nexo de causalidade, além de alegarem o fato de que a primeira ré funciona de acordo com as normas ambientais aplicáveis; tanto que esta já realizou o EIA/RIMA e formulou acordo com o Ministério Público Estadual.

Aduzem que é conflitante a prova testemunhal produzida nos autos, de modo que não embasam a condenação encartada na sentença, não sendo razoável que os fatos alegados não estejam comprovados por perícia.

Alegam que apresentaram provas de que a primeira ré atua em conformidade com as leis ambientais, juntando laudo técnico conclusivo em tal sentido.

Insurgem-se ainda contra o indeferimento do pedido, formulado em embargos de declaração, de desentranhamento de documentos novos juntados pelos autores às f. 687-716.

Quanto à obrigação de fazer, afirmam que perdeu o objeto, na medida em que as comprovações determinadas já se encontram nos autos, bem como pelo fato de que entrega ao órgão ambiental competente (Imasul), regularmente, levantamento de análise de efluentes líquidos, emissão atmosférica, medição de ruídos, e, inclusive, relatório fotográfico.

Pleiteiam a redução do valor fixado a título de danos morais – pois correspondem a R\$ 122.400,00 (R\$ 510,00 x 40 x 6 autores) e não coincidem com os danos alegados, são, portanto, desarrazoados – e dos honorários advocatícios.

Essas são, portanto, as matérias devolvidas a este Órgão julgador: a ausência de comprovação do dano e do nexo de causalidade, a perda do objeto da pretensão de obrigação de fazer, a observância das normas e determinações dos órgãos ambientais e, alternativamente, o valor da indenização.

## 2.

Conforme se depreende dos autos, a Siderúrgica-apelante firmou com o Ministério Público Estadual o Termo de Ajustamento de Conduta de f. 47-53, em 20.5.2005, pelo qual se comprometeu a submeter o empreendimento à avaliação técnico-jurídica por parte do IMAP, atual Imasul, “*especificamente quanto ao atendimento integral das exigências legais e técnico-ambientais relativas ao licenciamento ambiental regular (licença prévia, de instalação e de operação) e respectivo estudo prévio de impacto ambiental*”, comprometendo-se a paralisar as suas atividades até a obtenção da licença de instalação e a de operação.

A licença de operação foi concedida pelo IMAP, em 23.9.2005, conforme documento de f. 56, com algumas determinações de implantação a serem providenciadas, tendo em vista o laudo do próprio instituto estadual (f. 60-4), em que foram averiguadas algumas irregularidades, indicando, dentre outras providências, o controle das emissões atmosféricas.

No entanto, em 4.7.2006, o Ministério Público Federal encaminhou, ao representante do Ministério Público Estadual da Comarca de Aquidauana, um ofício em que noticia a existência de possíveis irregularidades na concessão da referida Licença de Operação, porquanto não estaria embasada em nenhum estudo prévio exigido por lei, o que teria sido constatado pelo Fiscal Ambiental do IMAP, Vinicius Libanio Coutinho, que relatou à procuradora federal, na data de 28.5.2006, os seguintes acontecimentos:

[...] Este escritório Regional solicitou informações à Assessora do Diretor-Presidente, a quem os Escritórios Regionais são vinculados, senhora Francisca Fernandes de Albuquerque, quanto à situação do Empreendimento uma vez que havia muitas reclamações de moradores da circunvizinhança da referida Siderúrgica. Sendo que a Assessora informou que “esta Regional não deveria se envolver nesta questão uma vez que o referido processo não passou pela análise nesta unidade regional”. Com esta atitude, solicitamos aos cidadãos reclamantes que se dirigissem ao Ministério Público Estadual na pessoa do senhor Promotor Público responsável pela pasta e Meio Ambiente a fim de denunciar os problemas que a Siderúrgica está causando aos moradores circunvizinhos ambientais (barulho excessivo, caminhões circulando em vias públicas impróprias, lançamento de fuligem devido à falta de filtro).

Informo que até o presente momento a Indústria Siderúrgica de Ferro Gusa Mato Grosso do Sul Ltda. continua funcionando sem que fossem tomadas as providências cabíveis, sendo assim, gostaria que o Ministério Público Federal investigasse esta agressão ambiental [...] (f. 67-8).

Dois abaixo-assinados (f. 74-93), dos moradores de Aquidauana, reivindicam o fechamento da Siderúrgica e providências no que se refere às agressões ocasionadas pela emissão de poluentes no ar.

Há ainda nos autos matérias jornalísticas, do ano de 2006, ou seja, posteriores à assinatura do TAC, em que são relatados os problemas ocasionados pela emissão do pó de carvão no ar, inclusive com fotografias que ilustram o problema.

A apelante Simasul Siderúrgica Ltda., em contrapartida, apresenta defesa no sentido de que o dano experimentado pelos autores e descrito na inicial, que justificaria a presente indenizatória individualmente ajuizada, não está demonstrado, assim como não está o nexo de causalidade.

Alega ainda que está atendendo a todas as normas e condicionantes da Licença de Operação n. 305/2005, adquirindo o filtro de manga (*“estrutura fechada que contém mangas de tecido que filtram o ar minimizando e reduzindo as emissões atmosféricas”*), mas consignando que não realizou o EIA/RIMA, porque não teria sido exigência do órgão público que concedeu a referida autorização (f. 135).

3.

É de se ver que a defesa da empresa-ré está embasada na ausência de prova do dano e no fato de que cumpriu com as exigências dos órgãos de fiscalização ambiental, anexando aos autos o Relatório de Atendimento às Exigências do IMAP de f. 161-82, confeccionado em agosto de 2006, em que consta como medida a ser implementada para impedir a emissão de particulados, o enclausuramento da recepção de carvão (f. 170).

Há ainda nos autos laudo técnico ambiental, produzido pela Seta – Segurança, Consultoria e Medicina do Trabalho Ltda-ME – (f. 185-222), que constata a instalação dos equipamentos destinados à contenção da emissão de particulados, mas nele não consta a data de tais constatações.

Às f. 272, está uma matéria jornalística do sítio do Correio do Estado, noticiando o início das instalações do filtro na chaminé da Siderúrgica, na data de 27.9.2006, trazendo o prazo de 90 dias como previsão para o término das instalações.

O Jornal O Pantaneiro noticiou em 16.3.2007 o cumprimento do acordo com a efetiva instalação do filtro (f. 273).

Além das provas documentais, requereu a apelante a realização de prova testemunhal e pericial, sendo deferidas as referidas provas em audiência de conciliação (f. 438-40), mas posteriormente foi declarada preclusa a prova pericial, tendo em vista o não pagamento dos honorários.

Sobreveio então a audiência de instrução e julgamento, realizada no dia 18.6.2009 (f. 679-83), em que foram ouvidas as testemunhas arroladas pelas partes, sendo as testemunhas do autor categóricas em afirmar que moram no bairro próximo à usina e sofreram com a poeira preta vinda das chaminés, a qual já teria diminuído, mas ainda sofrem com os ruídos.

A única testemunha arrolada pela Siderúrgica-apelante afirmou que trabalha no Posto de Saúde que fica próximo à Usina e que *“não chega até o posto de saúde resíduos ou barulho vindos da Usina”*, bem como que não foi atendido nenhum paciente com problemas respiratórios, nos olhos ou na pele, que decorressem dos referidos resíduos.

Às f. 687-98, os autores anexaram aos autos documentos, que alegaram ser novos, porquanto produzidos após a propositura da ação, em que a polícia Militar faz a aferição sonora da região, atestando o excesso de ruídos em horário noturno, que indicam a poluição sonora alegada na inicial.

Mediante carta precatória, foi ouvida, em 29.10.2009, a testemunha Eliane Lara Chaves, engenheira mecânica, com especialização na área de ventilação industrial, a qual fez parte da equipe que elaborou o EIA/RIMA do projeto da ré-apelante, respondendo aos questionamentos da seguinte forma:

1º Quais são os rejeitos da produção da ferro-gusa?

Respondeu: os subprodutos emitidos pela ré são: finos de minério de ferro, finos de carvão ou moinhas de carvão, pó de balão, que é uma mistura de finos de minério com finos de carvão, e escória.

2º Os resíduos liberados pela indústria Siderúrgica de Ferro Gusa de Mato Grosso do Sul, situada em Aquidauana/MS, que produz a ferro-gusa, são considerados tóxicos ou perigosos, nos termos das Resoluções do CONAMA?

Respondeu: que nenhum dos produtos são tóxicos e nem perigosos.

4º Quais as fontes pontuais e difusas de liberação de efluentes atmosféricos?

Respondeu: que a ré na atividade industrial libera efluentes na atmosfera do alto forno e no manuseio de carvão. Que o efluente liberado no alto forno recebe os seguintes tratamentos: balão gravimétrico, lavador de gás venturi, desumidificador e tocha de queima de excesso de gás. Que no manuseio do carvão os efluentes são tratados com filtros de manga.

10º Há ruídos perceptíveis fora do parque industrial da referida siderúrgica? Em caso positivo, o som pode causar prejuízos à saúde da população do entorno?

Respondeu: Sim. Que foram feitos os estudos e comprovaram que os sons estão dentro dos padrões exigidos, inclusive o município de Aquidauana possui legislação mais exigente. Que os sons também são monitorados em razão das condicionantes constantes da LO.

Dos demais questionamentos, constata-se que, atualmente, a Siderúrgica-ré está funcionando em conformidade com a legislação ambiental, quanto à emissão de poluentes e produção de ruídos, o que pode ser confirmado dos autos pelo arquivamento da ação civil pública que versava sobre o tema, tendo em vista o laudo de engenheiro metalúrgico que atestou tal afirmação (f. 586).

#### 4.

Todas as provas encartadas aos autos demonstram, assim, que, não obstante a obtenção de licença de operação, a Siderúrgica-ré efetivamente causou danos aos moradores dos bairros vizinhos, praticando ato ilícito pela afronta às já mencionadas normas relativas ao direito de vizinhança.

A indenização pleiteada, outrossim, refere-se ao período pretérito, em que a apelante funcionou em desacordo com as normas ambientais, sem o devido licenciamento, sem instalação de filtros no seu forno e produzindo ruído excessivo.

#### 5.

A obediência às normas ambientais e às exigências do órgão público responsável pela fiscalização ambiental, bem como o fato de supostamente não serem tóxicas as substâncias expelidas pelas chaminés da indústria (fato afirmado por uma engenheira mecânica que não tem autoridade, tampouco autorização legal para fazer essa afirmativa, especialidade de um médico e não de engenheira), não denotam a licitude do referido ato, na medida em que fere, reafirmo, o direito individual ao bem estar, sendo tal conclusão decorrente de presunção do simples fato de os moradores serem obrigados a conviver com a poeira fina e negra e com os ruídos advindos da indústria em período noturno, fato, a meu modo de ver, efetivamente comprovado nos autos.

## 6.

É de se ver que no curso da instrução processual a empresa-ré requereu a realização de prova pericial com o intuito de provar que a fuligem então expedida pelas chaminés da indústria não seriam passíveis de causar dano aos moradores da região.

A digna Juíza nomeou perito e este ofertou a proposta de honorários, que foi refutada pela ré.

Em despacho, a eminente magistrada sustentou que:

[...] o laudo pericial, no caso concreto, não abrange apenas a área de siderurgia, ao contrário, abrange diferentes especialidades, demandando a intervenção de diferentes técnicos, especialistas de diferentes matérias: a) terá que diagnosticar se houve e se há lançamento na atmosfera de fuligem, pó de carvão; b) qual a composição química dos materiais lançados; c) se são nocivos à saúde humana; d) qual o alcance dos materiais lançados; e) quais as modificações havidas na estrutura da siderúrgica durante o tempo de seu funcionamento;) estudo sobre ruídos; g) verificação de documentos; além de outros eventuais problemas. Daí, com certeza, um especialista em área de siderúrgica não teria condições de abarcar todos os aspectos da perícia. Ora, reunindo a equipe condições de realizar a prova pericial, deve ser mantida, inclusive para evitar mais despesas e atraso processual. Portanto, mantenho o perito nomeado e equipe por ele indicada [...]. Mantenho também, os honorários pleiteados. Isto posto, determino que a Indústria Siderúrgica Ferro Gusa mato Grosso do Sul deposite os honorários periciais ali indicados e arbitrados, no prazo de 10 dias.

Contudo – e de forma surpreendente para quem se dispunha a provar o funcionamento correto da indústria, em prova que lhe incumbia, por ser fato impeditivo do direito dos autores – a apelante, que requereu a perícia, não fez o depósito dos honorários do *expert* nomeado.

## 7.

E qual a consequência dessa omissão, no campo da prova e para fins de resultado da demanda?

Parece-me que uma só e a MM<sup>a</sup>. Juíza levou esse fato em consideração, ao afirmar na sentença:

Cabe frisar que a Indústria teve ampla oportunidade probatória neste feito. Foi-lhe facultado comprovar, através da realização de uma perícia técnica, que o seu empreendimento sempre respeitou as normas ambientais e as determinações que lhe foram dirigidas pelos órgãos estaduais de controle do meio ambiente. Todavia, a empresa requerida preferiu abrir mão do seu direito probatório e deixou de realizar a prova pericial.

Anota-se que a jurisprudência pátria há muito assentou o entendimento no sentido de que “aquele que cria ou assume o risco de danos ambientais tem o dever de reparar os danos causados e, em tal contexto, transfere-se a ele todo o encargo de que sua conduta não foi lesiva” (REsp. n. 1049822/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, 23.4.2009, DJ de 18.5.2009).

No caso dos autos, a Siderúrgica não apresentou qualquer prova de que as emissões atmosféricas por ela realizadas e que o seu ruído industrial por ela produzidos se davam em níveis normais, de acordo com a legislação ambiental, e que não tiveram o condão de causar os prejuízos alegados pelos autores.

Em consequência, a Juíza declarou preclusa a prova pericial requerida pela Siderúrgica-ré.

## 8.

No campo do direito processual e no que diz respeito ao ônus da prova, sabe-se que o CPC, em seu artigo 333, divide a responsabilidade entre autor e réu, o que faz através dos seus incisos I e II.

Comentando o dispositivo processual, o eminente professor CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO preleciona:

[...] A distribuição do ônus da prova repousa principalmente na premissa de que, visando a vitória na causa, cabe à parte desenvolver perante o Juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente.

O juiz deve julgar *secundum allegata et probata 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. (in **Teoria Geral do Processo**. 7. ed. São Paulo: 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**. São Paulo: Max Limonad. p. 134-5. v. 1.

O mesmo autor, em outro local<sup>5</sup>, professando doutrina a que me filio, afirma que o ônus da prova incumbe tanto ao autor que apresenta um pedido ou pretensão, como ao réu, que solicita seja o pedido ou pretensão rejeitado.

Citando Mortara, o ilustre autor aduz que “*o critério da distribuição resulta do interesse da prova. Quem tem interesse de estabelecer um fato deve fornecer sua prova; e é evidente que tem interesse quem o expõe como fundamento de sua pretensão, isto é, do pedido ou da exceção*”.

Em seguida, ao transcrever o entendimento de Chiovenda sobre o tema, aponta que às partes cabe a tarefa de preparar o material necessário à instrução do processo, bem como a de deduzir e provar ao juízo aquilo que desejam seja por este ponderado ao proferir o julgamento. Para ele, o juiz não pode considerar circunstâncias que não resultem de fatos provados (*judicet secundum allegata et probata; quod non est in actis non est in mundo*).

## 9.

Dentro desse espírito, é de se ver que os autores provaram o fato constitutivo de seu direito, a saber, a conduta lesiva da ré, consistente em poluição industrial, que lhes causou a dor, a angústia, o sofrimento, o devassamento da privacidade, o desequilíbrio da normalidade psíquica, traumatismos emocionais, a depressão e o desgaste psicológico, elementos que caracterizam o dano moral.<sup>6</sup>

A ré, por outro lado, negou a poluição ambiental e os efeitos adversos dela, requerendo prova pericial, a qual foi julgada preclusa, ante o não depósito do valor dos honorários periciais.

5 SANTOS, Moacyr Amaral. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva. p. 244. v. 2. t. 1.

6 CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 22-3.

Assim, se era do interesse da ré estabelecer que a fumaça expelida não causou danos ambientais e aos moradores da região, no que se constituía o fundamento de sua pretensão resistida, deveria, então, ter feito prova da alegação e a perícia seria essencial para desvendar o estado de fato contrário que resulta da prova dos autos, que indica, a todo o transe, a existência da poluição ambiental e, conseqüentemente, dos danos causados aos autores, gerando o indubitado dever de indenizar, nos termos pretendidos na inicial e em conformidade com o que restou decidido na sentença.

10.

No SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA já se decidiu que: “*nos termos do art. 333 do Código de Processo Civil, cabe ao autor demonstrar a veracidade dos fatos constitutivos de seu direito (inciso I) e ao réu invocar circunstância capaz de alterar ou eliminar as conseqüências jurídicas do fato aduzido pelo demandante (inciso II)*” (AgRg no Ag n. 1313849/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 28.9.2010, DJ de 2.2.2011), aplicando a regra do dispositivo processual em comento, de sorte que, se o autor prova o fato constitutivo de seu direito (o que se extrai dos elementos contidos nos autos) e o réu deixa de provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo, a única conclusão é de que a pretensão deduzida na inicial deveria ser acolhida, como o fez a doutra juíza sentenciante.

Outrossim, há de ser considerado o importante aspecto de que, a exemplo do que já decidiu o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, “*à luz da teoria da carga dinâmica da prova, não se concebe distribuir o ônus probatório de modo a retirar tal incumbência de quem poderia fazê-lo mais facilmente e atribuí-la a quem, por impossibilidade lógica e natural, não o conseguiria.*” (REsp n. 619.148/MG, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 20.5.2010, DJ de 1.6.2010), como é também o caso, donde a não realização da prova pericial é fator importante para concluir pela existência da poluição ambiental e dos efeitos adversos por ela causados aos autores.

11.

Dentro desse aspecto, observa-se que a sentença, em exaustiva e minuciosa análise da prova contida no caderno processual, assentou-se nos seguintes fundamentos, que evidenciam a responsabilidade dos réus:

[...] Por outro lado, encontra-se satisfatoriamente comprovado nos autos que a atividade da Indústria Siderúrgica provocou e provoca a emissão de partículas na atmosfera, especialmente pó de carvão e poeira em geral. Provado também está que as referidas partículas, por um período de aproximadamente 2 anos, adentravam nas residências próximas à indústria, inclusive na da parte dos autores, provocando todo tipo de dissabor, pois acumulavam nos forros, sujavam os móveis, roupas estendidas no varal, piso das casas e, em muitos casos, provocavam irritação nos olhos. E a maior prova disso é que, muito tempo após ter entrado em atividade, a indústria requerida se viu obrigada a instalar um filtro de manga em sua chaminé, o que acabou contribuindo para a diminuição da emissão de fuligem na atmosfera, segundo a prova dos autos.

Provado também está, através do Relatório de Vistoria feito pela Polícia Militar Ambiental de Aquidauana, que a empresa requerida, em sua atividade industrial, produzia sinais sonoros como volume muito acima da média tolerada pelas normas técnicas que tratam da questão (f. 675-679).

Veja-se, pois, que por qualquer ângulo que se vislumbre a situação, constata-se a necessidade de se impor à indústria o dever de indenizar os autores.

A empresa demandada descumpriu as determinações que lhe foram dadas pelo órgão ambiental, visto que não realizou o efetivo controle da emissão de particulados. Infringiu, portanto, as normas de direito ambiental, praticando ato ilícito.

(Sentença contida nos presentes autos).

## 12.

A mera aspiração da poeira fina e negra é capaz de provocar, sim, dano à saúde, posto ser corpo estranho inalado e que se aloja nos pulmões, bem assim como – e isto é indubitado – dano aos bens materiais dos autores, já que referida poeira se assenta sobre alimentos, móveis, paredes, chão, teto e utilitários domésticos de uso diário.

Leciona ÉDIS MILARÉ<sup>7</sup>, com brilhantismo, ao dissertar sobre a qualidade ambiental na estrutura e na vida da cidade, que:

[...]Cada sociedade tem seus objetivos e é especificada pelos seus fins. A sociedade civil tem por objetivo maior o bem-estar (e, até certo ponto, a felicidade) dos seus cidadãos dentro de uma ordem justa. Este posicionamento técnico ou doutrinário vai direcionar as ações práticas.

Nas políticas e na gestão das empresas e de outras organizações societárias elencam-se as atividades-fim, referentes aos objetivos a serem alcançados, e as atividades-meio, relativas aos processos e recursos para atingir os objetivos colimados.

Ao aplicarmos essas considerações à política e à gestão ambiental ou urbana, concluímos: qualidade ambiental, “o meio ambiente ecologicamente equilibrado”, é um fim relacionado com um direito fundamental; os processos, instrumentos e recursos empregados para essa consecução assumem o caráter de meio. Em semelhante contexto, o Estatuto da Cidade consignou expressamente o objetivo constitucional, definiu o seu escopo de maneira sintética e estendeu-se bastante no trato de alguns meios referentes aos objetivos sociais da cidadania ambiental.

## 13.

Daí a conduta ilícita, o dano e o nexo de causalidade, que impõem o ressarcimento, na forma de indenização, uma vez que efetivamente demonstrado nos autos que no início de seu funcionamento, nos anos de 2005 e 2006, a ré expeliu, através de suas chaminés, poluição ambiental em forma de pó de carvão, a qual, a despeito de supostamente não ser nociva à saúde, causou - no mínimo - o desconforto, incômodo, os transtornos e as agressões relatadas na inicial e evidenciadas nas fotografias encartadas nos autos.

Resulta indubitosa da prova dos autos, assim, que os autores provaram satisfatoriamente o fato constitutivo de seu direito, sendo indubitoso que a empresa-ré, no período mencionado na inicial, expedia fuligem e não tinha filtros funcionando na indústria, provocando poluição ambiental.

## 14.

De rigor, aliás, é de se ver, pelo tipo de alegação feita pela empresa-ré, que promoveu a chamada defesa de mérito indireta, consistente na afirmação de que havia, com efeito, a fuligem emitida pelas chaminés da indústria, mas que esse fato não provocaria dano ambiental, tampouco aos autores.

Em caso tal, o STJ orienta no sentido de que “*apresentada defesa indireta, na qual se sustenta fato impeditivo do direito da parte autora, a regra se inverte, pois, ao aduzir fato impeditivo, o réu implicitamente admite como verdadeira a afirmação básica da petição inicial, que, posteriormente, veio a sofrer as conseqüências do evento superveniente. Por conseguinte, as alegações trazidas pelo autor tornam-se incontroversas, dispensando, por isso, a respectiva prova.*” (REsp n. 474.361/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 4.6.2009, DJ de 21.8.2009).

<sup>7</sup> MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente**. 6. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 550.

Esse aspecto – processual da questão – revela, de igual forma, o acerto do julgamento de procedência dos pedidos contidos na inicial.

É indubitoso que a ré não provou fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito dos autores, na medida em que, muito embora tenha requerido a realização da prova pericial, que teria um amplo espectro de atuação, com atuação de equipe multidisciplinar para abranger as diversas áreas envolvidas com a poluição, inclusive a da saúde, dela veio depois praticamente desistir, deixando de pagar os honorários periciais, donde se concluir, assim, que os pedidos encartados na inicial deveriam ter sido, como o foram julgados procedentes.

## 15.

No campo do direito material, a responsabilidade da ré é indubitosa.

Determina o art. 186 do Código Civil – CC/02 – 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 (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*”

Todas as provas encartadas aos autos demonstram, a meu modo de ver, que, não obstante a obtenção de licença de operação, a apelante efetivamente causou danos aos moradores dos bairros vizinhos, praticando ato ilícito, não só pela agressão ao meio ambiente, cujo dano deve ser coletivamente reparado e punido penalmente os seus causadores, mas pela afronta às normas relativas ao direito de vizinhança, que reforçam a garantia ao direito individual, de qualquer espécie, estabelecendo um sistema que impede o uso anormal da propriedade de forma afrontosa a direito fundamental à qualidade de vida dos moradores ou proprietários de prédios vizinhos.

As mencionadas normas, integrantes do Código Civil Brasileiro, estão estabelecidas da seguinte forma:

Art. 1.277. O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha.

Parágrafo único. Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança.

Art. 1.278. O direito a que se refere o artigo antecedente não prevalece quando as interferências forem justificadas por interesse público, caso em que o proprietário ou o possuidor, causador delas, pagará ao vizinho indenização cabal.

Sobre o tema, elucidativa é a doutrina de ORLANDO GOMES<sup>8</sup>:

Tais limitações não se editam no interesse dos particulares. É o interesse social de harmonizar interesses particulares dos proprietários vizinhos que justifica as normas restritas do exercício do direito de propriedade.

A vizinhança é um fato que, em Direito, possui significado mais largo do que na linguagem comum. Consideram-se prédios vizinhos os que podem sofrer repercussão de atos propagados de prédios próximos ou que com estes possam ter vínculos jurídicos.

<sup>8</sup> GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 215-6.

São direitos de vizinhança os que a lei estatui por força desse fato.

No seu estudo há que configurar os conflitos de vizinhança, porque o objetivo da lei é evitá-lo ou compô-los.

Para haver conflito de vizinhança, é preciso que um ato do proprietário de um prédio, ou estado em que o mantém, repercuta no prédio vizinho, causando ao seu morador prejuízo ou incômodo. O verdadeiro conflito de vizinhança, segundo Bonfante, é a simples propagação a outro prédio de substâncias lançadas no próprio, mas também pode suscitá-lo, no entendimento de alguns, a ação exercida de modo direto sobre o prédio alheio.

São, pois, requisitos para a configuração de um conflito de vizinhança:

- 1º) um ato do possuidor de um prédio que repercuta no prédio vizinho;
- 2º) prejuízo ou incômodo sofrido pelo morador do prédio vizinho em consequência do ato;
- 3º) vínculo de conexão entre o ato e o prejuízo, ou incômodo.

Os efeitos do ato devem começar num prédio e propagar-se ao prédio vizinho.

Assim, a responsabilidade civil está embasada nas regras acima citadas, das quais se pode constatar que a obrigação de reparar os danos causados pelo uso nocivo da propriedade independe de culpa, de forma que, para ficar caracterizado o dever de indenizar, é imprescindível o preenchimento de outros 3 (três) requisitos legalmente exigidos, quais sejam: 1) a conduta; 2) o resultado; e, 3) o nexa causal entre um e outro.

Assim, a responsabilidade civil está embasada nas regras acima citadas, das quais se pode constatar que a obrigação de reparar os danos causados pelo uso nocivo da propriedade independe de culpa, de forma que, para ficar caracterizado o dever de indenizar, é imprescindível o preenchimento de outros 3 (três) requisitos legalmente exigidos, quais sejam: 1) a conduta; 2) o resultado; e, 3) o nexa causal entre um e outro.

Vejamos o escólio do já citado civilista ORLANDO GOMES<sup>9</sup> sobre o tema:

Os fundamentos jurídicos da responsabilidade do vizinho são assentados no Código de 2002 nos artigos 1.277 a 1.281, os quais estabelecem a limitação da interferência prejudicial provocada pelo prédio contíguo ou adjacente, bem como as medidas que possam promover a sua redução ou eliminação.

Contudo, se não interessa examinar as várias teorias, que procuram explicar o fundamento da obrigação do proprietário de indenizar o dano causado ao vizinho, importa averiguar se esse dever legal foi estabelecido no pressuposto da culpa. Há que responder negativamente. A responsabilidade do proprietário não tem esse fundamento, pois existe independentemente de ser o ato praticado por negligência ou imprudência, ou com a intenção de prejudicar.

Os autores são, todos, vizinhos da indústria-ré e receberam diretamente os elementos químicos descritos pela engenheira mecânica acima citada, Eliane Lara Chaves, testemunha da própria ré, a saber os efluentes lançados *na atmosfera do alto forno*, decorrente do manuseio de carvão, também denominados de “subprodutos”, consistentes em “*finos de minério de ferro, finos de carvão ou moinhas de carvão, pó de balão, que é uma mistura de finos de minério com finos de carvão, e escória*”, os quais são “resíduos” liberados da atividade industrial praticado pela ré, na produção do ferro-gusa.

<sup>9</sup> Op. cit. p. 219.

## 16.

No que diz respeito à existência de dano moral indenizável, reputo-o como indubitado, o qual, sabidamente, não necessita comprovação de sua existência, sendo *in re ipsa*.

Tem-se adotado o ponto de vista da razoabilidade humana para se aferir a existência ou não de uma efetiva lesão moral, partindo-se do critério objetivo do homem-médio, ou seja, perguntando-se se na situação descrita uma pessoa normal padeceria de um considerável sofrimento, donde, então, se extrairia uma presunção do acometimento do dano extrapatrimonial.

Esclarece-se que, a depender das circunstâncias do fato, “o dano existe no próprio fato violador [...]”. Nesse sentido é que se fala em “damnum in re ipsa.”<sup>10</sup>.

Nessas hipóteses, o dano existe, pois, “tão-somente pela ofensa, e dela é presumido, sendo o bastante para justificar a indenização”<sup>11</sup>.

No caso em apreço, tenho que os autores sofreram muito mais do que *mero dissabor*.

Primeiro, porque os fatos se passaram por quase dois anos. Segundo, porque foram praticamente dois anos convivendo em um ambiente insalubre, com ruído excessivo vindo da empresa-ré, agravado pela emissão de poluente que comprometia o bem estar e a dignidade de vida dos autores.

Os efluentes emitidos consistiam em partículas finas de minério de ferro, finos de carvão ou moinhas de carvão, pó de balão, que é uma mistura de finos de minério com finos de carvão, e escória, que impregnava nas roupas, na alimentação, nos móveis da casa, nas roupas estendidas no varal, o que bem dá a dimensão do abalo psíquico por eles experimentado ao longo desse período.

Os abalos sofridos em muito transpuseram os umbrais do mero dissabor para residirem, verdadeiramente, no abalo psíquico e psicológico: barulho excessivo acompanhado de uma constante e incomodante fuligem, que retirava dos autores a condição de vida digna, em um ambiente ecologicamente sadio e equilibrado, como é o objetivo da Constituição Federal, apregoadado em seu artigo 225.

Outrossim, se não fosse por ofensa ao meio ambiente, a ofensa e o direito ao ressarcimento dos danos morais ocasionados decorreria também do direito de vizinhança, como já expendi e a esse respeito a jurisprudência de nossos Tribunais não deixa margem à dúvida:

Nenhum vizinho tem direito de produzir os danos, importunações, incômodos, desassossego e perigo que entender só porque ocupou a vizinhança antecipadamente, fazendo tábula rasa do direito alheio e da legislação reguladora da boa convivência entre proprietários confinantes ou próximos. A liberdade de que goza o industrial quando vive só no seu lugar deve cessar quando surge o direito do vizinho que depois se instalou, porque as liberdades primitivas cessam quando surgem a vida social e a civilização, trazendo consigo direitos alheios, que devem ser respeitados. (1º TACSP, AC, Segunda Câmara, Rel. Maurício Vidigal, julgado em 4.11.1987, RT 628/138)<sup>12</sup>.

A indenização por danos causados a imóvel vizinho em decorrência de poluição industrial, situa-se no campo do direito de vizinhança, de natureza real, que emana do domínio. Assim, se a desvalorização do bem por tal fato foi anterior à sua aquisição, o direito a obter indenização foi também transmitido, porque é acessório do direito de propriedade. Ademais, a indenização por danos causados a imóvel vizinho em decorrência de poluição

10 BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. São Paulo: RT, 1993. p. 204.

11 STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 7. Ed. São Paulo: RT, p. 1718.

12 Apud STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 836.

industrial não é afastada ou diminuída pela existência de outras fontes poluidoras na localidade, pois há solidariedade entre os co-autores do dano, podendo a vítima acionar isoladamente cada um deles, exigindo do escolhido o total da indenização (1º TACSPAC, Segunda Câmara, Rel. Maurício Vidigal, julgado em 4.11.87, RT 628/138)<sup>13</sup>.

Ementa: DIREITO DE VIZINHANÇA. AÇÃO COMINATÓRIA REPARATÓRIA. POLUIÇÃO AMBIENTAL. DANOS MORAIS. ODOR E RESÍDUOS DE GORDURA EM LIMITES ACIMA DO TOLERÁVEL. ELEVAÇÃO DE CHAMINÉ. RESOLUÇÃO DO PROBLEMA. PERMANÊNCIA DE DANOS MORAIS PELO PERÍODO PRETÉRITO. CABIMENTO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO PARA REDUÇÃO DO VALOR, CONSIDERADO O REDUZIDO PERÍODO TEMPORAL EM QUE O AUTOR CONVIVEU COM O PROBLEMA. (RC n. 71002453124, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Rel. Eugênio Facchini Neto, julgado em 13.5.2010).

Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. USO NOCIVO DA PROPRIEDADE. DIREITO DE VIZINHANÇA. INDENIZAÇÃO PELOS DANOS CAUSADOS AO VIZINHO DECORRENTE DE ATIVIDADE LABORAL QUE CAUSA POLUIÇÃO AMBIENTAL (FUMAÇA E FULIGEM), AFETANDO INCLUSIVE À SAÚDE DAS PESSOAS QUE HABITAM OS PRÉDIOS CONTÍGUOS. DANO MORAL REPRESENTADO PELO VERDADEIRO SUPLÍCIO A QUE SUBMETIDO O AUTOR E SEUS FAMILIARES. QUANTUM BEM FIXADO. PROIBIÇÃO DE CESSAÇÃO DA ATIVIDADE (FERRARIA) ENQUANTO NÃO ADOTADAS AS PROVIDÊNCIAS PARA O SEU REGULAR FUNCIONAMENTO. SENTENÇA MANTIDA. (TJRS, AC n. 70013675400, Vigésima Câmara Cível, Rel. Des. José Aquino Flores de Camargo, julgado em 15.2.2006).

Não há dúvida, portanto, de que é cabível a fixação de danos morais em tais circunstâncias e o valor fixado na origem não é abstratamente elevado, como será a seguir explanado.

Não se pode tratar a questão como tendo os autores sofrido meros dissabores. O que esteve comprometido, ao longo desses dois anos em que a atividade poluente foi ocasionada pela conduta de todos os réus, foi a qualidade de vida dos autores, e esta é um valor fundamental em nosso ordenamento jurídico moderno, um bem jurídico de relevância que merece a proteção estatal, donde redundar o dano moral indenizável.

Daí, o dever de indenizar pelo dano moral, de forma inquestionável.

## 17.

Como se tal não bastasse, há ainda de ser ponderado que a responsabilidade de todos os sujeitos passivos da relação processual é objetiva e integral, por se referir ao meio ambiente e os atos praticados ofendem expressamente aos artigos 225 da Constituição Federal e 14, § 1º, da Lei n. 6.938, de 31.8.1981, além, de igual forma, como acima se demonstrou, ao próprio direito de vizinhança, em disposições específicas constantes do Código Civil.

RUI STOCO<sup>14</sup>, a respeito, nos ensina:

[...] Do acima exposto extrai-se a ilação de que a responsabilidade pela proteção ambiental e defesa da ecologia é do Poder Público e do particular.

Do que se conclui que o Estado é co-responsável pelos danos daí advindos, podendo ser chamado a compor prejuízos individuais e coletivos.

<sup>13</sup> Idem, ibidem.

<sup>14</sup> STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: RT, 2007. p.880.

Se, *ad exemplum*, o Município ou o Estado se descuidam na limpeza e preservação de uma represa ou de um rio que, por isso, atinge nível insuportável de poluição, cabe-lhes indenizar aqueles que possam vir a sofrer os efeitos nocivos e perniciosos dessa situação, caso comprovem o dano e o nexo etiológico entre ele (o dano) e o comportamento omissivo.

Mesmo quando o particular polui rios, lagos, nascentes ou o ar que se respira, a mata etc., poderá ser responsabilizado o Poder Público, se comprovado não ter exercitado, como lhe cumpre, o poder fiscalizatório que a lei lhe comete e da qual não pode se distrair, posto que se traduzem em atos administrativos vinculados e, portanto, obrigatórios.

Uma empresa que produz poluição ambiental severa, com graves danos à população ou a vizinhos, deve responder por eles.

Mas se o Poder Público que deverá exercer seu poder de polícia e de fiscalização obrigatória, não o faz e referida indústria sequer possui autorização (alvará de funcionamento), ou vistoria prévia pelos órgãos sanitários, responderá, também e solidariamente com o particular, por sua omissão, ficando obrigado a reparar.

## 18.

Em se tratando de dano ao meio ambiente, como no caso, essa responsabilidade é objetiva.

Veja-se a lição doutrinária de JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>15</sup>, ao tratar *da natureza* dessa responsabilidade:

A natureza da responsabilidade. O Direito Brasileiro assume o princípio da responsabilidade objetiva pelo dano ecológico, o que é uma tendência no Direito Estrangeiro. Segundo *Despax* é muito nítida no Direito Francês a evolução para uma responsabilidade objetiva, acompanhada de uma diminuição do ônus da prova da exigência do nexo de causalidade entre o prejuízo sofrido e a atividade danosa ao meio ambiente.

Logo, bastam a existência do dano e o nexo com a fonte poluidora ou degradadora. A prova desse nexo, para gerar a responsabilidade, está em debate na doutrina.

A responsabilidade é objetiva e integral. Não se pode limitar a indenização a um teto, como às vezes se quer, mediante forma de seguro poluição.

O tipo de reparação também deve merecer consideração, porque o dano ecológico pode não repercutir sobre pessoa alguma, nem sobre seus bens. Mesmo assim ele é suscetível de reparação (art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981).

Assim, independentemente da existência de culpa, o poluidor, (a siderúrgica), ainda que indireto (autarquia recorrente) (art. 3º da Lei n. 6.938/81), é obrigado a indenizar e reparar o dano causado ao meio ambiente (responsabilidade objetiva).

O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA assim também já se pronunciou:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DANOS AMBIENTAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE DO ADQUIRENTE. TERRAS RURAIS. RECOMPOSIÇÃO. MATAS. *TEMPUS REGIT ACTUM*. AVERBAÇÃO PERCENTUAL DE 20%. SÚMULA N. 7 STJ.

<sup>15</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 847-8.

A responsabilidade pelo dano ambiental é objetiva, ante a *ratio essendi* da Lei n. 6.938/81, que em seu art. 14, § 1º, determina que o poluidor seja obrigado a indenizar ou reparar os danos ao meio-ambiente e, quanto ao terceiro, preceitua que a obrigação persiste, mesmo sem culpa. Precedentes do STJ, REsp n. 826976/PR, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 1.9.2006; AgRg no REsp n. 504626/PR, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 17.5.2004; REsp n. 263383/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 22.8.2005 e ED no AgRg no REsp n. 255170/SP, desta relatoria, DJ de 22.4.2003.

[...]

4. Paulo Affonso Leme Machado, em sua obra *Direito Ambiental Brasileiro*, ressalta que “[...]A responsabilidade objetiva ambiental significa que quem danificar o ambiente tem o dever jurídico de repará-lo. Presente, pois, o binômio dano/reparação. Não se pergunta a razão da degradação para que haja o dever de indenizar e/ou reparar. A responsabilidade sem culpa tem incidência na indenização ou na reparação dos “danos causados ao meio ambiente e aos terceiros afetados por sua atividade” (art. 14, § III, da Lei n. 6.938/81). Não interessa que tipo de obra ou atividade seja exercida pelo que degrada, pois não há necessidade de que ela apresente risco ou seja perigosa. Procura-se quem foi atingido e, se for o meio ambiente e o homem, inicia-se o processo lógico-jurídico da imputação civil objetiva ambiental!. Só depois é que se entrará na fase do estabelecimento do nexo de causalidade entre a ação ou omissão e o dano. É contra o Direito enriquecer-se ou ter lucro à custa da degradação do meio ambiente.

O art. 927, parágrafo único, do CC de 2002, dispõe: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Quanto à primeira parte, em matéria ambiental, já temos a Lei n. 6.938/81, que instituiu a responsabilidade sem culpa.

Quanto à segunda parte, quando nos defrontarmos com atividades de risco, cujo regime de responsabilidade não tenha sido especificado em lei, o juiz analisará, caso a caso, ou o Poder Público fará a classificação dessas atividades. “É a responsabilidade pelo risco da atividade.” Na conceituação do risco aplicam-se os princípios da precaução, da prevenção e da reparação.

Repara-se por força do Direito Positivo e, também, por um princípio de Direito Natural, pois não é justo prejudicar nem os outros e nem a si mesmo.

Facilita-se a obtenção da prova da responsabilidade, sem se exigir a intenção, a imprudência e a negligência para serem protegidos bens de alto interesse de todos e cuja lesão ou destruição terá conseqüências não só para a geração presente, como para a geração futura.

Nenhum dos poderes da República, ninguém, está autorizado, moral e constitucionalmente, a concordar ou a praticar uma transação que acarrete a perda de chance de vida e de saúde das gerações [...] in **Direito Ambiental Brasileiro**, Malheiros Editores, 12. ed., 2004, p. 326-327.

[...]

12. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido. (STJ, REsp n. 1090968/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 15.6.2010, DJ de 3.8.2010).

Essa jurisprudência foi reafirmada no julgamento de outro Recurso Especial, como se infere deste acórdão:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL - VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA - DANO AMBIENTAL - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA - RECUPERAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA - REPOSIÇÃO NATURAL: OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZAÇÃO - CABIMENTO.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. Tratando-se de direito difuso, a reparação civil ambiental assume grande amplitude, com profundas implicações na espécie de responsabilidade do degradador que é objetiva, fundada no simples risco ou no simples fato da atividade danosa, independentemente da culpa do agente causador do dano.

3. A condenação do poluidor em obrigação de fazer, com o intuito de recuperar a área degradada pode não ser suficiente para eximi-lo de também pagar uma indenização, se não for suficiente a reposição natural para compor o dano ambiental.

4. Sem descartar a possibilidade de haver concomitantemente na recomposição do dano ambiental a imposição de uma obrigação de fazer e também a complementação com uma obrigação de pagar uma indenização, descarta-se a tese de que a reposição natural exige sempre e sempre uma complementação.

5. As instâncias ordinárias pautaram-se no laudo pericial que considerou suficiente a reposição mediante o reflorestamento, obrigação de fazer.

6. Recurso especial improvido. (REsp n. 1165281/MG, Segunda Turma, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Eliana Calmon, julgado em 6.5.2010, DJ de 17.5.2010).

Mais recentemente, restou indubitosa a orientação jurisprudencial que estabelece a responsabilidade objetiva do Estado, quando falha com o dever *de fiscalizar*, ou seja, comete ato omissivo.

Veja-se este acórdão, relatado pelo eminente Ministro HERMAN BENJAMIN, DATADO DE **26 DE ABRIL DE 2011**:

[...] Se é certo que a responsabilidade civil do Estado, por omissão, é, ordinariamente, subjetiva ou por culpa, esse regime, tirado da leitura do texto constitucional, enfrenta pelo menos duas exceções principais. Primeiro, quando a responsabilização objetiva para a omissão do ente público decorrer de expressa determinação legal, em microsistema especial, como na proteção do meio ambiente (Lei n. 6.938/81, art. 3º, IV, c/c o art. 14, § 1º). Segundo, quando as circunstâncias indicarem a presença de um dever de ação estatal – direto e mais rígido – que aquele que jorra, segundo a interpretação doutrinária e jurisprudencial, do texto constitucional.

Para Vera Lúcia Jucovsky, “o Estado pode ser responsabilizado por danos ao ambiente, por comportamento comissivo ou omissivo”, razão pela qual também cabe sua responsabilização quando, por omissão, falhar no seu dever de “fiscalização, vigilância e controle” (**Responsabilidade Civil do Estado por Danos Ambientais**, São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2000, p. 55).

Acerca do tema, confira-se ainda Édís Milaré (Direito do Meio Ambiente, 3. ed., São Paulo, **Revista dos Tribunais**, 2004, pp. 766-767):

Segundo entendemos, o Estado também pode ser solidariamente responsabilizado pelos danos ambientais provocados por terceiros, já que é seu dever fiscalizar e impedir que tais danos aconteçam. Esta posição mais se reforça com a cláusula constitucional que impôs ao Poder Público o dever de defender o meio ambiente e de preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Na mesma linha, Paulo Affonso Leme Machado (Direito Ambiental Brasileiro, São Paulo, Malheiros, 2007, p. 352):

Para compelir, contudo, o Poder Público a ser prudente e cuidadoso no vigiar, orientar e ordenar a saúde ambiental nos casos em que haja prejuízo para as pessoas, para a propriedade ou para os recursos naturais mesmo com a observância dos padrões oficiais, o Poder Público deve responder solidariamente com o particular.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, vem admitindo, reiteradamente, a responsabilidade do Estado, em matéria ambiental, por omissão no seu dever de controle e fiscalização. Cito precedentes:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO CAUSADO AO MEIO AMBIENTE. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ENTE ESTATAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. RESPONSÁVEL DIRETO E INDIRETO. SOLIDARIEDADE. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO. ART. 267, IV DO CPC. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS N. 282 E N. 356 DO STF.

[...]

3. O Estado recorrente tem o dever de preservar e fiscalizar a preservação do meio ambiente. Na hipótese, o Estado, no seu dever de fiscalização, deveria ter requerido o Estudo de Impacto Ambiental e seu respectivo relatório, bem como a realização de audiências públicas acerca do tema, ou até mesmo a paralisação da obra que causou o dano ambiental.

4. O repasse das verbas pelo Estado do Paraná ao Município de Foz de Iguaçu (ação), a ausência das cautelas fiscalizatórias no que se refere às licenças concedidas e as que deveriam ter sido confeccionadas pelo ente estatal (omissão), concorreram para a produção do dano ambiental. Tais circunstâncias, pois, são aptas a caracterizar o nexo de causalidade do evento, e assim, legitimar a responsabilização objetiva do recorrente.

5. Assim, independentemente da existência de culpa, o poluidor, ainda que indireto (Estado-recorrente) (art. 3º da Lei n. 6.938/81), é obrigado a indenizar e reparar o dano causado ao meio ambiente (responsabilidade objetiva).

6. Fixada a legitimidade passiva do ente recorrente, eis que preenchidos os requisitos para a configuração da responsabilidade civil (ação ou omissão, nexo de causalidade e dano), ressalta-se, também, que tal responsabilidade (objetiva) é solidária, o que legitima a inclusão das três esferas de poder no pólo passivo na demanda, conforme realizado pelo Ministério Público (litisconsórcio facultativo).

7. Recurso especial conhecido em parte e improvido. (REsp n. 604.725/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meire, julgado em 21.6.2005, DJ de 22.8.2005, p. 202, grifei).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AMBIENTAL. LEGITIMIDADE DO ESTADO DE MINAS GERAIS. OMISSÃO DO DEVER DE FISCALIZAR. PRECEDENTES.

[...]

3. A conclusão do acórdão exarado pelo Tribunal de origem está em consonância com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça que se orienta no sentido de reconhecer a legitimidade passiva de pessoa jurídica de direito público para responder por danos causados ao meio ambiente em decorrência da sua conduta omissiva quanto ao dever de fiscalizar. Aplicável, portanto, a Súmula n. 83/STJ.

4. Agravo regimental não-provido. (AgRg no Ag n. 822.764/MG, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, julgado em 5.6.2007, DJ de 2.8.2007, p. 364, grifei).

PROCESSUAL CIVIL. AMBIENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO ESTADO DE SÃO PAULO FIGURAR NO PÓLO PASSIVO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA N. 83/STJ. OFENSA AO ART. 535 DO CPC REPELIDA.

[...]

2. A decisão de primeiro grau, que foi objeto de agravo de instrumento, afastou a preliminar de ilegitimidade passiva porque entendeu que as entidades de direito público (*in casu*, Município de Juitiba e Estado de São Paulo) podem ser arrostadas ao pólo passivo de ação civil pública, quando da instituição de loteamentos irregulares em áreas ambientalmente protegidas ou de proteção aos mananciais, seja por ação, quando a Prefeitura expede alvará de autorização do loteamento sem antes obter autorização dos órgãos competentes de proteção ambiental, ou, como na espécie, por omissão na fiscalização e vigilância quanto à implantação dos loteamentos.

3. A conclusão exarada pelo Tribunal *a quo* alinha-se à jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, orientada no sentido de reconhecer a legitimidade passiva de pessoa jurídica de direito público para figurar em ação que pretende a responsabilização por danos causados ao meio ambiente em decorrência de sua conduta omissiva quanto ao dever de fiscalizar. Igualmente, coaduna-se com o texto constitucional, que dispõe, em seu art. 23, VI, a competência comum para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios no que se refere à proteção do meio ambiente e combate à poluição em qualquer de suas formas. E, ainda, o art. 225, caput, também da CF, que prevê o direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

4. A competência do Município em matéria ambiental, como em tudo mais, fica limitada às atividades e obras de “interesse local” e cujos impactos na biota sejam também estritamente locais. A autoridade municipal que avoca a si o poder de licenciar, com exclusividade, aquilo que, pelo texto constitucional, é obrigação também do Estado e até da União, atrai contra si a responsabilidade civil, penal, bem como por improbidade administrativa pelos excessos que pratica. 5. Incidência da Súmula n. 83/STJ. 6. Agravo regimental não-provido.

(AgRg no Ag n. 973.577/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 16.9.2008, DJ de 19.12.2008, grifei). Diante do exposto, nos termos do art. 557, *caput*, do CPC, nego seguimento ao Recurso Especial. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 10 de fevereiro de 2011. Min. Herman Benjamin, 26.4.2011)

## 19.

A responsabilidade pelos danos relatos na inicial é questão afeta ao direito de vizinhança, mas a atividade da Siderúrgica-ré exige a fiscalização do Poder Público e deve ser exercitada de acordo com as normas que protegem o meio ambiente. Assim, demonstrada a omissão no dever de fiscalizar as atividades potencialmente agressivas ao meio-ambiente, a tutela ressarcitória também deve recair sobre órgão fiscalizador, enquanto autarquia estatal que tem a finalidade específica de tutela administrativa do meio ambiente no Estado de Mato Grosso do Sul. Todos respondem, como se viu, objetivamente, inclusive a

autarquia estadual e, a meu modo de ver, o próprio Estado, muito embora esta questão esteja superada pelas razões acima alinhavadas, quanto à exclusão da lide do Ente Estatal.

## 20.

Extraí-se do conjunto probatório existente nos autos, já detalhado linhas atrás, que a autarquia estadual foi omissa quanto à fiscalização das atividades da Indústria-ré, porquanto expediu licença de operação, sem a realização prévia dos estudos de impacto ambiental e sem a implementação efetiva das medidas destinadas a conter a emissão de poluentes e de ruídos.

É o que se conclui, tendo em vista restar evidente que a licença foi concedida com a imposição de algumas exigências que poderiam ser futuramente implementadas, como, de fato, o foram, mas os danos causados na época em que já havia sido concedida a autorização de funcionamento e ainda não implementadas as exigências nela contidas, esses também são de responsabilidade da autarquia estadual.

## 21.

A preocupação com meio-ambiente é tão acentuada que mereceu capítulo específico na Constituição Federal que, através de seu artigo 225, assim dispõe:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio-ambiente.

[...]

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Comentando o dispositivo em apreço, o eminente JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>16</sup> nos ensina:

[...] O que o Direito visa proteger é a qualidade do meio ambiente, em função da qualidade de vida.

Pode-se dizer que há dois objetos de tutela, no caso: um imediato – que é a qualidade do meio ambiente – e outro mediato – que é a saúde, o bem-estar e a segurança da população, que se vêem sintetizando na expressão “qualidade de vida”.

[...] A qualidade do meio ambiente é um valor fundamental, é um bem jurídico de alta relevância, na medida em que a Constituição o considera bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida, que o Poder Público e a coletividade devem defender e preservar.

<sup>16</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p 832 e 847.

A ofensa a um tal bem se revela grave, e deve ser definida como crime.

[...] Responsabilidade civil. É a que impõe ao infrator a obrigação de ressarcir o prejuízo causado por sua conduta ou atividade.

[...] O fundamento constitucional da responsabilidade civil por dano ao meio ambiente está no § 3º do art. 225, de modo indireto, quando diz que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar o dano. A Lei n. 6.938, de 31.8.1981, art. 14, § 1º, estatui que “o poluidor é obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.

No caso, os autores, terceiros, vizinhos da empresa-ré, foram afetados, diretamente, pela sua atividade, conforme resultou fartamente provado nos autos.

Nos eventos descritos na inicial, houve atividade poluidora da empresa-ré e houve, também, conduta omissiva da autarquia Estadual, que gera o dever de indenizar, nos termos do dispositivo constitucional mencionado.

E essa responsabilidade, tanto para a empresa, quanto para o Estado, é objetiva, vale dizer, independe da aferição de culpa, como se viu, de igual forma, precedentemente.

O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, em caso similar, já pronunciou a existência de responsabilidade solidária do Estado, pela omissão no dever de fiscalizar a existência de atividade poluidora que deveria ser evitada se efetivamente fiscalizada. Veja-se o aresto:

O cerne da questão posta neste agravo adstringe-se a saber se os entes públicos envolvidos na ação originária como réus, especialmente os sujeitos à jurisdição da Justiça Federal, (IBAMA e DNPM), possuem legitimidade para responder solidariamente por danos ambientais que se alega causados aos ora Agravantes, em razão de eventual omissão no poder-dever de fiscalizar a atividade extrativista da empresa privada Companhia Mineira de Metais - CMM.

[...]

Pelo que resulta do texto magno e, bem assim, de normas infraconstitucionais pertinentes, é indeclinável o dever de vigilância, controle e fiscalização do Poder Público com referência a qualquer atividade que possa causar dano ao meio ambiente. [...]

Dessarte, adoto o mesmo critério interpretativo, com apoio nas regras constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis à espécie, de tal sorte a afirmar que entes públicos podem, sim, ser responsabilizados por eventual dano resultante de degradação ao meio ambiente em terreno de particulares que lhe acarrete efetivo dano patrimonial. Obviamente, tal omissão na vigilância, controle e fiscalização deverá ser devidamente demonstrada ao longo da fase instrutória, no âmbito do processo principal, o que, de qualquer sorte, parece ter ocorrido. [...]

Por outro lado, no caso dos autos, as Licenças Ambientais exigidas pela supracitada Resolução do CONAMA foram emitidas pelo Conselho Estadual de Política Ambiental - COPAM (órgão supervisor à Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável), que impôs medidas condicionantes a serem cumpridas sob a supervisão da Fundação Estadual do Meio Ambiente - FEAM (f. 126-131), donde se conclui, igualmente, a legitimidade passiva do Estado de Minas Gerais.

Ressalta-se que o não-acatamento das teses contidas no apelo não indica cerceamento de defesa, pois o julgador não está obrigado a julgá-las conforme o pleiteado pelas partes, mas sim de acordo com seu livre convencimento (art. 131 do CPC).

Por outro lado, no que tange a alegação de que foram atendidos os pressupostos para interposição do apelo com base na alínea “c” do dispositivo constitucional, plausível o entendimento exarado pela decisão recorrida, de que o dissídio pretoriano não foi demonstrado conforme ditames do CPC e do RISTJ por não ter sido realizado o devido cotejo analítico.

Outrossim, no que é pertinente ao cerne da questão acerca da legitimidade, ou não, da participação passiva do Estado de Minas Gerais no presente caso, que versa sobre dano ambiental, tem-se posicionamento similar ao do acórdão *a quo*, e conforme a jurisprudência deste Sodalício, de que o Estado deve responder solidariamente por danos causados ao meio ambiente, por omissão no seu poder-dever de fiscalizar.

No mesmo sentido:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO CAUSADO AO MEIO AMBIENTE. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ENTE ESTATAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. RESPONSÁVEL DIRETO E INDIRETO. SOLIDARIEDADE. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO. ART. 267, IV DO CPC. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS N. 282 E N. 356 DO STF.

[...]

2. O art. 23, inc. VI da Constituição da República fixa a competência comum para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios no que se refere à proteção do meio ambiente e combate à poluição em qualquer de suas formas. No mesmo texto, o art. 225, caput, prevê o direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

3. O Estado recorrente tem o dever de preservar e fiscalizar a preservação do meio ambiente. Na hipótese, o Estado, no seu dever de fiscalização, deveria ter requerido o Estudo de Impacto Ambiental e seu respectivo relatório, bem como a realização de audiências públicas acerca do tema, ou até mesmo a paralisação da obra que causou o dano ambiental.

4. O repasse das verbas pelo Estado do Paraná ao Município de Foz de Iguaçu (ação), a ausência das cautelas fiscalizatórias no que se refere às licenças concedidas e as que deveriam ter sido confeccionadas pelo ente estatal (omissão), concorreram para a produção do dano ambiental. Tais circunstâncias, pois, são aptas a caracterizar o nexo de causalidade do evento, e assim, legitimar a responsabilização objetiva do recorrente.

5. Assim, independentemente da existência de culpa, o poluidor, ainda que indireto (Estado-recorrente) (art. 3º da Lei n. 6.938/81), é obrigado a indenizar e reparar o dano causado ao meio ambiente (responsabilidade objetiva).

6. Fixada a legitimidade passiva do ente recorrente, eis que preenchidos os requisitos para a configuração da responsabilidade civil (ação ou omissão, nexo de causalidade e dano), ressalta-se, também, que tal responsabilidade (objetiva) é solidária, o que legitima a inclusão das três esferas de poder no pólo passivo na demanda, conforme realizado pelo Ministério Público (litisconsórcio facultativo).

7. Recurso especial conhecido em parte e improvido. (REsp n. 604725/PR, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 22.8.2005).

#### PROCESSO CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DANO AMBIENTAL.

1. É parte legítima para figurar no pólo passivo da ação civil pública, solidariamente, o responsável direto pela violação às normas de preservação do meio-ambiente, bem assim a pessoa jurídica que aprova o projeto danoso.

2. Na realização de obras e loteamentos, é o município responsável solidário pelos danos ambientais que possam advir do empreendimento, juntamente com o dono do imóvel.

3. Se o imóvel causador do dano é adquirido por terceira pessoa, esta ingressa na solidariedade, como responsável.

4. Recurso especial improvido. (REsp n. 295797/SP; Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Eliana Calmon, DJ de 12.11.2001) Ante o exposto NEGO PROVIMENTO ao agravo de instrumento. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 5 de fevereiro de 2007. Min. José Delgado, 16.2.2007!

Assim, quer porque tenha aprovado o projeto danoso, que redundou na possibilidade de instalação e funcionamento de empresa que se revelou poluidora do meio-ambiente, quer porque, ao depois, omitiu-se no dever de fiscalizar o funcionamento da empresa e, mais do que isto, de impedir a produção do evento danoso, permitindo, com isso, que detritos poluentes fossem lançados na atmosfera, contaminando o meio em que viviam os autores, é indubitoso o dever de o Imasul responder diretamente pelo dano, em corresponsabilidade com a indústria, por ser o ente fiscalizador completamente omissos no cumprimento dos deveres e funções inerentes às finalidades para as quais foi constituído.

Demonstrado o preenchimento dos requisitos da responsabilidade civil no caso (conduta, dano e nexos causal – sendo a culpa objetiva para todos quantos participaram do evento lesivo), impõe-se o dever da autarquia apelada, a exemplo da empresa-ré, em indenizar os autores.

Ao contrário do que afirmam os réus, ficou estreme de dúvida a existência de uma atividade poluidora por parte da ré Simasul Siderurgia Ltda., que causou danos aos autores, passíveis de indenização.

O dever de indenizar tanto por parte da própria siderúrgica – que foi a agente causadora do dano – quanto por parte do Imasul, autarquia Estadual, decorre do fato de que a empresa-ré não poderia instalar e funcionar sem a devida autorização e fiscalização do referido ente estatal.

Donde concluir que, se a instalação foi permitida e, mais do que isto, foi autorizado o funcionamento sem os equipamentos de filtragem que impediriam a atividade poluidora, a responsabilidade pela omissão no dever de fiscalizar é latente, não havendo falar em isenção dela, como objetivado pelos recorrentes.

A sentença, ao fixar a responsabilidade do Imasul, bem apreciou a questão, havendo ponderado com muita propriedade a douta magistrada singular:

[...] Neste aspecto deve o IMASUL ser responsabilizado. Como exposto, a Indústria continuou com suas atividades sem cumprir as condicionantes, por quase dois anos.

Observa-se que a empresa continuou suas atividades, lançando resíduos na atmosfera, apesar de fazer constar da Licença de Operação n. 305/2005 e do Parecer Técnico que a empresa tinha o prazo de 60 dias para “proposta de estruturas de controle da emissão de particulados (pó de carvão e poeiras em geral) gerados em decorrência do empreendimento” e “PAM (Plano de Auto Monitoramento) para o empreendimento.

Ainda que a indústria tenha apresentado o EIA-RIMA, antes da concessão das licenças, o que não ocorreu, ao IMAP competia a responsabilidade de verificar o cumprimento das condicionantes. O IMAP, entretanto, permaneceu inerte, apesar de informado pelo escritório regional de Aquidauana-MS, a respeito das irregularidades constatadas no funcionamento da Indústria Siderúrgica. Em razão do descaso da Diretoria do IMAP, o fiscal regional do órgão, Sr. Vinícius Libanio Coutinho, foi obrigado a representar contra o Diretor do IMAP no Ministério Público Federal, salientando que houve a concessão de Licença de Operação sem o atendimento às exigências legais, bem como a omissão em relação às denúncias dos moradores (barulho excessivo, caminhões circulando em vias públicas impróprias, lançamento de fuligem devido à falta de filtro). Não se está atribuindo a responsabilidade ao IMASUL por atividade da empresa por algumas semanas ou meses, mas sim por atividades danosas que perdurou por quase dois anos. O dano narrado na peça inaugural ocorreu por todo esse tempo com o conhecimento formal do IMAP da falta de atendimento às exigências legais. Caso houvesse ocorrido a efetiva fiscalização e tomadas as providências necessárias desde o início, com consequente suspensão da Licença ou fechamento do local até o cumprimento das condicionantes, o dano não teria ocorrido.

Essa fundamentação, constante da r. sentença, é irrefutável.

Veja-se que o Estado de Mato Grosso do Sul, através de sua autarquia responsável, autoriza o funcionamento de empreendimento industrial que é potencialmente capaz de produzir dano ao meio ambiente e ao direito de vizinhança, sem que a empresa tivesse fornecido todos os documentos exigidos para tanto, e sem exigir a prévia e necessária instalação de filtros que evitariam a poluição que depois veio a se desencadear e permanecer por quase dois anos.

Pior do que isso, faltou subsequentemente ao seu dever de fiscalizar, porque, não fosse a atitude do Ministério Público Estadual, que instaurou inquérito civil público para apurar o fato, e a forte reclamação da população local, certamente que a empresa continuaria ainda a operar produzindo todos os danos descritos na inicial.

Assim, tanto por ter cometido um ato irresponsável – e até criminoso – de permitir o início do funcionamento da empresa sem a apresentação de toda a documentação necessária e, em especial, a instalação do filtro antipoluição, quanto, ao depois, pela omissão do dever de exigir a instalação desses equipamentos na empresa poluente, é que resta indubitável o dever de indenizar da autarquia estadual, provados que se encontram, como já se expôs anteriormente, os fatos constitutivos do direito dos autores, sem contraposição de fatos impeditivos a esse direito, por parte dos réus, em especial da responsável direta pela poluição levada ao ar, a qual se manteve, aqui também, omissa no dever de produzir a antiprova que poderia eventualmente levar à improcedência da pretensão deduzida na inicial.

Desta forma, a sentença objurgada deve ser mantida, ao definir a responsabilidade solidária dos dois réus que remaneceram no polo passivo da relação processual.

22.

### **Do *quantum* indenizatório**

No que concerne ao *quantum* da indenização por danos morais, entendo que ele deve ser fixado com ponderação, levando-se em conta o dano experimentado, a conduta que o causou e a situação econômica das partes. Não deve ser excessivo, para evitar enriquecimento sem causa de quem o recebe nem deve ser inexpressivo, estimulando a reincidência da parte condenada.

*In casu*, o douto juízo de primeiro grau fixou a verba indenizatória em quarenta salários-mínimos para cada um dos autores.

Reputo referida quantia como excessiva e deve sofrer minoração.

O valor indenizatório do dano moral deve tomar como base os critérios adotados pela doutrina e jurisprudência, quais sejam: a situação econômica das partes, a intensidade da culpa da condenada e a relevância da lesão que seu ato causou, de forma a não proporcionar um enriquecimento devido para o autor, tampouco uma penalização excessiva para o réu.

A indenização por dano moral tem como objetivo compensar a dor causada à vítima e desestimular o ofensor a cometer novos atos da mesma natureza. Não é razoável o arbitramento de uma indenização irrisória, tampouco de valor excessivo ao ofensor.

A respeito do tema, Arnaldo Rizzardo, citando Carlos Roberto Gonçalves, faz o seguinte balizamento:

Carlos Roberto Gonçalves aponta os seguintes critérios:

- a) a condição social, educacional, profissional e econômica do lesado;
- b) a intensidade de seu sofrimento;
- c) a situação econômica do ofensor e os benefícios que obteve com o ilícito; d) a intensidade do dolo ou o grau de culpa;
- e) a gravidade e a repercussão da ofensa;
- f) as peculiaridades de circunstâncias que envolveram o caso, atendendo-se para o caráter anti-social da conduta lesiva.<sup>17</sup>

Penso que o ressarcimento do dano moral deve servir não só como reparação à vítima, mas como desestímulo a comportamentos da mesma natureza, levando àqueles que detêm o poderio econômico a atuar com maior cuidado, bom senso e prudência, evitando a prática de atos que gerem danos como os relatados nos presentes autos.

Segundo SÉRGIO CAVALIERI FILHO<sup>18</sup>, “a indenização punitiva do dano moral surge como reflexo da mudança de paradigma da responsabilidade civil e atende a dois objetivos bem definidos: a prevenção (através da dissuasão) e a punição (no sentido de redistribuição)”.

Trata-se da admissão do caráter punitivo do dano moral (*punitive damage*) já defendida por CAIO MÁRIO<sup>19</sup>, que preleciona:

Como tenho sustentado em minhas Instituições de Direito Civil (v. II, n. 176) na reparação do dano moral estão conjugados dois motivos, ou duas concausas: I – punição ao infrator pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; II – pôr nas mãos do ofendido uma soma que não é o *pretium doloris*, porém o meio de lhe oferecer oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou moral, seja mesmo de cunho material, o que pode ser obtido no fato de saber que esta soma em dinheiro pode amenizar a amargura da ofensa e de qualquer maneira o desejo de vingança.

17 GONÇAVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 270.

18 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 94.

19 Apud CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit.

Sobre esse tema no Direito comparado, oportuna é a lição de FLÁVIA VIVEIROS DE CASTRO<sup>20</sup>, que abaixo transcrevo:

Os sistemas da *Common Law* merecem um capítulo à parte no exame do Direito estrangeiro, com relação ao tema em estudo. Nestes ordenamentos, cujo Direito é construído por meio de precedentes jurisprudenciais, os danos morais sempre foram reconhecidos de forma ampla.

Não se questiona a que título deve o dano moral ser ressarcido; o que se indaga é a existência do dano, daí decorrendo sua consequente e necessária reparação, com caráter dúplice: compensatório e punitivo.

O que se observa na legislação dos países da *Common Law* é a ampla aceitação da tese de reparação dos danos morais. Estes não decorrem do prejuízo material e são autônomos; qualquer ofensa que atinja o homem em seu patrimônio jurídico, neste incluído o conjunto de bens e direitos ligados à personalidade do sujeito, é capaz de causar danos extrapatrimoniais.

A doutrina destaca que o sentido preconizado pelo Direito da *Common Law* para fundamentar a indenização por danos morais é fundamentalmente o punitivo, com caráter pedagógico.

O que se pretende é ter uma sociedade constituída por cidadãos conscientes e respeitosa em relação a seus semelhantes.

Ressalta-se, nesse contexto, o estímulo aos sentimentos de solidariedade e fraternidade, necessários ao bom desenvolvimento do ambiente social. Em sede contratual, pretende-se que o mercado de consumo seja regido pelo princípio da harmonia entre seus agentes, consumidores e fornecedores.

Assim, a indenização deve ser apta a desestimular tais práticas lesivas de modo que a ré, diante do receio em ser obrigada a ressarcir o dano moral, tenha o cuidado de zelar pelos direitos daqueles que vivem aos arredores de suas instalações.

Insta mencionar ainda o que acrescenta o renomado, e já citado, civilista SÉRGIO CAVALIERI FILHO<sup>21</sup>, quando deixa consignado que “*a indenização punitiva do dano moral deve ser também adotada quando o comportamento do ofensor se revelar reprovável – dolo ou culpa grave – e, ainda, nos casos em que, independentemente de culpa, o agente obtiver lucro com o ato ilícito ou incorrer em reiteração da conduta ilícita*”.

O nosso ordenamento jurídico, como se sabe, não traz parâmetros jurídicos legais para a determinação do *quantum* a ser fixado a título de dano moral. Cuida-se de questão subjetiva que deve obediência aos critérios estabelecidos em jurisprudência e doutrina, levando em consideração os aspectos factuais do caso concreto.

Neste sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta que o valor da indenização por dano moral seja arbitrado com temperança pelo juiz:

O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do STJ, sendo certo que, na fixação da indenização a esse título, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócioeconômico dos autores

20 CASTRO, Flávia Viveiros de. **Danos às Pessoas nas Relações de Consumo: Uma Abordagem Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 76.

21 Op. cit. p. 95.

e, ainda, ao porte econômico dos réus, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. (STJ, REsp n. 214.381-MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 29.11.1999).

Considerando as peculiaridades do presente caso, bem como os parâmetros que vêm sendo adotados pelos Tribunais, penso que a indenização de 40 salários-mínimos a cada um dos autores, que implica aproximadamente R\$ 22.400,00 individuais, é excessivo para a hipótese e deve ser reduzido, por não atender aos fins a que se destina a verba indenizatória e, outrossim, impõe *quantum* excessivo que, somado a todos os moradores dos bairros vizinhos à indústria, atingidos pela poluição, e que de igual forma estão propondo suas ações individuais, se mantido o valor, poderá comprometer a economia e a própria continuidade das atividades industriais da empresa, a qual, aliás, já está se adaptando às exigências legais, para poder dar fluxo à industrialização do ferro-gusa.

Assim, o valor fixado há de ser reduzido.

Para tal fim, ao contrário do que sustenta a siderúrgica, os sofrimentos que foram impostos aos autores – e, de resto, a toda comunidade circunvizinha à indústria – não se limitaram a poucos dias. Foram meses de angústia e sofrimento com a obrigação de convivência com uma fuligem negra que cobria alimentos, bens, objetos, roupas de cama, móveis, e que também era respirado pelos autores.

Os documentos encartados aos autos demonstram que esse estado de penúria e de convivência obrigatória com a poluição, perdurou por pelo menos um ano, no mínimo, até que providências fossem adotadas pela empresa-ré, ainda assim não *sponte propria*, mas sim mediante provocação do Ministério Público e depois de intensa movimentação da comunidade local, que exigiu providências, fez passeatas, fizeram abaixo-assinado e, enfim, exigiram das autoridades com competência em suas respectivas pastas que houvesse a cessação da poluição ambiental e sonora.

Somente depois de muito esforço de toda a comunidade foi que, enfim, a siderúrgica-ré começou a se amoldar às exigências legais para deixar de produzir a fumaça, pó, fuligem e resíduos que provocaram muito mais do que mero transtorno aos autores, mas verdadeiro abalo moral, em face da impotência de poderem tomar medidas próprias e individuais para cessação da atividade poluidora – o que de resto é vedado por lei – e apenas na atualidade é que vem funcionando adequadamente, sem produzir mais os danos já ocasionados aos autores.

Resta, entretanto, o período pretérito, em que a indústria funcionava efetivamente sem qualquer equipamento de proteção para evitar dano ao meio ambiente e aos moradores, apurados nesta ação e, até mesmo, na ação civil pública que chegou a ser ajuizada na comarca de Aquidauana, no curso da qual se celebrou um termo de ajustamento de conduta para que a empresa se amoldasse às exigências contidas em lei.

De qualquer sorte, por esse período pretérito é mais do que indubitável que os autores sofreram abalo moral, em face do sofrimento que sabidamente existe em se ver forçado a conviver com a fuligem expelida pela indústria, que deve ser, assim, objeto de indenização, como o fez o douto juízo *a quo*.

Apenas entendo que o valor, reafirmo, não pode ser aquele indicado na sentença, que me parece excessivo.

Os fundamentos agora expostos – a par do núcleo teleológico que dá suporte à indenização por dano moral, contido nas lições doutrinárias transcritas – permitem que esse dano, embora deva ser tutelado, há de ser minorado e, dentro desse quadro, entendo que o valor mais indicado e que corresponde às premissas fixadas na doutrina e jurisprudência, comparado ao estado de fato vivenciado pelos autores, é de R\$ 5.000,00

(cinco mil reais) a cada um dos autores, devendo este ser o *quantum* a ser arbitrado, em substituição ao valor apontado na douda sentença, o qual, com todo respeito, entendo ter sido por demais elevado.

Assim, neste ponto, dou provimento ao recurso para reduzir o valor do dano moral para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada um dos autores, monetariamente corrigidos desde a data da sentença, pela variação nominal do IGPM-FGV, e juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, contados da data da citação, até efetivo pagamento.

23.

### **Da obrigação de fazer**

Conforme relatei linhas atrás, o doudo juízo de primeiro grau também condenou a primeira apelante à seguinte obrigação de fazer:

[...] Determinar à Indústria Siderúrgica a obrigação de, no prazo de 30 dias a contar do trânsito em julgado da presente sentença, comprovar a este juízo que implementou em suas instalações medidas de controle de poluentes eficazes para conter a fuligem e os resíduos de sua produção industrial que são lançados sobre as pessoas e residências vizinhas, comprovando nos autos que tomou medidas para adequar o volume dos ruídos de sua atividade industrial aos limites impostos pelas normas técnicas que tratam do assunto, em especial as Resoluções do CONAMA e as normas municipais pertinentes, o que será feito através da apresentação de laudo pericial confeccionado por profissional com anotação de responsabilidade técnica. Para o caso de atraso na apresentação das comprovações supra ensejará à Indústria requerida o pagamento de uma multa diária no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

A indústria apelante alega em seu recurso que ocorreu a perda do objeto de tal pretensão, pois está demonstrado nos autos que já foram implementadas as medidas de controle de emissão de poluentes.

A meu modo de ver, a pretensão cominatória é cabível na espécie, uma vez que, muito embora haja comprovação de que, desde a data do ajuizamento da ação, a Siderúrgica-ré vem tomando as medidas necessárias à regularização de sua atividade às normas ambientais, paira ainda a incerteza quanto à sua total regularização, no que tange à afronta ao direito de vizinhança.

Tal conclusão advém da prova testemunhal, em que mais de um dos ouvidos afirma que a emissão do pó diminuiu, mas ainda não cessou completamente, e do laudo da Polícia Militar, que é conclusivo quanto ao excesso de ruídos em período noturno, emitidos em desacordo com as normas que regem a espécie.

Assim, embora a pretensão cominatória não esteja superada, penso que é suficiente a fixação de pena de multa para o caso de descumprimento da obrigação determinada na sentença, persistindo a obrigação de fazer imposta na sentença, até como forma de evitar que a empresa apelante venha a se sentir estimulada, à míngua de fiscalização, a voltar a poluir o meio ambiente e causar prejuízo aos autores, quer mediante a emissão de poluentes (resíduos), quer mediante o barulho causado pelo funcionamento de seus maquinários.

24.

### **Quanto aos juros de mora**

Quanto aos juros de mora fixados em face da Fazenda Pública, a sentença fixou que os juros de mora devem ser de 1% ao mês, a partir da citação.

Como se vê, o ponto a ser examinado é o percentual dos juros moratórios que devem ser aplicados à autarquia-ré e ao Estado de Mato Grosso do Sul, considerando o art. 1º-F da Lei n. 9494/97.

A jurisprudência do STJ, quanto aos juros moratórios aplicáveis à Fazenda Pública, sedimentou o entendimento de que, de acordo com o artigo 1º-F da Lei n. 9.494/97 (acrescentado pela Medida Provisória n. 2.180/01), o percentual a ser aplicado é o de 6% ao ano, em se tratando de verba devida a servidores e empregados públicos.

Com efeito, referido dispositivo está assim dispondo:

Art. 1º-F – Os juros de mora, nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos, não poderá ultrapassar o percentual de seis por cento ao ano.

Referida norma legal, contudo, não se aplica ao caso presente.

E assim é, porque a presente ação não trata de imposição de condenação à Fazenda Pública, em decorrência de direito reconhecido a servidor público ou empregado público, que é a diretriz do artigo 1º-F da Lei n. 9.494/97.

A presente lide versa sobre indenização por danos morais, decorrentes de conduta ilícita (omissão) perpetrada por autarquia estadual, de modo que é inaplicável a Medida Provisória 2.180-35/01, que acrescentou o art. 1º-F à Lei n. 9.494/97.

Nesse sentido, converge a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consoante demonstram os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 186 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. PLEITO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. MORTE EM PRESÍDIO. ESGANADURA. CABIMENTO DA INDENIZAÇÃO. *ONUS PROBANDI* DO ESTADO. RESPONSABILIDADE CONFIGURADA.

INDENIZAÇÃO FIXADA NA SENTENÇA *A QUO*. JUROS MORATÓRIOS E CORREÇÃO MONETÁRIA.

1. Ação de indenização por danos morais ajuizada em face de ente federativo, em decorrência de falecimento de presidiário que cumpria pena em Presídio Estadual em decorrência de asfixia mecânica por esganadura praticada pelos colegas de cela.

[...]

19. Os juros não se ser calculados, a partir do evento danoso (Súmula n. 54/STJ) à base de 0,5% ao mês, *ex vi* artigo 1.062 do Código Civil de 1916 até a entrada em vigor do Novo Código Civil (Lei n. 10.406/2001).

20. A partir da vigência do Novo Código Civil (Lei n. 10.406/2001) os juros moratórios deverão observar a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional (artigo 406). Taxa esta que, como de sabença, é a SELIC, nos expressos termos da Lei n. 9.250/95. Precedentes: REsp n. 688536/PA, DJ 18.12.2006; REsp n. 830189/PR, DJ 7.12.2006; REsp n. 813.056/PE, Primeira Turma, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 16.10.2007, DJ de 29.10.2007; REsp n. 947.523/PE, DJ 17.9.2007; REsp n. 856296/SP DJ 4.12.2006; AgRg no Ag n. 766853/MG, DJ 16.10.2006.

21. Deveras, é cediço na Corte que o fato gerador do direito a juros moratórios não é o ajuizamento da ação, tampouco a condenação judicial, mas, sim, o inadimplemento da obrigação.

22. A definição legal dos juros de mora, tratando-se de fato gerador que se protraí no tempo, deve observância ao princípio do direito intertemporal *tempus regit actum*.

23. Consectariamente, aplica-se à mora relativa ao período anterior à vigência do novo Código Civil as disposições insertas no revogado Código Civil de 1916, regendo-se o período posterior pelo diploma civil superveniente (REsp n. 745825/RS, DJ 20.2.2006).

[...]

Recurso especial provido.

(REsp n. 944.884/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, Rel. p/Acórdão Ministro Luiz Fux, julgado em 18.10.2007, DJ de 17.4.2008) - grifo nosso

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MÉRITO. REAPRECIÇÃO DE FATOS E PROVAS. SÚMULAN. 7/STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. JUÍZO DE EQUIDADE (CPC, ART. 20, §§ 3º E 4º). REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. JUROS MORATÓRIOS. ALEGADA OFENSA AO ART. 1º-F DA LEI N. 9.494/97. NÃO-OCORRÊNCIA. INAPLICABILIDADE. INCIDÊNCIA DO ART. 406 DO CC/2002. PRECEDENTES.

1. O TRF da 5ª Região, com base no exame de fatos e provas, concluiu que: (I) restou caracterizada a responsabilidade civil objetiva da recorrente; (II) foram comprovados o ato lesivo, o dano moral e o nexo de causalidade; (III) a recorrente não demonstrou a culpa exclusiva de terceiro; (IV) o valor da indenização (R\$ 10.000,00) é razoável e suficiente para reparar os danos sofridos.

2. O julgamento do recurso especial, para fins de se afastar a condenação, pressupõe, necessariamente, o reexame dos aspectos fáticos da lide – notadamente para descaracterizar o ato lesivo, o dano e o nexo causal, ou acolher a excludente de responsabilidade –, atividade cognitiva vedada nesta instância especial (Súmula n. 7/STJ).

3. É inadmissível o reexame, em sede de recurso especial, do valor dos honorários advocatícios de sucumbência fixados com base no juízo de equidade (CPC, art. 20, §§ 3º e 4º), tendo em vista a aplicação da Súmula n. 7/STJ.

4. A norma positivada no art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com redação dada pela MP 2.810-35/2001, é especial e tem alcance limitado, ou seja, aplica-se tão-somente às condenações impostas à Fazenda Pública para pagamento de verbas remuneratórias devidas a servidores e empregados públicos.

5. O suporte fático em concreto (indenização por danos morais decorrentes de responsabilidade civil extracontratual do Estado) não se subsume à hipótese de incidência prevista no art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, de modo que o regime de juros moratórios aplicável é aquele previsto no art. 406 do CC/2002.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

(REsp n. 865.310/RN, Primeira Turma, Relª. Minª. Denise Arruda, julgado em 7.11.2006, DJ 27.11.2006, p. 260) - grifo nosso.

No caso, em se tratando de responsabilidade extracontratual, aplica-se a regra prevista no artigo 406 do Código Civil, combinado com o artigo 161, § 1º, do CTN. Ou seja, os juros moratórios devem ser fixados até 10 de janeiro de 2003, em 6% ao ano e a partir da vigência do novo Código Civil, em 1% ao mês (12% ao ano).

Por tais considerações, não vejo razões para alterar essa parte da sentença (juros de mora de 12% ao ano), e, com base no artigo 1º-F, da Lei n. 9.494/97, fixar os juros de mora de 6% ao ano.

Isso porque a hipótese prevista no artigo 1º-F da Lei n. 9.494/97 é distinta da tratada no presente feito, visto que lá se trata de juros moratórios devidos pela Fazenda Pública em se tratando de servidores públicos e empregados públicos, quando deve ter tal encargo ficado em 0,5% ao mês, enquanto aqui a verba é de natureza diversa, fora, portanto, da regra do artigo 1º-F da Lei n. 9.494/97.

25.

### **Dos honorários advocatícios e dos juros de mora fixados em face da autarquia estadual.**

O **Imasul** também pleiteou em seu recurso a redução do valor dos honorários, bem como que o percentual de juros de mora, pelo fato de que é autarquia estadual, seja calculado com base no art. 1º-F da Lei Federal n. 9.494/1997, ou seja, limitada a 6% ao ano, incidentes a partir da sentença.

No tocante à questão dos honorários advocatícios, verifica-se que foram fixados pelo douto juízo *a quo*, em plena consonância ao § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, em quantia correspondente a 15% do valor da condenação, ponderando razoavelmente os serviços desenvolvidos pelo profissional da advocacia e o interesse econômico em disputa.

Dispõe a citada norma processual:

Art. 20 [...].

§ 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 das alíneas a, b e c do parágrafo anterior. (grifei)

Verifica-se que o dispositivo supracitado excepciona aquele previsto no § 3º do mesmo artigo de lei, segundo o qual “*os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação*”, o que nos faz concluir que na hipótese dos autos não fica o juiz adstrito aos limites fixados por esse dispositivo legal.

Em obra de minha própria autoria<sup>22</sup>, havia preconizado que:

O juiz deve estar atento para não correr o risco de fixar a verba honorária em valor irrisório ou, ao revés, excessivo. No primeiro, avilta o advogado. No segundo, avilta o réu, que poderá estar impossibilitado de efetuar o pagamento do valor devido (que deve ser acrescido dos honorários). A prudência está no bom senso, serenidade e equilíbrio do magistrado, para perceber a importância e a natureza da causa para o advogado, o grau do zelo profissional, o local da prestação do serviço (se na mesma comarca ou em comarca diversa), e o tempo exigido para seu serviço, para fixar os honorários em um valor tal que remunere condignamente o profissional do direito e, ao mesmo tempo, não imponha ônus excessivo para o executado, que estaria impossibilitado de promover de imediato o pagamento do débito exequendo.

Não se pode olvidar da necessidade de remunerar condignamente a atividade dos profissionais da advocacia, seja por sua relevância social, seja por seu caráter de *munus* público, inclusive porque o advogado, conforme a Constituição Federal (art. 133), é essencial à administração da Justiça.

22 PAVAN, Dorival Renato. *Comentários às Leis n. 11.187 e 11.232, de 2005 e 11.382, de 2006*. 2. ed. São Paulo: Pillares, 2007. p. 453-4.

Assim, considerando o grau de zelo do profissional que laborou no processo, a natureza e importância da causa, além do trabalho realizado e o tempo exigido para o seu serviço (art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil), tem-se que a verba honorária não deve ser reduzida.

Nesse sentido, a jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE OBRA PÚBLICA. QUITAÇÃO SEM RESSALVA DE CORREÇÃO MONETÁRIA. ART. 944, DO CC/1916. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FAZENDA PÚBLICA. ART. 20, § 4º, DO CPC. SÚMULA N. 7/STJ. VIOLAÇÃO DOS ART. 165; 458, II; 463, II e 535, I e II, DO CPC. INOCORRÊNCIA.

[...] 3. Os honorários advocatícios, nas ações condenatórias em que for vencida a Fazenda Pública, devem ser fixados à luz do § 4º do CPC que dispõe, *verbis*: “Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.”

4. Conseqüentemente, a conjugação com o § 3º, do artigo 20, do CPC, é servil para a aferição equitativa do juiz, consoante às alíneas “a”, “b” e “c”, do dispositivo legal. Pretendesse a lei que se aplicasse à Fazenda Pública a norma do § 3º, do artigo 20, do CPC, não haveria razão para a norma *specialis* consubstanciada no § 4º do mesmo dispositivo.

5. A Fazenda Pública, quando sucumbente, submete-se à fixação dos honorários, não estando o juiz adstrito aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do artigo 20, § 4º, do CPC.

Precedentes do STJ: AgRg no Ag n. 623659/RJ; AgRg no REsp n. 592430/MG; e AgRg no REsp n. 587499/DF), como regra de equidade. [...] (REsp n. 826.834/GO, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 7.8.2008, DJ de 15.9.2008).

Nada justifica, assim, que os honorários deixem de ser fixados tomando-se por base as alíneas “a” a “c” do § 3º do mesmo dispositivo e, com base na valoração do trabalho do advogado, sejam fixados em percentual que se aproxime de 10% e 20% do valor da condenação.

Quanto à condenação a honorários advocatícios prevê o artigo 20 do Código de Processo Civil, em seus parágrafos 3º e 4º, que:

Art 20: A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

[...]

§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, atendidos:

- a) o grau de zelo profissional
- b) o lugar da prestação do serviço
- c) a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 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 das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.

Com efeito, os honorários advocatícios são devidos por força do princípio da sucumbência, segundo o qual o processo não pode gerar qualquer ônus para a parte que tem razão, impondo ao vencido o dever de pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios.

Entende-se como vencido aquele que deixou de alcançar com o processo aquilo que pretendia. Essa condenação funciona como uma punição àquele que resistiu ao reconhecimento da pretensão alheia, resistência essa havida como injusta quando o litígio é julgado em desfavor da parte resistente.

Ressalto ainda que os honorários advocatícios se configuram como remuneração do profissional que despense seu tempo, trabalho e conhecimento no acompanhamento da causa, não podendo ser esta prestação subestimada.

Assim, no caso concreto, a estipulação dos honorários advocatícios em valor que seja correspondente a 15% do valor da condenação se constitui em parâmetro justo para remunerar o trabalho realizado pelo advogado, não ferindo, desse modo, as disposições do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

Essa é a orientação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, como se vê da ementa abaixo colacionada, que em seu próprio teor faz menção a diversos casos semelhantes:

EMENTA. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO EM VALOR IRRISÓRIO. MÍNIMO APLICÁVEL. INCIDÊNCIA SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO. ART. 20, §§ 3º E 4º, DO CPC. VASTIDÃO DE PRECEDENTES. DECISÃO DA MATÉRIA PELA CORTE ESPECIAL. (AgRg no Ag N. 954995/SP (2007/0233889-9), Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, julgado em 18.3.2008, DJ de 23.4.2008).

1. Agravo regimental contra decisão que conheceu de agravo de instrumento e deu provimento ao recurso especial da parte agravada, para fixar o percentual de 10% (dez por cento) de verba honorária advocatícia, sobre o valor da causa (já que não houve condenação), em face de acórdão que fixou a verba honorária em R\$ 100,00, o que representa menos de 0,064% do valor atualizado da causa.

2. O § 3º do art. 20 do CPC dispõe que os honorários serão fixados entre o mínimo de 10% e o máximo de 20% sobre o valor da condenação, atendidos: a) o grau de zelo do profissional; b) o lugar de prestação do serviço; c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. Já o posterior § 4º, expressa que nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas “a”, “b” e “c”, do parágrafo anterior.

3. Conforme dispõe a parte final do próprio § 4º (os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior), é perfeitamente possível fixar a verba honorária entre o mínimo de 10% e o máximo de 20%, mesmo fazendo incidir o § 4º do art. 20 citado, com base na apreciação equitativa do juiz.

4. O arbitramento dos honorários advocatícios em patamar irrisório é aviltante e atenta contra o exercício profissional.

5. Nessa linha é a jurisprudência do STJ:

- a jurisprudência desta Corte, entretanto, sensível a situações em que salta aos olhos a inobservância dos critérios legais para o arbitramento do valor justo, passou a

admitir a revisão em sede especial quando se tratar de honorários notoriamente ínfimos ou exagerados, o que se faz considerado cada caso em particular. Assim, saber se os honorários são irrisórios ou exorbitantes requer, necessariamente, a apreciação das peculiaridades de cada caso concreto. (AgRg no REsp n. 413310/RS, Corte Especial, unânime, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Laurita Vaz, DJ de 12.2.2007). Sucessivos: AgRg nos REsp n. 749479/SP, DJ de 18.6.2007; REsp n. 759682/RJ, DJ de 13.8.2007; AgRg na Pet n. 3371/SP, DJ de 11.6.2007).

- decisão embargada que guarda simetria com o acórdão proferido no REsp n. 494377/SP, da Corte Especial, no sentido de que é pertinente, no recurso especial, a revisão do valor dos honorários de advogado quando exorbitantes ou ínfimos (REsp n. 388597/SP, Corte Especial, unânime, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 7.8.2006);

- a Súmula n. 7 impede a revisão do valor fixado a título de honorários, quando estes não se apresentem excessivos ou irrisórios (AgRg na Pet n. 4408/SP, Corte Especial, unânime, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 12.6.2006);

- a verba de patrocínio estabelecida com base no artigo 20, § 4º, do CPC, quando irrisória ou exorbitante, como neste caso, não implica reexame do quadro fático. É pertinente no recurso especial a revisão do valor dos honorários de advogado quando exorbitantes ou ínfimos (REsp n. 494377/SP, Corte Especial, unânime, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 1.7.2005);

- o arbitramento dos honorários de advogado só pode ser revisto no âmbito do recurso especial quando irrisórios ou abusivos; se esse é o teor do acórdão indicado como paradigma, ele não discrepa do acórdão embargado, que versou o tema sem reconhecer os extremos da insignificância e da exorbitância da verba honorária. (AgRg na Pet n. 3554/SP, Corte Especial, unânime, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 16.5.2005);

- Honorários advocatícios. Art. 20, § 4º, do CPC. Valor irrisório. Recurso provido para majorar a verba honorária (REsp n. 750170/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 13.3.2006);

A orientação prevalente no âmbito da 1ª Seção firmou-se no sentido da desnecessidade de observância dos limites percentuais de 10% e 20% postos no § 3º do art. 20 do CPC, quando a condenação em honorários ocorra em uma das hipóteses do § 4º do mesmo dispositivo, tendo em vista que a remissão aos parâmetros a serem considerados na apreciação equitativa do juiz refere-se às alíneas do § 3º, e não ao seu *caput*. Considera-se ainda que tais circunstâncias, de natureza fática, são insuscetíveis de reexame na via do recurso especial, por força do entendimento consolidado na Súmula 7/STJ, exceto nas hipóteses em que exorbitante ou irrisório o *quantum* fixado pelas instâncias ordinárias. No caso concreto, os honorários foram fixados em R\$ 100,00 (cem reais), valor, a toda evidência, irrisório. Verba honorária majorada para R\$ 1.000,00 (mil reais). (REsp n. 660922/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 29.8.2005); 6. No mesmo sentido os seguintes precedentes, dentre tantos: AgRg no AgRg no REsp n. 671154/RS, REsp n. 675173/SC, AgRg no REsp n. 551429/CE; REsp n. 611392/PE, todos da relatoria do eminente Min. Teori Albino Zavascki; AgReg no Ag n. 415479/MG, deste Relator; AgRg no REsp n. 396478/SC, desta relatoria; REsp n. 329498/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar; ED no REsp n. 323509/DF, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior; REsp n. 233647/DF, Rel. Min. Milton Luiz Pereira; REsp n. 295678/BA, Rel. Min. Milton Luiz Pereira; REsp n. 279019/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; REsp n. 257202/DF, Rel. Min. Castro Filho.

7. Fixação do percentual de 10% (dez por cento) de verba honorária advocatícia, sobre o valor da causa (já que não houve condenação), devidamente atualizado quando do seu efetivo pagamento. Precedentes de todas as Turmas desta Corte Superior.

8. A questão não envolve apreciação de matéria de fato, a ensejar o emprego da Súmula n. 7/STJ. Trata-se de pura e simples aplicação da jurisprudência pacificada e da legislação federal aplicável à espécie (art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC).

9. Agravo regimental não-provido.

**26.**

### **Prequestionamento**

Com relação ao prequestionamento requerido pelo apelante em seu recurso, não vislumbro necessidade de manifestação expressa, pois toda a matéria foi examinada em vista de suas alegações.

Ademais, conforme entende o STJ, o órgão julgador não é obrigado a se manifestar sobre todos os pontos alegados pelas partes, mas somente sobre aqueles que entender necessários para o julgamento do feito, de acordo com seu livre convencimento fundamentado<sup>23</sup>.

**V.**

### **DISPOSITIVO**

Diante de tais considerações, conheço dos recursos da Simasul Siderurgia Ltda. e Imasul – Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul –, e lhes dou parcial provimento, tão somente para reduzir o valor da condenação da verba correspondente aos danos morais, para o valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais) a cada um dos autores, monetariamente corrigíveis a partir da data da sentença, pela variação do IGPM-FGV, e juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, contados da citação, até a data do efetivo pagamento, mantendo a sentença, outrossim, quanto às demais verbas de sucumbência.

Outrossim, não conheço do recurso adesivo do Estado de Mato Grosso do Sul.

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM AS PRELIMINARES E NÃO CONHECERAM DO RECURSO DO ESTADO DE MS. A CONCLUSÃO DE JULGAMENTO FOI ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO REVISOR (DES. PASCHOAL CARMELLO LEANDRO), APÓS O RELATOR DAR PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS DA SIMASUL E IMASUL. O VOGAL AGUARDA.

VOTO (EM 21.6.2011)

O Sr. Des. Paschoal Carmelo Leandro (Revisor)

Inicialmente, esclareço que, em virtude de o excelentíssimo relator ter dado parcial provimento aos recursos de apelação interpostos por Simasul Siderurgia Ltda. e Instituto do Meio Ambiente do Estado de Mato Grosso do Sul – Imasul –, formulei pedido de vista para apreciar melhor a matéria atinente ao *quantum* indenizatório.

Verifica-se dos autos, na parte que interessa, que a magistrada de primeiro grau julgou parcialmente procedente a pretensão deduzida na petição inicial, condenando os recorrentes acima mencionados, solidariamente, ao pagamento de indenização no valor de 40 (quarenta) salários-mínimos, vigentes na data da sentença, para cada um dos 6 (seis) autores, a título de danos morais.

Verifica-se, ainda, que tais danos morais são decorrentes de poluição ambiental perpetrada pela apelante Simasul Siderurgia Ltda., consubstanciada na produção de ruídos em patamares superiores ao tolerável e no lançamento ao ar de pó de carvão, que atingiu a residência dos demandantes por um período de aproximadamente 2 (dois) anos, adentrando ao forro e ao interior da casa, sujando o piso, os móveis,

<sup>23</sup> STJ, AgRg no REsp n. 1019053/MG, Terceira Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 17.4.2008, DJ de 13.6.2008.

as roupas estendidas no varal e provocando irritação no olhos dos requerentes, de modo que o apelante Instituto do Meio Ambiente do Estado de Mato Grosso do Sul – Imasul – foi responsabilizado na decisão ora recorrida em razão de ter sido omissivo ao deixar de cumprir como o seu dever de fiscalização, permitindo a continuidade da atividade da primeira recorrente por todo o aludido período – 2 (dois) anos –, malgrado os pareceres técnicos informando-lhe acerca de diversas irregularidades no funcionamento da empresa e dos danos ocasionados aos moradores vizinhos ao empreendimento.

O eminente relator, Desembargador Dorival Renato Pavan, proveu em parte os apelos dos réus Simasul Siderurgia Ltda. e Instituto do Meio Ambiente do Estado de Mato Grosso do Sul – Imasul –, tão somente para reduzir o valor da condenação da verba referente aos danos morais, para a importância de R\$ 3.000,00 (três mil reais), para cada um dos requerentes.

Tecidas essas considerações, hei por bem acompanhar o nobre relator pelos motivos que passo a expor.

Como é sabido, não há no ordenamento jurídico parâmetros legais rígidos para o arbitramento a título de indenização por danos morais, sendo uma questão subjetiva que deve apenas obedecer a alguns critérios estabelecidos pela doutrina e pela jurisprudência, devendo constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante em cometer futuros atentados.

*In casu*, observando os precedentes judiciais e examinando as peculiaridades do caso em tela, com a atenção voltada ao caráter pedagógico da medida e à capacidade econômica das partes, em especial, o da empresa Simasul Siderurgia Ltda., entendo que a indenização a título de danos morais arbitrada pela julgadora *a quo* se mostra exagerada, podendo expor a perigo a continuidade da empresa apelante, tornando-a inviável, já que há outras demandas com a mesma causa de pedir e pedido da presente ação tramitando perante o Poder Judiciário deste Estado, deve, assim, ser reduzida para a quantia fixada pelo nobre relator – R\$ 3.000,00 (três mil reais) –, para cada um dos autores, valor este que é suficiente para compensar o sofrimento deles.

Além disso, vale lembrar que os recorrentes Simasul Siderurgia Ltda. e Instituto do Meio Ambiente do Estado de Mato Grosso do Sul – IMASUL – foram condenados solidariamente ao pagamento da indenização por danos morais em favor dos autores, sendo certo que, por se tratar de obrigação solidária, cada um deles (dos apelantes) é responsável por todo o valor imposto na presente decisão, como se fosse o único devedor, caso assim for exigido dos demandantes na fase de liquidação de sentença.

Porém, caso apenas um dos recorrentes venha a satisfazer por inteiro a obrigação determinada no decisório ora recorrido, ele poderá exigir do outro a sua quota, vale dizer, 50% (cinquenta por cento) do valor da condenação.

Em suma, levando em consideração que nas obrigações solidárias o valor da dívida é dividido igualmente para cada um dos coobrigados, o resultado prático é que, na relação jurídica entre os apelantes, cada um deles sofrerá uma diminuição em seu patrimônio no montante de R\$ 9.000,00 (nove mil reais), já que o total da condenação por danos morais atinge a quantia de R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais), o que reforça a conclusão deste revisor no sentido de que o *quantum* indenizatório arbitrado pelo eminente relator não colocará em risco a continuidade da empresa siderúrgica.

Destarte, acompanho o nobre relator, a fim de dar parcial provimento aos apelos apresentados por Simasul Siderurgia Ltda. e Instituto do Meio Ambiente do Estado de Mato Grosso do Sul – Imasul –, reduzindo a quantia correspondente aos danos morais para o valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais) para cada um dos requerentes.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Vogal)

De acordo com o relator.

**DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM AS PRELIMINARES E NÃO CONHECERAM DO RECURSO DO ESTADO DE MS. NO MÉRITO, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS DA SIMASUL E IMASUL, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. DECISÃO CONTRA O PARECER.

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

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

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

Campo Grande, 21 de junho de 2011.

\*\*\*

**Terceira Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2010.026406-9 - Campo Grande**  
**Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – ACIDENTE DE TRÂNSITO EM RODOVIA – AÇÃO REGRESSIVA DE RESSARCIMENTO – CULPA CONCORRENTE DOS CONDUTORES – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Restando comprovado que o acidente ocorreu por culpa de ambos os motoristas que de forma imprudente contribuíram para a sua ocorrência, correta a sentença ao distribuir a responsabilidade pelos danos aos condutores.

### **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 maio de 2011.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

### **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível interposta por Antonio Silvano de Barros, contra sentença proferida pelo Juízo da 15ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande nos autos da Ação Reparação de Danos por Acidente de Veículos movida por Itáu Seguros S/A.

Sustenta que o apelado não guardou distância mínima segura para evitar a colisão no veículo do apelante, desrespeitando o artigo 29 do CTB, visto que tentou ultrapassar mesmo com o apelante junto à linha que divide as duas pistas, com a luz da seta e alerta ligados e fazendo sinal com o braço que iria adentrar no pátio da borracharia que se encontrava logo adiante.

Alega que o artigo 38 do CTB regula a conduta do motorista do veículo a ser ultrapassado e o artigo 29, também do CTB, regula a conduta do motorista do veículo que vai ultrapassar, sendo que os demais artigos regulam subsidiariamente as condutas a serem observadas pelos motoristas.

Informa que, embora seja indiscutível a clareza do art. 37 do CTB, o magistrado desconsiderou em sua sentença as condições do acostamento no local do acidente, de modo que, diante da inexistência de acostamento em condições de estacionar, é permitido posicionar-se no centro da pista.

Afirma que a jurisprudência é pacífica no sentido que se presume culpado aquele que colide na traseira, cabendo a este o ônus probatório.

Requer o provimento do recurso, a fim de que a ação seja julgada improcedente.

O recurso foi recebido com efeitos suspensivo e devolutivo (f. 328).

Contrarrazões às f. 331-4, pugnando pelo improvimento da apelação.

## VOTO

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

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível interposta por Antonio Silvano de Barros, contra sentença proferida pelo Juízo da 15ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande nos autos da Ação Reparação de Danos Por Acidente de Veículos movida por Itaú Seguros S/A.

Necessária se faz um epítome dos fatos para melhor situar meu posicionamento.

Itaú Seguros S/A, ora apelado, ajuizou ação regressiva de ressarcimento contra Antonio Silvano de Barros, ora apelante, pretendendo que este fosse condenado a lhe pagar R\$ 23.103,02, correspondentes à indenização que a seguradora pagou a Rosa de Lourdes Prolo Pedrini, proprietária do Honda Civic, para reparação dos danos em seu veículo, decorrentes da colisão com o veículo Toyota Hilux, conduzido pelo apelante, na data de 16.2.2004, na Rodovia BR 267, altura do KM 213,9, em Nova Alvorada do Sul-MS.

Restou incontroverso nos autos que, naquela data, ambos os veículos vinham transitando pela Rodovia, na faixa da direita, sendo que o veículo Toyota estava na frente do Honda Civic, quando o condutor do Toyota avistou uma borracharia do outro lado da pista, ligou a seta e iniciou conversão à esquerda, colidindo com o Honda Civic que tentava ultrapassá-lo.

O magistrado singular entendeu que o acidente ocorreu por culpa de ambos os motoristas e sentenciou julgando parcialmente procedente a demanda, condenando o réu, condutor do veículo Toyota, ao pagamento de 70% dos prejuízos arcados pela seguradora.

Pois bem. O art. 37 do CTB prevê que: *“Nas vias providas de acostamento, a conversão à esquerda e a operação de retorno deverão ser feitas nos locais apropriados e, onde estes não existirem, o condutor deverá aguardar no acostamento, à direita, para cruzar a pista com segurança.”*

Da simples leitura do referido artigo, observa-se que o condutor do Veículo Toyota deveria ter aguardado no acostamento, do lado direito da pista, o que não o fez, conforme relatado no croqui de f. 70: *“Foi verificada uma colisão transversal de V2 em V1 seguida de saída de pista e capotamento de V1, devido o condutor de V1 não parar o veículo no acostamento a sua direita para aguardar o momento de entrar a esquerda”*.

Assim, é de se observar que a conversão foi realizada de forma imprudente e incorreta.

No que se refere às alegações de que o acostamento do lado direito não estava em condições de ser usado, tenho que o apelante não se desincumbiu do ônus de comprovar tal fato, visto que as fotos tiradas posteriormente ao acidente e juntadas aos autos às f. 106-7 não mostram o lado direito do acostamento, mas somente o lado esquerdo, que estava em condições para uso.

Por outro lado, o condutor do Honda Civic infringiu o artigo 29, II e IX, do CTB, que imputa ao condutor do veículo o dever de cuidado e atenção na ultrapassagem, senão vejamos:

Art. 29. O trânsito de veículos nas vias terrestres abertas à circulação obedecerá às seguintes normas:

II - o condutor deverá guardar distância de segurança lateral e frontal entre o seu e os demais veículos, bem como em relação ao bordo da pista, considerando-se, no momento, a velocidade e as condições do local, da circulação, do veículo e as condições climáticas;

[...]

IX - a ultrapassagem de outro veículo em movimento deverá ser feita pela esquerda, obedecida a sinalização regulamentar e as demais normas estabelecidas neste Código, exceto quando o veículo a ser ultrapassado estiver sinalizando o propósito de entrar à esquerda; [...]

Deste modo, verifico que o condutor do Honda Civic não guardou distância adequada do veículo do apelante, bem como não dirigiu com a necessária atenção, visto que não viu que o veículo Toyota estava com o sinal luminoso ligado, indicando que faria a conversão à esquerda.

Assim, restando comprovado que o acidente ocorreu por culpa de ambos os motoristas, correta a sentença ao declarar a culpa concorrente dos condutores dos veículos envolvidos no acidente, partilhando a reparação na proporção de 70% para o réu e 30% para a segurada.

*Ex positis*, 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. 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 maio de 2011.

\*\*\*

**Terceira Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2010.034877-4 - Campo Grande**  
**Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ABORDAGEM EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL – SUSPEITA DE FURTO – DANO MORAL – INOCORRÊNCIA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – RELATIVIZAÇÃO – DECISÃO MANTIDA – NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

1. Caso de pedido de indenização por abordagem e revista em razão de suspeita de furto em estabelecimento comercial. Incidência do CDC por considerar consumidor por equiparação.

2. Relatividade da inversão do ônus probatório, *in casu*, inexistente provas acerca da forma vexatória ou abusiva que teria sido realizada a abordagem/revista.

3. Não comprovada a abordagem/revista vexatória, apenas abordagem a fim de averiguar ocorrência de furto de mercadoria, não traduz ofensa a direito de personalidade, este sim passível de indenização.

## ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 31 de maio de 2011.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível contra decisão proferida pelo Juízo da 8ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que julgou improcedente o pedido formulado nos autos da ação de Indenização n. 001090537026.

Alega a apelante, em síntese, que ajuizou ação de reparação de danos morais em decorrência da abordagem indevida que sofreu pelos funcionários do estabelecimento comercial da apelada, ocasião em que afirmaram ter furtado peças de roupas, ocultando-as debaixo da camisa que trajava.

Aduz que a decisão foi equivocada, pois, sendo a relação jurídica que envolve as partes de consumo e presentes um dos requisitos para inversão do ônus da prova em desfavor da empresa, o juiz deveria determinar que a empresa comprovasse que a revista foi necessária e que não foi abusiva, o que não restou demonstrado.

Ao final, conclui pela condenação da apelada ao pagamento dos danos morais, por não haver se desincumbido do ônus de provar que a abordagem se justificava e que foi feita de forma correta.

Alternativamente, requer que seja anulada a sentença, com a remessa dos autos à instância de origem, determinando-se que o juiz inverta o ônus da prova em seu favor, para que a empresa apelada comprove que suas alegações não procedem, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC.

O recurso foi recebido em seu duplo efeito à f. 98.

Contrarrazões às f. 103-8, pugnando pelo improvimento do recurso.

Vieram-me conclusos.

## VOTO

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

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível contra decisão proferida pelo Juízo da 8ª Vara Cível, da Comarca de Campo Grande que julgou improcedente o pedido formulado nos autos da ação de Indenização n. 001090537026.

A decisão investivada restou fundamentada nos seguintes termos:

[...]

O julgamento do processo na fase em que se encontra se justifica pelo desinteresse das partes na produção de outras provas.

Passa-se ao exame do mérito.

O artigo 186 do Código Civil dispõe 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”, enquanto o artigo 927 do referido diploma legal prevê que “aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo.

São elementos essenciais da responsabilidade civil: a ação ou a omissão, a culpa ou o dolo do agente, a relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima.

No que se refere à relação de causalidade, é preciso que exista um nexos causal entre o fato ilícito e o dano por ele produzido, sem o qual não se admite a obrigação de indenizar.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, “*O dano só pode gerar responsabilidade quando seja possível estabelecer um nexos causal entre ele e o seu autor, ou, como diz Savatier, ‘um dano só produz responsabilidade, quando ele tem por causa uma falta cometida ou um risco legalmente sancionado’.*” (in **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 520)

A requerente pretende que a requerida seja condenada a indenizá-la por danos morais em razão da alegação de que foi abordada e revistada de forma desrespeitosa por funcionários da requerida pela suspeita de furto.

A requerida se opõe à pretensão da requerente e sustenta que a abordagem foi feita de maneira discreta e que somente se deu em razão da conduta suspeita dela.

Pois bem. É fato incontroverso a abordagem da requerente feita por funcionários da requerida que suspeitavam da existência de furto de mercadorias.

O ponto controvertido se refere à forma com que tal abordagem foi feita e ao tratamento dispensado à requerente logo após a abordagem pelos funcionários da requerida.

Para que haja a responsabilização civil e o conseqüente dever de indenizar em hipóteses semelhantes ao caso em exame, necessária se faz a comprovação de que a abordagem e a revista por funcionários do estabelecimento comercial tenham sido feitas de forma inadequada. Colha-se, a propósito, o seguinte precedente do Tribunal de Justiça deste Estado:

APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - EMPRESA  
- FUNCIONÁRIA - SUSPEITA DE FURTO - REVISTA ADEQUADA - EXERCÍCIO  
REGULAR DE DIREITO - RECURSO IMPROVIDO.

A empresa que realiza a revista de modo proporcional, razoável e adequado, exerce regular direito de vigilância sobre seu patrimônio, e não dá ensejo a dano moral indenizável. (TJMS, AC n 2008.013560-6, Segunda Turma Cível, Rel. Luiz Carlos Santini, julgado em 24.6.2008).

Examinando-se os autos, verifica-se que a requerente não se desincumbiu de trazer para os autos prova inequívoca de que as condutas praticadas pelos funcionários da requerida foram inadequadas, imoderadas ou desproporcionais, limitando-se a instruir a inicial com boletim de ocorrência no qual consta apenas o seu relato e de uma testemunha sem que nem sequer tenham sido ouvidos os demais envolvidos nos fatos.

Não se pode olvidar que o artigo 333, I, do Código de Processo Civil estabelece que constitui ônus do autor a prova constitutiva de seu direito, do qual não se desincumbiu.

Destarte, em razão dos argumentos expostos, julgo improcedente o pedido formulado na inicial. A requerente arcará com as custas processuais e os honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 2.000,00, em atenção ao que dispõe o artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, especialmente considerando a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, restando suspensa a condenação na forma prevista no artigo 12 da Lei n. 1.060, de 5.2.1950, pois é beneficiária da assistência judiciária. Conflito dirimido com resolução de mérito com fundamento no artigo 269, I, do Código de Processo Civil.

Cuida-se de ação indenizatória decorrente de abordagem/revista realizada de forma – supostamente – vexatória e humilhante dentro do estabelecimento comercial demandado.

Inicialmente, cumpre fazermos algumas digressões a respeito da aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso concreto, bem como da relativização da inversão do ônus probatório.

Com a devida vênia, entendo que o caso ora discutido está ao abrigo da Lei n. 8.078/90, visto que podemos qualificar a autora-apelante como consumidora por equiparação, a teor dos artigos 29, 17 e parágrafo único do artigo 2º do referido diploma.

Nesse ínterim, podemos qualificar o consumidor equiparado, sucintamente, como aquele que intervém, ainda que de maneira indeterminável, na relação de consumo ou, ainda, aquela pessoa vítima de algum acidente decorrente do fato de produto ou serviço.

É o caso dos autos, no qual a recorrente fora vítima de abordagem – ainda que não analisada sua pertinência – quando estava dentro do estabelecimento comercial demandado, ou seja, enquanto este prestava seus serviços.

Sobre o tema, leciona Cavalieri:

[...] a legislação consumerista também é aplicável a terceiros que não são consumidores, em sentido jurídico, mas que foram **equiparados** a consumidores para efeitos de tutela legal por força das disposições contidas no parágrafo único do artigo 2º, e nos artigos 17 e 29. Tais disposições funcionam como verdadeiras **normas de extensão** do campo de incidência originário do Código de Defesa do Consumidor, na medida em que colocaram sob o manto protetivo deste os sujeitos nelas descritos. Assim, estão igualmente amparados todos aqueles que, muito embora não se amoldem ao conceito jurídico de consumidor padrão, estão expostos aos efeitos decorrentes das atividades dos fornecedores no mercado, podendo ser por elas atingidos ou prejudicados. Importante realçar que, em casos tais, não fez a lei qualquer ressalva quanto ao fato da profissionalidade ou não desses terceiros equiparados a consumidores. Os critérios são, a nosso sentir, estritamente objetivos e, novamente, o **traço marcante** continua a ser a **vulnerabilidade**, em todos os seus múltiplos aspectos. [...]. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 58-9).

Evidente a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, portanto.

Relativamente à inversão do ônus probatório, é cediço que a inversão do ônus da prova não tem aplicação automática em decorrência da relação existente entre as partes ser de consumo. Tal instituto visa a ofertar ao consumidor possibilidade de produzir provas, as quais não detêm conhecimento técnico suficiente, a fim de não obstar o seu acesso à Justiça.

Tornar automatizada tal ferramenta significaria repassar o ônus da prova, em sua totalidade, aos fornecedores, contudo, o legislador, ao criá-lo, assim não o fez, pois a intenção final não é isentar o consumidor de provas, tão pouco onerar excessivamente os fornecedores.

Acerca do assunto, ensina Luiz Antônio Rizzatto Nunes:

O significado de hipossuficiência do texto do preceito normativo do CDC não é econômico. É técnico.

A vulnerabilidade, como vimos, é o conceito que afirma a fragilidade econômica do consumidor e também técnica. Mas hipossuficiência, para fins da possibilidade de inversão do ônus da prova, tem sentido de desconhecimento técnico e informativo do produto e do serviço, de suas propriedades, de seu funcionamento vital e/ou intrínseco, dos modos especiais de controle, dos aspectos que podem ter gerado o acidente de consumo e o dano, das características do vício, etc.

Por isso, o reconhecimento da hipossuficiência não pode ser visto como forma de proteção ao mais “pobre”. Ou, em outras palavras, não é por ser pobre que deve ser beneficiado com a inversão do ônus da prova, até porque a questão da produção da prova é processual, e a condição econômica do consumidor diz respeito ao direito material. (in **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 123).

Em verdade, entendo que a inversão do ônus da prova não pode ser aplicada indiscriminadamente, apenas pelo fato da relação, que envolve as partes, ter natureza consumerista, visto que ele não foi criado pelo legislador para liberar e isentar o consumidor da prova dos fatos que alega, pois, se nesse sentido fosse, bastariam alegações sem contexto probatório, o qual, insanamente, seria totalmente transferido para o fornecedor do produto ou serviço.

O que o legislador pretendeu, ao criar o referido instituto, foi viabilizar ao consumidor a produção de provas que estão fora de seu alcance ou que dependam de conhecimento técnico, o qual não dispõe.

Esse, efetivamente, não é o caso em exame, na medida em que cabia à parte autora comprovar o fato através de testemunhas que supostamente presenciaram os alegados constrangimentos.

Cabe ressaltar, ainda, que a determinação da inversão do ônus probatório não isenta a parte autora da apresentação de um mínimo contexto probatório.

No caso em tela, inexistente hipossuficiência da autora que autorize a inversão do ônus da prova, porquanto ela fundamenta seu dano moral no constrangimento sofrido diante do fato ocorrido dentro do estabelecimento comercial de grande movimento.

Desta forma, evidenciado o caráter relativo da aplicação do instituto da inversão probatória, entendo que a apelante não comprovou a ocorrência dos fatos conforme narrado na peça exordial, sendo correta a manifestação do juízo monocrático, portanto.

Sobre as circunstâncias fáticas, entendo que a sentença recorrida deu a melhor solução ao debate, pois evidente a inexistência de provas no sentido de ter sido vexatória e/ou abusiva a abordagem realizada pelos funcionários do local.

Desta forma, não vislumbro a ocorrência de qualquer atitude que possa ter causado algum abalo moral ou sentimento de pesar no íntimo da autora-apelante. Certo que ocorrência de dano psíquico deve ser atingida a honra ou os direitos fundamentais do indivíduo, por fato que fuja à normalidade, o que não se verifica no caso concreto.

Desta forma, inexistindo dano, bem como agir ilícito, descaracterizado está o instituto da responsabilidade civil, sendo o juízo de improcedência à medida que se impõe.

Feitas estas considerações, nego provimento ao apelo intentado por Alice Ramona Balbuena, mantendo inalterada a decisão atacada.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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 maio de 2011.

\*\*\*

**Terceira Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2011.004845-1 - Iguatemi**  
**Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – REGIME JURÍDICO ESTATUTÁRIO – CONTRATO TEMPORÁRIO – DISPENSA ANTECIPADA – MOTIVAÇÃO NÃO CARACTERIZADA – PAGAMENTO DEVIDO – RECURSO IMPROVIDO.

A dispensa do servidor detentor de função pública não estável deve ocorrer por ato motivado, o que não aconteceu no caso em tela sendo, portanto, devido o pagamento pleiteado.

### **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 maio de 2011.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

### **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível contra decisão proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Iguatemi que julgou parcialmente procedente a ação nos autos de Cobrança n. 035080012315.

Alega o apelante, em síntese, que:

1. Foi firmado contrato temporário entre o Município de Tacuru e a autora-apelada, para exercício das funções de enfermeira padrão no Polo Base da Funasa.

2. A apelada pertenceu a uma categoria especial, os temporários, previstas no art. 37, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, na qual exerceu função específica e se submeteu as regras estabelecidas no Contrato celebrado com o ente público, visto que a natureza da relação jurídica funcional entre as partes foi meramente contratual.

3. A notificação da rescisão contratual foi realizada no dia 26 de maio de 2008, momento em que a apelada tomou ciência do ato. Antes a apelada acompanhou a instauração do procedimento administrativo, sendo-lhe concedido o contraditório e ampla defesa diante dos fatos apresentados pelo chefe do polo da Funasa, quando coloca à disposição da Administração Contratante a contratada por não cumprir suas funções de forma satisfatória com o devido zelo e dedicação.

4. Em 28 de maio de 2008, foi realizado o Termo de Rescisão Contratual, devidamente assinado pela apelada, com recebimento de todas as verbas rescisórias de direito no valor de R\$ 6.681,85.

Ao final, afirma que não houve rescisão imotivada que pudesse ensejar o pagamento de indenização, salários de junho a novembro/2008, férias e décimo terceiro, como pleiteado. Concluindo pelo provimento da apelação.

O recurso foi recebido em seu duplo efeito à f. 128.

Contrarrazões às f. 133-6, pugnando pela negativa de provimento do recurso.

## VOTO

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

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível contra decisão proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Iguatemi que julgou parcialmente procedente a ação nos autos de Cobrança n. 035080012315.

Note-se que a regra matriz para acessibilidade aos cargos da Administração Pública é a realização de concurso público. Excepcionalmente, contudo, a Constituição admite exceções, como ocorre com os cargos em comissão e a contratação temporária de excepcional interesse público.

A sentença vergastada restou fundamentada nos seguintes termos:

[...]

Diz a autora que os princípios do contraditório e ampla defesa não foram respeitados no processo administrativo.

Manuseando detidamente estes autos, mais precisamente as cópias do processo administrativo de f. 36-63, infere-se que a rescisão do contrato temporário de trabalho da autora se deu em razão dela, segundo o memorando de f. 36, não ter cumprido seu dever funcional e ter faltado ao serviço sem causa justificada.

No que tange às faltas (dias 7, 8 e 31 de dezembro de 2007 e dias 20 e 24 de março de 2008), que segundo o relatório de f. 58-59 lavrado pelo Sr. Gilmar Rodrigues, responsável pelo Pólo Base de Tacuru (f. 58-59), não foram justificadas pela autora, deve ser dito que não restaram comprovadas, pois sequer foi juntada folha de ponto comprovando as faltas dos dias 7, 8 e 31 de dezembro de 2007. As folhas de ponto juntadas aos autos dizem respeito somente ao ano de 2008.

Quanto às faltas dos dias 20 e 24 de março de 2008, frise-se que foi juntada folha de ponto respectiva, contudo, a mesma encontra-se rasurada, isto é, riscada com caneta (f. 51), ficando impossibilitado, portanto, de saber ao certo se a autora faltou mesmo no dia 20 de março de 2008 ou se chegou mesmo atrasada ao serviço no dia 24 de março de 2008. Nisso reside a ilegalidade do ato administrativo. Documento rasurado e ausência de documento, para os fins a que se destina nestes autos, não se diferenciam.

Quanto à alegação do Sr. Gilmar Rodrigues no sentido de que a autora não cumpria com seu dever no trabalho, importante salientar que no processo administrativo nada foi comprovado em tal sentido. Nenhuma prova foi produzida que demonstrasse isso. Não passam de alegação do próprio Gilmar Rodrigues.

De mais a mais, a autora demonstrou cabalmente que em alguns dias do mês de março de 2008, foi impedida pelo chefe do Pólo Base de Tacuru, Sr. Gilmar Rodrigues,

de desenvolver seu trabalho na Aldeia Jaguapiré, eis que Gilmar tinha incumbido outras pessoas para isso, e, além disso, faltava combustível para os veículos, relato este confirmado administrativamente por duas testemunhas (f. 75-76).

E, por fim, cabe registrar que mesmo tendo sido a autora notificada para responder administrativamente o memorando n. 81 (f. 37), e ela o respondeu (f. 38-46), não lhe oportunizaram a produção de provas, como, por exemplo, arrolar testemunhas para efeito de se defender do que contra si foi alegado, malferindo, assim, a ampla defesa.

Sobreleva notar, que a extinção do contrato por insuficiência de desempenho possui caráter sancionador, formulando-se contra a servidora uma acusação que poderá implicar em perda de direitos. Esses elementos de acusação e extinção de direitos tornam imprescindível a formação de procedimento administrativo onde seja assegurada a ampla defesa e o contraditório para a validade da decisão de conteúdo disciplinar.

Os mencionados direitos fundamentais devem ser assegurados de modo efetivo, não se esvaindo com a mera oportunidade de apresentar defesa escrita.

Em outras palavras, envolvem o direito a ser comunicado da abertura do procedimento, conhecendo a acusação com todos os seus elementos específicos; de participar da instrução, inclusive inquirindo testemunhas e formulando quesitos aos peritos, se for o caso; de ser comunicado dos atos para acompanhar todo o tramite; de pugnar pela produção de provas, tendo atendidos seus requerimentos sempre que relevantes para o esclarecimento dos fatos; de ser defendido por profissional que detenha capacidade técnica, de ter acesso aos documentos do processo e, ao final, de ter suas razões efetivamente conhecidas, por meio de decisão motivada de forma lógica e coerente.

O conteúdo do preceito constitucional não consiste em impor a observância de determinadas formalidades, possuindo significado material, que somente se encontra atendido quando existir defesa e participação real do acusado, da forma mais ampla possível, com todos os meios e recursos inerentes, como versado na norma. Cuida-se de direitos fundamentais e, por essa qualidade, merecem interpretação ampliativa, não admitindo restrições infundadas.

A autora, é importante que se registre, não possui garantia de estabilidade, porém, embasando-se sua dispensa na insuficiência de desempenho deve ser assegurado o devido processo legal, com o contraditório e a ampla defesa, sob pena de nulidade. Essas prerrogativas são aplicáveis a todo processo administrativo em que houve conflito de interesses, merecendo especial atenção quando é formulada acusação contra o agente público, ou qualquer administrado.

[...]

Frente a tal painel, considerando que o réu não comprovou no processo administrativo, nem aqui nas vias judiciais, qualquer falta injustificada cometida pela autora, que não permitiu à autora a ampla defesa, como arrolar testemunhas no processo administrativo, e que a autora, através de relato assinado por duas testemunhas, comprovou que ficou impedida por ato de Gilmar Rodrigues de se deslocar à Aldeia Jaguapiré, estou convencido de que o pedido inicial da autora merece guarida, mas devendo ser descontado do valor pleiteado (R\$ 20.931,64) o que já recebeu administrativamente (R\$ 6.681,85, f. 12).

Diante disso, não vislumbro outra senda a trilhar senão aquela da procedência parcial do pedido inicial, para o fim de condenar o réu a pagar à autora a importância de R\$ 14.249,79.

[...]

Note-se que, ante a conveniência administrativa, existe a possibilidade de dispensa do servidor detentor de função pública não estável, porém tal deve ocorrer por ato motivado, o que não aconteceu no caso em tela, considerando que não se configurou a falta da apelada, consoante restou fundamentado na sentença retro transcrita.

Com base nas informações trazidas aos autos, constata-se que a Administração procedeu à dispensa da autora-apelada em virtude de ausências injustificadas ao trabalho. No entanto, tal afirmativa não restou cabalmente demonstrada, prejudicando, assim, a necessária motivação do ato.

Nesse sentido, precedente do Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA - ADMINISTRATIVO. SERVIDORES CELETISTAS. CONVERSÃO DO EMPREGO EM FUNÇÃO PÚBLICA. ESTABILIDADE. NÃO EXISTÊNCIA. DISPENSA. ATO MOTIVADO. PRÉVIO PROCESSO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE. LEI ESTADUAL N. 10.254/90. DECRETO N. 31.930/90.

1. A legislação correlata estabeleceu apenas que o ato de dispensa desses servidores celetistas, condicionado a oportunidade e conveniência, avaliadas exclusivamente pela administração pública, fosse devidamente motivado, prescindindo, assim da instauração de processo administrativo.

2. A análise de eventual direito dos recorrentes à indenização, refoge ao Mandado de Segurança.

3. Recurso não provido. (ROrd em MS n. 8663/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, julgado em 20.5.1999, DJ de 21.6.1999, p. 176).

Diante disso, conheço do recurso e nego-lhe provimento, mantendo a condenação do Município apelante em relação à autora 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. 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 maio de 2011.

\*\*\*

**Segunda Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2003.012621-0 - Aparecida do Taboado**  
**Relator Des. Hildebrando Coelho Neto**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – PENSÃO CONFERIDA À VIÚVA DE EX-VEREADOR COM BASE EM ARTIGO DE LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO POSTERIORMENTE DECLARADO INCONSTITUCIONAL – ATO EMANADO DE LEI INCONSTITUCIONAL NÃO GERA DIREITO ADQUIRIDO – PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE – RECURSO PROVIDO.

A sentença que declara inconstitucional uma lei tem efeitos pretéritos, atingindo-a desde o seu nascimento, razão pela qual não há falar em direito adquirido de atos dela originários.

É improcedente o pedido fundamentado exclusivamente em lei declarada inconstitucional em sede de controle difuso.

## 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, 19 de abril de 2011.

Des. Hildebrando Coelho Neto – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto

O Município de Aparecida do Taboado, inconformado com a sentença (f. 163-6) proferida nos autos da ação declaratória ajuizada por Maria Ana Honório, que declarou o direito ao recebimento da pensão mensal outorgada pela Resolução Legislativa n. 5/96, bem assim condenou o réu, ora apelante, ao pagamento das pensões devidas desde a supressão do benefício, interpõe apelação, aduzindo, em suma, que o dispositivo que concedeu o direito à apelada tem arrimo no art. 8º das Disposições Organizacionais Transitórias da Lei Orgânica do Município de Aparecida do Taboado; que a Câmara Municipal, ao observar que tal resolução contrariava o art. 183 da Constituição Estadual, revogou-o através da edição da Resolução Legislativa n. 7, de 2 de dezembro de 1997; que o dispositivo da lei orgânica permitiu a concessão do benefício à esposa do ex-vereador João Honório, falecido em 27.11.1996, época em que cumpria mandato eletivo, sem ter ele contribuído para o sistema previdenciário e sem limite de tempo de serviço; que a Constituição Estadual proíbe a instituição pelos municípios de qualquer modalidade de aposentadoria, de auxílio, de pensão ou de benefícios de natureza previdenciária a prefeitos, vice-prefeitos, vereadores e ex-vereadores, com critérios diversos aos aplicáveis aos servidores públicos do Estado; que o direito à aposentadoria dos servidores públicos deste Estado está condicionado à contribuição previdenciária. Pugna, ao final, pelo reconhecimento da inconstitucionalidade do dispositivo que concedeu o benefício à apelada.

Contrarrazões pela manutenção da sentença.

## VOTO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (Relator)

Trata-se de ação ajuizada por Maria Ana Honório em desfavor do Município de Aparecida do Taboado, objetivando a declaração do direito ao recebimento de pensão por morte de seu ex-cônjuge, em razão de ter exercido o cargo de vereança naquela urbe no interstício de 1993 a 27.11.1996, data em que ocorreu o seu falecimento.

Afirmou a autora, em sua inicial, que, poucos dias após o falecimento de seu ex-marido, a Câmara Municipal de Aparecida do Taboado, amparada no art. 8º das Disposições Transitórias da Lei Orgânica Municipal, concedeu, por meio da Resolução Legislativa n. 5/96, uma pensão mensal em seu favor no valor equivalente ao vencimento de um vereador daquele ente federativo.

No entanto, alega que, no dia 4.11.1997, o Ministério Público Estadual encaminhou à Câmara Municipal um ofício, recomendando àquela casa a revogação do citado benefício, por ser inconstitucional.

Com efeito, em 1º.12.1997, foi aprovado o projeto de Resolução n. 7/97, o que levou à revogação do benefício dantes concedido à autora. Em 30.12.2007, o Poder Legislativo local suprimiu o art. 8º das Disposições Transitórias da Lei Orgânica Municipal por meio da Emenda n. 1/97.

O juízo singular julgou procedente o pedido (f. 163-6) para declarar o direito da autora ao recebimento da pensão, condenando aquele município ao pagamento das pensões em atraso desde a data de sua supressão.

Interposto o apelo (f. 179-88), a 2ª Turma Cível deste e. Tribunal de Justiça declarou a inconstitucionalidade do art. 8º das Disposições Organizacionais Transitórias da Lei Orgânica do Município de Aparecida do Taboado (f. 236-42), o que foi mantido pela Primeira Seção Cível, quando do julgamento dos Embargos Infringentes n. 2003.012621-0/0001.00 (f. 301-8), sob o fundamento de que “*a regra da reserva de plenário é exclusiva para a declaração de inconstitucionalidade por ação, de forma a não se aplicar ao sistema difuso*”.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça deu parcial provimento ao recurso especial oposto por Maria Ana Honório para excluir a aplicação da multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC e anular o acórdão recorrido determinando que seja observado o procedimento previsto nos artigos 480 a 482 do Código de Processo Civil (f. 885-92).

Com o retorno dos autos, a 2ª Turma Cível deste Tribunal, por força do art. 97 da Constituição Federal (reserva de plenário), sobrestou o julgamento da apelação e submeteu a questão ao Órgão Especial para apreciação da constitucionalidade do ato normativo municipal (f. 908-12).

O Ministério Público Estadual opinou pela declaração incidental do cogitado art. 8º da Lei Orgânica do Município de Aparecida do Taboado (f. 920-6).

O Órgão Especial deste areópago, **por unanimidade**, julgou procedente a arguição incidental de inconstitucionalidade do cogitado artigo 8º, sob os seguintes fundamentos, vejam-se:

A procedência da arguição é medida que se impõe.

O preceito hostilizado prevê tratamento previdenciário incompatível com a Carta Magna, ao dispor que “Ao cônjuge, enquanto viver e, na ausência deste, aos filhos do (a) Prefeito (a) e do (a) Vereador (a) que falecer, ou perder as condições físicas de trabalho,

durante o exercício do mandato, é assegurada uma pensão equivalente à respectiva remuneração, fixa e variável, atualizadas em época e na forma da lei.

Conforme já pacificado pela Corte Suprema a inconstitucionalidade chapada reside na flagrante incompetência do Município para instituir sistema previdenciário em desconformidade com o modelo nacional por ser da competência privativa da União legislar sobre previdência (Ag n. 205194 AgR, Rel. Min. Sydney Sanches). No mesmo sentido, tem reiteradamente decidido a Corte Local: ADIn n. 2006.002125-3, Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves; Arguição de Inconstitucionalidade n. 67.537-8. Rel. Des. Gilberto da Silva Castro.

Posto isto, com o parecer, julgo procedente a arguição, assentando a inconstitucionalidade do art. 8º da Lei Orgânica do Município de Aparecida do Taboado, determinando, após a publicação das conclusões, a devolução dos autos ao Órgão suscitante para que decida como de direito nos autos originários de Apelo, nos termos do art. 587, § 1º do RITJ-MS. (f. 933)

Como se vê, o julgamento firmado pelo Órgão Especial vincula o julgamento do presente apelo, na medida em que foi reconhecida, por unanimidade, a inconstitucionalidade do art. 8º da Lei Orgânica do Município de Aparecida do Taboado, não cabendo à Segunda Turma Cível emitir entendimento contrário ao que já foi estabelecido pelo Órgão Especial em arguição incidental ao presente recurso.

Por outro lado, o argumento de que o direito ao recebimento à pensão incorporou definitivamente no patrimônio da autora, bem assim que é indevida a sua revogação, pois foi conferido na época em que o art. 8º da Lei Orgânica Municipal de Aparecida do Taboado encontrava-se em plena vigência, não merece prosperar. Ora, como é cediço, com suporte em lei declarada inconstitucional não se adquirem direitos, além do mais, a declaração de inconstitucionalidade retroage seus efeitos desde a promulgação da lei.

Pedro Lenza, ao tratar do tema, bem assevera que “*no momento que a sentença declara que a lei é inconstitucional (controle difuso realizado incidentalmente), produz efeitos pretéritos, atingindo a lei desde a sua edição, tornando-a nula de pleno direito. Produz, portanto, efeitos retroativos. Assim, no controle difuso, para as partes os efeitos serão: a) inter partes e b) ex tunc.*” (in **Direito Constitucional Esquematizado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, p. 227).

Nesse sentido, é a jurisprudência. Veja-se:

EMENTA: 1. SENTENÇA – NULIDADE INEXISTENTE – NÃO É NULA A SENTENÇA SUCINTAMENTE FUNDAMENTADA. 2. FUNCIONÁRIO PÚBLICO APOSENTADO – **PROVENTOS DA APOSENTADORIA EM DESACORDO COM REGRAS CONSTITUCIONAIS E DE LEI MUNICIPAL QUE COM A LEI FUNDAMENTAL CONFLITAVA – INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO, PORQUE NULOS E INEFICAZES SÃO OS ATOS EMANADOS DE UMA LEI INCONSTITUCIONAL – DA LEI NÃO CONSTITUCIONAL NÃO NASCEM DIREITOS, SENDO QUE ESTES SÓ SÃO RESGUARDADOS E RECONHECIDOS QUANDO TENHAM ORIGEM EM REGRAS LEGAIS VÁLIDAS – A LEI CONSTITUCIONAL É DOTADA DE UMA SUPERLEGALIDADE.** UNÂNIME. (ORIGINAL SEM GRIFO) (TJPR, AC n. 61223, Londrina, Oitava Vara Cível, Quinta Câmara Cível, Rel. Des. Ulisses Lopes).

EMENTA – AÇÃO RESCISÓRIA – DIREITO ADQUIRIDO – LEI INCONSTITUCIONAL – VIOLAÇÃO LITERAL DE DISPOSIÇÃO DE LEI – NÃO OCORRÊNCIA – REDISSCUSSÃO DOS FATOS – IMPOSSIBILIDADE – **ACÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.**

**A norma em que se funda o pedido foi declarada inconstitucional** e o documento, tido como novo, é antigo e não foi utilizado por desídia do interessado. **Não se adquire direito fundamentado em lei inconstitucional.**

A modalidade não é sucedâneo recursal na busca de simples rediscussão dos fatos e com a intenção de superar o não provimento de recurso interposto em instância superior.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e com o parecer, julgar improcedente a ação. (TJMS, AResc n. 2002.011630-0, Três Lagoas, Quarta Seção Cível, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva).

**AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO – PEDIDO FUNDAMENTADO EM LEI REPUTADA INCONSTITUCIONAL NA VIA INCIDENTAL – VÍCIO DE INICIATIVA DECORRENTE DE INVASÃO DO LEGISLATIVO AO REGULAR MATÉRIA DE COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL – MÁCULA VERIFICADA – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.**

Em razão do interesse que permeia o aumento das despesas públicas, de modo estrutural e orgânico, normas deste jaez estão afeitas ao Chefe do Executivo, daí o motivo de a Lei transpor para o âmbito municipal a primazia da iniciativa, em simetria da ordem emanada do art. 67 da Constituição Estadual, que por sua vez obedece ao art. 61 da Carta Magna, os quais igualmente determinam a especialidade quanto ao projeto de lei que conceda aumento de remuneração dos funcionários públicos. Daí, **comprovado que a lei hostilizada entrou em vigor com referido vício, deve ser confirmada a decisão que reconhece incidentalmente a pecha, de modo a preservar a lógica do ordenamento jurídico.**

#### 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. (TJMS, AC n. 2004.000542-3, Camapuã, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins).

Posto isso, dou provimento ao apelo para reformar a sentença de primeiro grau e julgar improcedente o pedido formulado na inicial da ação declaratória de direito adquirido c/c cobrança, extinguindo-se o processo com resolução do mérito, na forma do art. 269, I, do Código de Processo Civil, com a condenação da autora ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em R\$ 1.000,00, de acordo com o § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, os quais ficam sobrestados por força do artigo 12 da Lei n. 1.060/1950.

## 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. Hildebrando Coelho Neto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Divoncir Schreiner Maran, Horácio Vanderlei Nascimento Pithan e Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 19 de abril de 2011.

\*\*\*

**Órgão Especial**  
**Agravo Regimental em Precatório de Requisição de Pagamento**  
**n. 2004.920009-6/0001-00 - Campo Grande**  
**Relator Des. Hildebrando Coelho Neto**

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM PRECATÓRIO DE REQUISIÇÃO DE PAGAMENTO – INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS – PEDIDO DE PAGAMENTO PRIORITÁRIO–IMPOSSIBILIDADE–INTELIGENCIADO ART. 100, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – RECURSO NÃO PROVIDO.

Se o crédito oriundo de indenização cível não é decorrente de morte ou invalidez, tratando-se de simples condenação por danos materiais, não pode ser considerado como de natureza alimentar (art. 100, § 1º, da CF).

Mantém-se a decisão proferida, se não demonstrado fato novo que pudesse ensejar a modificação do entendimento externado no *decisum* investivado.

## ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 11 de maio de 2011.

Des. Hildebrando Coelho Neto – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto

Alceir Franco Borges, não se conformando com a decisão (f. 49-50) que indeferiu o pedido de pagamento prioritário do crédito, interpõe agravo regimental, sustentando, em síntese, que seu crédito é de natureza alimentar, pois decorre de sentença transitada em julgado, referente à ação de indenização fundada em responsabilidade civil, o que viabiliza o recebimento prioritário, nos termos do art. 100, § 1º, da Constituição Federal.

Requer o provimento do recurso, para que seja reconhecida a natureza alimentar do crédito.

## VOTO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (Relator)

Trata-se de agravo regimental interposto por Alceir Franco Borges contra o *decisum* que indeferiu o pedido de pagamento prioritário do crédito, por ausência de natureza alimentar.

A decisão objugada está vazada nos seguintes termos:

Requisitou-se do Estado de Mato Grosso do Sul, em 6 de dezembro de 2004, a importância de R\$ 13.926,53 (treze mil, novecentos e vinte e seis reais e cinquenta e três centavos) de natureza não alimentar, para pagamento até 31 de dezembro de 2004.

Em 9 de dezembro de 2009, foi publicada a Emenda Constitucional n. 62/2009, que alterou o artigo 100, da CF e acrescentou o artigo 97 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Referida Emenda concedeu aos idosos e aos portadores de doença grave, a possibilidade de receber o crédito prioritariamente. Confira-se:

Artigo 100:

[...]

§ 2º - Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares tenham 60 (sessenta) anos de idade ou mais na data da expedição do precatório, ou sejam portadores de doença grave, definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais, até o valor equivalente ao triplo do fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo, admitido o fracionamento para esta finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório.

Entretantes, malgrado a requerente contar com mais de 60 (sessenta) anos, o crédito é de natureza não alimentar, conforme requisitado pelo juízo de origem e, na data da expedição do precatório, 17.9.2004, não contava com a idade exigida.

Em razão destas considerações, o pedido formulado pelo requerente Alceir Franco Borges não atende as exigências contidas no § 2º do artigo 100 da EC n. 62/90, motivo pelo qual o indefiro. (f. 49-50)

As razões invocadas neste regimental de modo algum me animam a rever o entendimento externado na decisão guerreada, valendo-me dos mesmos argumentos nela contidos para mantê-la integralmente.

Com efeito, limitou-se o recorrente a repetir os argumentos trazidos no petítório de f. 41-2, não tendo apontado qualquer fundamento capaz de infirmar a decisão invectivada.

Como é cediço, em precatórios, os créditos alimentares preferem, cronologicamente, àqueles que não ostentam tal caráter, razão pela qual são pagos com prioridade.

O pagamento prioritário tem supedâneo no § 1º do art. 100 da *Lex Fundamental*, onde o legislador constituinte mencionou os débitos que gozam de natureza alimentícia, *in verbis*:

Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

§ 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo.

Infere-se do citado dispositivo que a insurgência recursal do agravante não encontra respaldo na norma constitucional, pois, para que o débito advindo de indenização fundada em responsabilidade civil possua natureza alimentícia, impõe-se que a referida indenização decorra de morte ou invalidez.

Ora, conforme se vê das decisões colacionadas às f. 4-17, percebe-se que, *in casu*, a indenização exigida neste requisitório de pagamento não decorre de morte ou invalidez, mas, sim, de atraso na outorga de aposentadoria, o que, por consequência, impossibilita erigir o crédito ao *status* de natureza alimentar.

Ademais, não há falar que o referido crédito é proveniente de vencimentos por serviço prestado ao Estado, já que a obrigação tem origem em pleito de indenização por danos materiais, consoante se depreende do *decisum* proferido pelo Des. Paulo Alfeu Puccinelli (f. 6-11), *ipsis verbis*:

[...] o atraso na apreciação e deferimento de pedido de aposentadoria, por prazo superior a trinta (30) dias, caracteriza abuso de poder, fazendo gerar o dever da Administração de reparar os danos materiais, sob pena de causar o seu enriquecimento sem causa. (f. 125)

Outrossim, constou, por mero equívoco, no ofício requisitório de f. 38, que o presente precatório é de natureza alimentar, contudo se ressalta que o crédito perseguido nesta requisição de pagamento não contempla nenhuma das hipóteses inscritas no § 1º do art. 100 da Constituição Federal.

Ocorre que, no caso em apreço, a recorrente, durante o período em que aguardava pela concessão de sua aposentadoria, recebeu normalmente os vencimentos pelos serviços prestados ao recorrido, razão pela qual o crédito deste precatório não se confunde com verba salarial, sendo, em verdade, um ressarcimento pelo dano material experimentado com o único objetivo de evitar o enriquecimento sem causa do ente estatal.

Logo, ausente a exigência constitucional para que o crédito deste requisitório de pagamento seja tido como prioritário, a manutenção da decisão guerreada mostra-se de rigor.

Ante o exposto, por não ter o recorrente apontado novos fatos e fundamentos jurídicos que justifiquem a alteração daquele *decisum*, nego provimento ao regimental.

Por outro lado, ante a constatação de erro material no ofício requisitório (f. 38 - autos em apensos), corrijo-o, *ex officio*, a fim de suprimir a expressão “de caráter alimentar” e determinar à Coordenadoria de Precatórios que proceda às devidas anotações para reclassificar o Precatório de Requisição de Pagamento n. 2004.920009-6, devendo passar a constar que sua natureza é não alimentar.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO REGIMENTAL.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Hildebrando Coelho Neto, Divoncir Schreiner Maranhão, Paulo Alfeu Puccinelli, Tânia Garcia de Freitas Borges, Paschoal Carmello Leandro, Sérgio Fernandes Martins, Rubens Bergonzi Bossay, João Carlos Brandes Garcia, Joenildo de Sousa Chaves, Marilza Lúcia Fortes, Julizar Barbosa Trindade, Romero Osme Dias Lopes e Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 11 de maio de 2011.

\*\*\*

**Órgão Especial**  
**Agravo Regimental em Precatório de Requisição de Pagamento**  
**n. 2008.009616-0/0001-00 - Campo Grande**  
**Relator Des. Hildebrando Coelho Neto**

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM PRECATÓRIO DE REQUISIÇÃO DE PAGAMENTO – CRÉDITO PREFERENCIAL DO ART. 102, § 2º, DA CF – DESCONTO DE PERCENTUAL REFERENTE A HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – IMPOSSIBILIDADE – BENEFÍCIO CONSTITUCIONAL DE CARÁTER PERSONALÍSSIMO – RECURSO NÃO PROVIDO.

O advogado não pode abater a verba honorária do benefício constitucional de pagamento preferencial do § 2º do art. 100 da Constituição Federal, concedido em razão de o credor ser acometido de doença grave.

Mantém-se a decisão proferida, se não demonstrado fato novo que pudesse ensejar a modificação do entendimento externado no *decisum* investivado.

### **ACÓRDÃO**

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

Campo Grande, 1º de junho de 2011.

Des. Hildebrando Coelho Neto – Relator

### **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto

Ana Helena Bastos e Silva Cândia, não se conformando com a decisão (f. 64-6) que indeferiu o pedido de desconto da cota relativa aos honorários advocatícios do crédito preferencial, interpõe agravo regimental, sustentando, em síntese, que deve ser descontado 20% do crédito preferencial que José Ferreira de Souza receberá em precatório, uma vez que tal percentual refere-se a serviços advocatícios prestados, e, ainda, que o credor concorda com o destacamento da verba honorária.

Aduz que o art. 22 da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da Advocacia) estabelece prioridade de pagamento dos honorários advocatícios e que, conforme entendimento dos tribunais superiores, a verba honorária possui caráter alimentar.

Ao final, pugna pelo provimento do recurso.

## VOTO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (Relator)

Trata-se de agravo regimental interposto por Ana Helena Bastos e Silva Cândia contra o *decisum* que indeferiu o pedido de desconto do percentual relativo aos honorários advocatícios do crédito preferencial.

A decisão objurgada está vazada nos seguintes termos:

Observa-se pela decisão de f. 28 que foi determinada a separação da importância equivalente a 20% (vinte por cento) do crédito para ser pago a Ana Helena e Silva Cândia, em razão do acordo de f. 22-25.

O valor atualizado do crédito é R\$ 72.646,13 (setenta e dois mil, seiscentos e quarenta e seis reais e treze centavos), conforme planilha de f. 60.

O pagamento preferencial previsto no § 2º do art. 100 da Constituição Federal é concedido aos que contavam com mais de sessenta anos de idade na data da expedição do precatório, e àqueles que são portadores de doença grave.

Ao credor José Ferreira de Souza foi deferido o pagamento prioritário do crédito em razão de ser portador de doença grave (neoplasia maligna), limitado ao triplo do fixado em lei como pequeno valor, o que equivale a R\$ 24.040,20 (vinte e quatro mil, quarenta reais e vinte centavos) (f. 61).

O valor equivalente a 20% (vinte por cento) do crédito está assegurado para Ana Helena e Silva Cândia, uma vez que o valor excedente ao crédito preferencial é suficiente para o seu pagamento.

Assim, como o crédito a ser recebido pelo credor é em razão de pagamento preferencial por ser portador de doença grave, e tratando-se de direito personalíssimo, o pedido de f. 62 não merece prosperar, devendo a requerente aguardar o momento do pagamento do saldo remanescente para receber seu crédito.

Isto posto, indefiro o pedido formulado às f. 62, devendo a requerente Ana Helena Bastos e Silva Cândia aguardar a ordem cronológica de pagamento do saldo remanescente para o recebimento de seu crédito. (f. 64-6).

As razões invocadas neste regimental de modo algum me animam a rever o entendimento externado na decisão guerreada, valendo-me dos mesmos argumentos nela contidos para mantê-la integralmente.

Conforme assentado na decisão investivada, foi deferido ao credor José Ferreira de Souza o pagamento preferencial por ser portador de doença grave, nos termos do art. 100, § 2º, da Constituição Federal, que assim dispõe:

Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

§ 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo.

§ 2º Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares tenham 60 (sessenta) anos de idade ou mais na data de expedição do precatório, ou sejam portadores de doença grave, definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo do fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório.

Como se vê do supramencionado dispositivo, inserido pela Emenda n. 62/2009, o crédito alimentar cujo o titular tenha 60 anos de idade ou seja portador de doença grave será pago com preferência sobre todos os demais.

*In casu*, a advogada ora agravante objetiva receber 20% do valor conferido ao credor a título de crédito preferencial por se encontrar ele acometido de doença grave.

Contudo, o direito ao recebimento do crédito preferencial diz respeito, tão somente, àquele que possui uma das prementes situações contempladas pelo § 2º do art. 100 da Lei Fundamental, como é o caso do credor.

Nesse diapasão é o escólio de Leonardo José Carneiro da Cunha, *in litteris*:

Estabeleceu-se, enfim, uma prioridade que se põe acima dos próprios créditos alimentares. A maior prioridade é a de créditos alimentares de idosos ou de portadores de doença grave. Em outras palavras, passou a haver 3 (três) ordens cronológicas: a dos créditos alimentares de idosos ou portadores de doença grave; a dos créditos alimentares; a dos créditos não alimentares.

Para que o crédito ostente a maior das prioridades, é preciso que haja a presença de 2 (dois) requisitos: (a) ter natureza alimentícia; e (b) ser seu titular um idoso ou portador de doença grave. (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 8. ed. São Paulo. Dialética, 2010. p. 331).

Deste modo, o benefício não pode ser estendido a terceiros que não se enquadram na norma constitucional, conforme objetiva a agravante, pois, se assim fosse, estar-se-ia conferindo preferência a pessoas que não possuem idade superior a 60 anos ou doença grave, o que acaba por ferir a ordem cronológica dos precatórios.

A toda evidência, malgrado assevere a agravante possuir a verba honorária natureza alimentar, tal assertiva não conduz a sua inclusão no rol do benefício humanitário previsto no art. 100, § 2º, da *Lex Mater*, que é de cunho personalíssimo.

Ante o exposto, por não ter a recorrente apontado novos fatos e fundamentos jurídicos que justifiquem a alteração daquele *decisum*, nego provimento ao regimental.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO REGIMENTAL.

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Hildebrando Coelho Neto, João Maria Lós, Paulo Alfeu Puccinelli, Tânia Garcia de Freitas Borges, Sérgio Fernandes Martins, Rubens Bergonzi Bossay, Claudionor Miguel Abss Duarte, João Carlos Brandes Garcia, Oswaldo Rodrigues de Melo, Joenildo de Sousa Chaves, Julizar Barbosa Trindade, Romero Osme Dias Lopes e Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 1º de junho de 2011.

\*\*\*

**Segunda Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2010.028462-1 - Campo Grande**  
**Relator Des. João Batista da Costa Marques**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – PREVIDÊNCIA PRIVADA – AFIRMA QUE O PRAZO PRESCRICIONAL É DE 20 ANOS – IMPOSSIBILIDADE – APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 291 DO STJ – EMPRÉSTIMO DE MÚTUO – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO – PRETENDIDA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, LUCROS CESSANTES E DANOS EMERGENTES – IMPOSSIBILIDADE – MERA ALEGAÇÃO SEM COMPROVAÇÃO – RECURSO NÃO PROVIDO.

Nos termos da Súmula n. 291 do STJ, o prazo prescricional para cobrar eventuais diferenças no montante devolvido ao beneficiário de previdência privada em razão do desligamento do plano é de cinco anos.

Ausente a comprovação de relação jurídica entre as partes concernente aos contratos de mútuo, não há falar em modificação da sentença monocrática.

Não comprovada a presença de danos morais, lucros cessantes e danos emergentes, inexistente o dever de indenizar.

## **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 maio de 2011.

Des. João Batista da Costa Marques – Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques

Antônio José dos Santos interpõe razões recursais em desfavor da sentença (f. 695-9-verso), alegando que o prazo para ocorrência da prescrição aplicável ao presente caso seria de 20 anos, pretende a devolução dos valores pagos a título de Imposto de Renda, uma vez que o considera indevido, requer o reajuste dos contratos de mútuo celebrados, bem como a condenação ao pagamento por danos morais. Afirma por fim que, em casos de prestação continuada, a prescrição alcança tão somente as parcelas anteriores aos cinco anos da propositura da demanda.

Em contrarrazões recursais (f. 735-47), o apelado pugna pela manutenção da sentença em todos os seus termos.

## VOTO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques (Relator)

Trata-se de recurso de apelação pelo qual se pretende ver reformada a sentença, alegando o apelante que o prazo para ocorrência da prescrição aplicável ao presente caso seria de 20 anos. Pretende a devolução dos valores pagos a título de Imposto de Renda, uma vez que o considera indevido, requer o reajuste dos contratos de mútuo celebrados, bem como a condenação ao pagamento por danos morais. Afirma por fim que, em casos de prestação continuada, a prescrição alcança tão somente as parcelas anteriores aos cinco anos da propositura da demanda.

Primeiramente, em relação à alegação de ocorrência de prescrição, temos que a alegação de que deveria incidir em 20 anos não merece prosperar.

Restou pacificada no Superior Tribunal de Justiça, especificamente no julgamento do Recurso Especial n. 1111973, a decisão de que o prazo prescricional para cobrar na justiça as diferenças sobre as restituições dos valores recolhidos em previdência privada prescreve em cinco anos, contados a partir da ata do resgate da reserva de poupança.

Para tanto transcrevo o julgado:

Especificamente em relação ao artigo 103, parágrafo único, da Lei n. 8.213/91, cabe observar que a sua aplicação subsidiária à hipótese encontrava amparo na própria legislação sobre as entidades de previdência privada então vigente, qual seja, o artigo 36 da Lei n. 6.435/77, o qual dispunha que “as entidades fechadas serão reguladas pela legislação geral e pela legislação de previdência e assistência social, no que lhes for aplicável, e, em especial, pelas disposições a presente Lei”.

Assim, no que toca ao prazo prescricional, em face da omissão da legislação especial - Lei n. 6.435/77 - sobre a matéria, tornou-se de rigor pela autorização legal inserida em seu texto, a aplicação subsidiária da “legislação de previdência e assistência social” - Lei n. 8.213/91 - à hipótese de restituição das reservas de poupança, cujo artigo 103 estabelecia a prescrição quinquenal.

14.- Sem embargo dos respeitáveis fundamentos que sustentam posição contrária, é de se ter presente que a adesão do empregado ao plano de benefícios faz nascer entre ele e a entidade de previdência privada uma relação contratual regida por legislação específica, a qual prevê, entre outras coisas, a forma de ingresso no plano, o regime de contribuição, direitos e obrigações do participante, normas gerais que visem a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, além do modo como se dará a respectiva restituição das parcelas pessoais quando do seu desligamento, estipulando, inclusive, o percentual do resgate das contribuições vertidas (atualmente, o art. 14 da LC n. 109/2001 estabelece que a restituição será integral, “descontadas as parcelas do custeio administrativo, na forma regulamentada”).

Desse modo, se o pedido de resgate da reserva de poupança ocorre no bojo do contrato de previdência privada firmado entre as partes, é também como consequência dessa relação jurídica originária que se discutirá a possível incidência de expurgos inflacionários sobre o saldo das parcelas restituídas, a qual não se desnatura pelo seu desligamento do plano previdenciário, após o encerramento do seu contrato de trabalho com a empresa patrocinadora.

Não há, pois, *data venia*, como prevalecer o entendimento do V. Acórdão recorrido, no sentido de que em se tratando de discussão em torno da forma de atualização monetária

dos valores restituídos, o prazo prescricional a ser observado seria o de 20 (vinte) anos, na forma do artigo 177 do CC de 1916 ou de 10 (dez) anos, em consonância com o artigo 205 do CC de 2002, previstos para as ações de direito pessoal, porquanto, repise-se, como bem observou o E. Min. Aldir Passarinho Júnior, no julgamento do REsp n. 466.693/PR, já mencionado, “não há prazo diverso consoante a natureza da pretensão - se benefício ou restituição de contribuições – posto que o sistema não permite distinção dessa ordem, em se cuidando de direito originário de uma única relação jurídica.”

Assim, a prescrição quinquenal prevista na Súmula do STJ/291 deverá incidir não apenas na cobrança de parcelas de complementação de aposentadoria, mas, também, por aplicação analógica, quando se tratar de pretensão a diferenças de correção monetária incidentes sobre restituição da reserva de poupança, cujo termo inicial é a data em que houver a devolução a menor das contribuições pessoais recolhidas pelo associado ao plano previdenciário. [...].

Assim não há falar em modificação da sentença em relação ao prazo prescricional aplicado e ainda resta prejudicado o pleito relativo à devolução de imposto de renda retido.

Em relação à alegação de que o recorrente efetuou alguns empréstimos de mútuo das requeridas para fins de pagamento médico-hospitalares, da mesma forma, não deve prosperar.

Não há nos autos qualquer comprovação de tal alegação, não instruindo os autos com a documentação necessária para fundamentar seu pedido.

Importante ressaltar que não há falar em aplicação da regra prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, diante da ausência de prova do alegado na petição inicial, pois a inversão do ônus não dispensa a recorrente de produzir um mínimo de prova, ainda que indiciária, sobre os fatos constitutivos de seu direito, nem supre a falta de documento indispensável à propositura da ação (CPC, art. 283).

No mesmo sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL. AUSÊNCIA DO CONTRATO. DOCUMENTO INDISPENSÁVEL À PROPOSITURA DA AÇÃO. PETIÇÃO INICIAL INEPTA. EXTINÇÃO DO PROCESSO.

1 - Na ação em que se pretende a revisão de contrato, com a decretação de nulidade de cláusulas, é evidente que o mesmo é documento indispensável e deve acompanhar a petição inicial, sob pena de seu indeferimento. Sem que o contrato seja juntado aos autos, não se pode saber, ao certo, qual o percentual de juros cobrados e contratados, se há anatocismo, se estão sendo cobradas taxas e encargos abusivos, se há e se é legal a capitalização de juros, enfim, não há como se analisar o pedido de revisão da avença.

2- Cabe à autora proceder à necessária instrução de seu pedido, com o documento indispensável à compreensão da matéria objeto da lide. Na hipótese de não estar o documento em seu poder, deve buscá-lo através de procedimento cautelar preparatório de exibição judicial de documento, nos termos do artigo 844, II, do CPC. (TJMG, AC n. 1.0079.06.290012-5/001).

Portando não há acatar o pedido do apelante.

Afirma ainda o apelante que a autora “*iludiu-se com um futuro previdenciário seguro, causou e vem causando contínuo abalo moral, já que a autora dedicou toda a sua vida profissional a exercer suas funções e cumprir suas obrigações [...]. Portanto, deve ser considerado o desgaste psicológico causado à autora, restando evidente o dever de indenizar*”.

Temos que o pedido do apelante não merece prosperar.

Tais alegações não têm comprovação nos autos e dessa forma impõe a improcedência do pedido.

No entanto, suas alegações não restaram comprovadas, pois não carrou aos autos qualquer documento que fosse apto a embasar suas alegações.

Sobre danos morais, Carlos Roberto Gonçalves, em sua obra Responsabilidade Civil, p. 549, 7. ed., cita o ensinamento de Sérgio Cavalieri Filho, afirmando que: “[...] só se deve reputar como **dano moral**, a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar.”

No caso vertente, não restou evidenciado o dano propalado, pois a simples recusa da empresa em lhe efetuar o pagamento dos valores requeridos não é motivo suficiente a causar abalo ou desgaste psicológico a ponto de caracterizar o dano moral, como justifica o apelante.

Em nosso ordenamento jurídico vige a regra inserta no artigo 333, I, do Estatuto Processual Civil, *in verbis*: “O ônus da prova incumbe: I- ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito.”

Diante do exposto, nego provimento ao recurso, mantendo intacta a sentença hostilizada.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

**POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.**

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Batista da Costa Marques, Tânia Garcia de Freitas Borges e Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 10 de maio de 2011.

\*\*\*

**Segunda Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2011.003832-6 - Dourados**  
**Relator Des. João Batista da Costa Marques**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO PARA CONCESSÃO DE BENEFÍCIO DE AUXÍLIO-ACIDENTE – DISACUSIA SENSORIAL LEVE – NÃO COMPROVAÇÃO DO NEXO CAUSAL ENTRE O TRABALHO E A DOENÇA – LAUDO PERICIAL – AUSÊNCIA DA PERDA OU REDUÇÃO DA CAPACIDADE PARA AS ATIVIDADES HABITUAIS – RECURSO IMPROVIDO.

Muito embora o autor apresente uma perda de audição leve (“*disacusia sensorial leve, bilateral, simétrica, restrita a faixa de frequências agudas*”), não restou comprovado que tal fato guarda relação de causa e efeito com o trabalho realizado à época do pedido de concessão do auxílio-acidente, o quadro é moderado, sem implicar uma tradução clínica funcional incapacitante, portanto não acarretado uma redução da capacidade laborativa para a sua atividade habitual.

### **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, 31 de maio de 2011.

Des. João Batista da Costa Marques – Relator

### **RELATÓRIO**

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques

Oswaldo Martins de Oliveira ajuizou Ação para concessão de benefício de auxílio-acidente em face do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS –, cuja pretensão foi julgada improcedente.

Alega, em síntese, que faz jus ao benefício pleiteado, visto que a sua capacidade laboral foi reduzida e devidamente comprovada pelo Laudo Pericial, ante a perda auditiva.

O INSS não apresentou contrarrazões.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso.

### **VOTO**

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques (Relator)

Oswaldo Martins de Oliveira ajuizou Ação para concessão de benefício de auxílio-acidente em face do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS –, cuja pretensão foi julgada improcedente.

Verifica-se dos autos que o autor trabalhou na empresa Enersul S/A na função de operador de usinas e subestações entre 25.2.1980 e 2.9.2002 e que, no desempenho desse mister, sofreu acidente de trabalho (por equiparação), sendo atestado a sua “Diacusia Sensorial” no ano de 2001, motivo pelo qual pleiteou a concessão de auxílio-acidente.

Nas razões recursais, insurge-se afirmando que faz jus ao benefício pleiteado, visto que a sua capacidade laboral foi reduzida e devidamente comprovada pelo Laudo Pericial, ante a perda auditiva.

A irresignação não merece prosperar.

O auxílio-acidente por perda da audição está previsto no art. 86, § 4º, da Lei n. 8.213/91 e no art. 104, § 5º, do Decreto n. 3.048/99, possuindo natureza indenizatória, de modo que os pressupostos para concessão do referido benefício são a redução da capacidade laborativa e a existência de nexo de causalidade entre a atividade exercida pelo segurado e a alegada diminuição, *in verbis*:

Art. 86. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem sequelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia. (Redação dada pela Lei n. 9.528, de 10.12.1997)

[...]

§ 4º A perda da audição, em qualquer grau, somente proporcionará a concessão do auxílio-acidente, quando, além do reconhecimento de causalidade entre o trabalho e a doença, resultar, comprovadamente, na redução ou perda da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia. (Parágrafo restabelecido, com nova redação, pela Lei n. 9.528, de 10.12.1997)

Art. 104. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado empregado, exceto o doméstico, ao trabalhador avulso e ao segurado especial quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultar sequela definitiva, conforme as situações discriminadas no anexo III, que implique: (Redação determinada no Decreto n. 4.729, de 9.6.2003, DOU de 10.6.2003)

[...]

§ 5º A perda da audição, em qualquer grau, somente proporcionará a concessão do auxílio-acidente quando, além do reconhecimento do nexo entre o trabalho e o agravo, resultar, comprovadamente, na redução ou perda da capacidade para o trabalho que o segurado habitualmente exercia. (Parágrafo com redação determinada no Decreto n. 6.939, de 18.8.2009, DOU 19.8.2009).

A propósito, a jurisprudência do STJ:

[...] ‘A perda da audição em qualquer grau, somente proporcionará o auxílio-acidente, quando, além do reconhecimento de causalidade entre o trabalho e a doença, resultar, comprovadamente, na redução ou perda da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia (artigo 86, § 4º, com a nova redação dada pela Lei n. 9.258/97). Desnecessária a prévia reabilitação’ [...]. (STJ, REsp n. 61715/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 2.8.1999, p. 226).

Na perícia judicial (f. 117-9), em respostas aos quesitos formulados pelas partes, respondeu o doutor Adnan Haddad que:

Quesitos do juízo (f. 117):

[...]

1) o autor é portador de Disacusia Sensorial?

R. Sim.

2) em caso positivo:

(a) se a lesão está consolidada?

R- Está consolidada

(b) se resultou na redução da capacidade laborativa do autor para a atividade que habitualmente exercia?

R- Não.

(c) se há nexos de causalidade entre a lesão/doença e o exercício da profissão de operador de usinas e subestações na empresa Enersul?

R- Pouco provável.

(d) e não havendo nexos de causalidade entre a doença e o exercício dessa profissão, se o exercício desta pode ter dado origem ao problema, ou mesmo se pode ter sido desencadeado ou agravado o problema?

R- Exposição ao ruído pode também relacionar-se com a perda auditiva comum neste grupo etário, mas não é afirmar com certeza se contribuiu ou não no caso em questão, embora me pareça pouco provável.

Quesitos do autor/apelante (f. 119):

a) O requerente possuiu alguma lesão ou doença? Qual o quadro clínico do autor? Se afirmativa a resposta, e se possível, qual a data do início da doença (DID) ?

R – Sim. Disacusia sensorial leve nas frequências agudas. Não é possível determinar a data de início. c) há perda ou redução da audição do periciando? Qual a capacidade auditiva?

R- Sim. Perda auditiva de grau leve.

d) Se positivo o quesito “a”, existe impedimento para a realização de atividades habituais? Há possibilidade de recuperação total do autor? Em quanto tempo?

R- Não existe impedimento para as atividades habituais. Há possibilidade de recuperação com uso de prótese auditiva. Efeito é imediato caso o paciente se adapte ao aparelho.

Quesitos da ré (f. 119):

8 – O periciado está total e permanentemente incapaz para desempenhar qualquer atividade laborativa? Sendo positiva a resposta anterior, qual a data do início dessa incapacitação? Em caso negativo, houve redução para a capacidade para o trabalho habitualmente desenvolvida?

R- Não. Não.

Assim sendo, a despeito dos anos de trabalho exercido pelo autor/apelante na empresa Enersul, na função de operador de usinas e subestações, restou comprovado, através da perícia médica judicial (f. 116-9), que não existe incapacidade para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual.

A perda auditiva que acomete o segurado é disacusia sensorial leve, bilateral, simétrica, restrita a faixa de frequências agudas, não sendo possível afirmar se os ruídos ocupacionais contribuíram ou não no caso em questão.

Estas conclusões, não desautorizadas por qualquer outra prova, levam ao desacolhimento do pleito inicial, pois, como já ressaltado, o benefício do auxílio-acidente só é devido se, em decorrência das sequelas, houver a redução ou perda da capacidade para o trabalho que habitualmente exercido pelo apelante.

Nesse sentido já se decidiu:

ACÇÃO ACIDENTÁRIA - AUXÍLIO-ACIDENTE - CONCESSÃO - PRESSUPOSTOS - DIMINUIÇÃO DA CAPACIDADE LABORATIVA - NEXO CAUSAL ENTRE ESTA E A ATIVIDADE PROFISSIONAL - AUSÊNCIA DE PROVA. Para que se condene o INSS ao pagamento do auxílio-acidente, é necessário que restem provados os pressupostos para a concessão do benefício, que são a redução da capacidade do segurado para o trabalho e o nexo causal entre esta e a atividade laborativa que o mesmo exercia. - Não restando demonstrada a presença dos referidos pressupostos, não há que se deferir a concessão do auxílio-acidente. (TJMG, Proc. n. 1.0479.03.045445-4/001, Rel. Des. Lucas Pereira, julgado em 14.11.2007, DJ de 5.12.2007).

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE IMPLANTAÇÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO – AUXÍLIO-ACIDENTE – PERDA DA AUDIÇÃO – HIPOACUSIA NEUROSENSORIAL BILATERAL MODERADA – PERÍCIA JUDICIAL E ADMINISTRATIVA – REDUÇÃO DA CAPACIDADE LABORATIVA – NÃO DEMONSTRADA – BENEFÍCIO NÃO CONCEDIDO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Na hipótese de perda da audição, em qualquer grau, regulamenta o art. 86, § 4º, da Lei n. 8213/91 e o art. 104, § 5º, do Decreto n. 3048/99, que o auxílio-acidente somente será concedido quando, além do reconhecimento do nexo de causa entre o trabalho e a doença, resultar, comprovadamente, a redução ou perda da capacidade para o trabalho que o segurado habitualmente exercia.

Concluindo os médicos da autarquia federal, bem como o perito judicial pela inexistência de incapacidade para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual, não há como determinar a concessão ou restabelecimento do benefício previdenciário, devido ao não preenchimento dos requisitos legais. (TJMS, AC n. 2010.021016-9, Dourados, Rel. Des. Rêmoló Letteriello).

De mais a mais, muito embora o autor apresente uma perda de audição leve (*“disacusia sensorial leve, bilateral, simétrica, restrita a faixa de frequências agudas”*), não restou comprovado que tal fato guarda relação de causa e efeito com o trabalho realizado à época do pedido de concessão do auxílio-acidente, o quadro é moderado, sem implicar uma tradução clínica funcional incapacitante, portanto não acarretado uma redução da capacidade laborativa para a sua atividade habitual.

Portanto, a prova técnica produzida nos autos demonstra não ter havido redução ou perda da capacidade para o trabalho que habitualmente o apelante exercia, motivo pelo qual deve ser mantida a sentença de improcedência do pedido inaugural.

No mesmo sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Não se concede auxílio acidente quanto, a despeito da perda auditiva mínima, não houver alteração na aptidão laboral do segurado. Enunciado n. 44 desta Corte inaplicável na espécie. Precedentes. (STJ, ED no AgRg no Ag n. 431.683/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, julgado em 15.12.2005, DJ de 20.2.2006, p. 374).

Em face do exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Batista da Costa Marques, Tânia Garcia de Freitas Borges e Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 31 de maio de 2011.

\*\*\*

**Segunda Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2011.010044-5 - Campo Grande**  
**Relator Des. João Batista da Costa Marques**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – INOCORRÊNCIA – PRELIMINAR REJEITADA – REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS – ALAGAMENTO EM VIA PÚBLICA – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – EXISTÊNCIA DE CAUSA EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE MUNICIPAL – FORÇA MAIOR – RECURSO IMPROVIDO.

Constatando-se a inexistência de prática omissiva da Administração Pública Municipal no evento danoso, ausente o nexo de causalidade entre a ação do Município e o dano sofrido pelo lesado.

O Município não tem o poder de adivinhar sobre fenômenos da natureza, que se apresentam com o traço de inevitabilidade, mesmo diante das possibilidades técnicas de nossos dias, impotentes para evitar-lhes os efeitos.

## **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 e negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 17 de maio de 2011.

Des. João Batista da Costa Marques – Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques

Micheil Youssef apela da sentença proferida pelo Juiz da 1ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos, que julgou improcedente a ação de reparação de danos movida pelo apelante contra o Município de Campo Grande. Em razão da sucumbência, condenou o requerente ao pagamento dos honorários advocatícios em favor do Procurador do Município de Campo Grande, os quais foram fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais).

Inconformado com a sentença (f. 111-3), interpôs recurso de apelação (f. 118-28). Requer preliminarmente o cerceamento de defesa, anulando-se a sentença para que sejam restituídos à instância singela, com a reabertura da instrução do feito; e no mérito, pleiteia pela reforma integral da sentença, a fim de que seja julgada a procedência da ação de reparação de danos proposta, com a condenação da apelada a arcar com os danos materiais e morais sofridos pelo apelante; bem como requer a inversão do ônus da sucumbência.

Em sede de contrarrazões (f. 136-51), o apelado requer o improvimento do recurso.

## VOTO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques (Relator)

Micheil Youssef apela da sentença proferida pelo Juiz da 1ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos, que julgou improcedente a ação de reparação de danos movida pelo apelante contra o Município de Campo Grande. Em razão da sucumbência, condenou o requerente ao pagamento dos honorários advocatícios em favor do Procurador do Município de Campo Grande, os quais foram fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais).

Inconformado com a sentença (f. 111-3), interpôs recurso de apelação (f. 118-28). Requer preliminarmente o cerceamento de defesa, anulando-se a sentença para que sejam restituídos à instância singela, com a reabertura da instrução do feito; e no mérito, pleiteia pela reforma integral da sentença, a fim de que seja julgada a procedência da ação de reparação de danos proposta, com a condenação da apelada a arcar com os danos materiais e morais sofridos pelo apelante; bem como requer a inversão do ônus da sucumbência.

Em sede de contrarrazões (f. 136-51), o apelado requer o improvimento do recurso.

Passo à análise do recurso.

### DA PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA

Aduz o apelante que o juízo *a quo* deixou de apreciar o pedido de produção de prova testemunhal (f. 108), decidindo a matéria de modo antecipado, e que não foi produzida prova de culpa da municipalidade pelo alagamento da via pública.

A preliminar não deve ser acolhida.

Sabe-se que 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 livre convencimento motivado do julgador a respeito da questão, torna-se desnecessária a produção de outras provas.

Portanto, se o processo encontra-se apto a ser julgado e o magistrado entende ser dispensável a produção de outras provas, a prolação da sentença é medida que se impõe, em face dos princípios da economia e da celeridade processual.

Nesse sentido entende a jurisprudência:

É soberano o juiz em seu livre convencimento motivado ao examinar a necessidade da realização de provas requeridas pelas partes, desde que atento às circunstâncias do caso concreto e à imprescindível salvaguarda do contraditório. (STJ, REsp n. 1.067.438/RS, Terceira Turma, Relª. Minª. Nancy Andrichi, julgado em 3.3.2009).

Não há falar em cerceamento de defesa, se as provas constantes nos autos são suficientes para formar o convencimento motivado do juiz a respeito da questão. (TJMS, AC n. 2009.011160-9, Primeira Turma, Rel. Des. João Maria Lós, julgado em 5.10.2010).

A observância dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório significa oportunizar todas as possibilidades de produção de provas úteis à parte e ao seguro julgamento da lide. Não serve a garantia constitucional para postergar o rito ao alvitre da parte interessada. Assim, entendo que o juiz sentenciante não prejudicou o apelante ao julgar antecipadamente a lide, considerando que este é o destinatário final das provas, entendeu que existiam elementos suficientes para o seguro julgamento da demanda.

Com tais considerações, rejeito a preliminar de cerceamento de defesa arguida.

## MÉRITO

Argumenta que o apelado deve ser condenado a pagar ao apelante a quantia de R\$ 95.133,89 (noventa e cinco mil, cento e trinta e três reais e oitenta e nove centavos), por danos materiais, e, ainda, uma quantia a ser arbitrada a título de danos morais e de imagem, por ter sofrido sinistro em virtude de defeito existente na via pública, sendo a responsabilidade do Município objetiva no caso dos autos.

Aduz o apelante, ora condutor do veículo, que, ao interromper seu trajeto por ocasião de parada semafórica, foi surpreendido por fortes chuvas, com alagamento no local onde aguardava abertura do sinal de trânsito, vindo a submergir parte de sua condução, deixando-o ilhado em seu interior.

O magistrado de 1º grau proferiu a seguinte sentença (f. 111-3):

[...] No caso posto em análise, deve-se perquirir se o réu pode ser responsabilizado subjetivamente, já que a responsabilidade objetiva não é aplicável à hipótese, por se tratar de suposto caso de omissão do ente público, e não de comissão.

Com efeito. O art. 37, § 6º, da Constituição Federal, o qual trata da responsabilidade objetiva do Estado, só se aplica no caso de atos cometidos pelos agentes públicos nesta condição, e não no caso de omissão daqueles. Segundo doutrina e jurisprudência dominantes, a responsabilidade do Estado, no caso de omissão de agente a seu serviço, é subjetiva, ou seja, deve se perscrutar se houve realmente o dolo ou culpa do agente para, só então, lhe atribuir a responsabilidade, que ficará a cargo do ente público a que pertence. Se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser o autor do dano. E, não sendo o autor do dano, só pode vir a ser responsabilizado no caso específico de estar obrigado a impedir tal dano.

Assim, só é possível atribuir-se responsabilidade ao Estado, por ato omissivo, quando se está diante do cometimento de ato ilícito seu. E, sendo responsabilidade por ilícito, esta só pode ser subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa), ou, então, deliberada conduta no sentido de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo).

Desta feita, não prevalece a tese de que a responsabilidade do Réu, no caso em tela, é objetiva.

Além da prova da culpa do agente da administração pública é necessária a prova do nexo causal entre o dano e a atuação, ao menos culposa, do agente do ente público, e, ainda, da inexistência de causa excludente deste nexo, quais sejam, fato da vítima ou de terceiro, caso fortuito ou força maior.

No caso *sub judice* restou evidenciada a ocorrência de fortes chuvas que ocasionaram o alagamento. Contudo, não se provou que esses alagamentos se deram em razão da falta de manutenção nos córregos ou mesmo nas vias de águas pluviais. O que se percebe pelos documentos juntados aos autos é que as chuvas intensas que caíram nesta região superaram em muito o seu volume normal.

As redes de captação de águas pluviais, como qualquer obra de engenharia, são projetadas conforme as especificações da ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas – para determinado volume d'água, conforme os índices pluviométricos daquela região. Quando ocorrem situações adversas decorrentes de causas naturais provenientes de casos fortuitos ou força maior que ensejam um volume maior de chuva, as redes pluviais, por certo, ficarão subdimensionadas. Contudo, tal fato, conforme já dito, por não ser o normal para aquela região e ocorrer muito raramente não justifica o superdimensionamento da rede.

Assim, não há se falar em negligência por parte do Réu, mas sim em existência de caso fortuito ou força maior, pelo que não exsurge, no caso posto em análise, a sua responsabilidade.

Dessa forma, restando afastada a existência de responsabilidade estatal, não é devida a reparação de danos, pelo que a ação deve ser julgada totalmente improcedente.

Ante o exposto, com fulcro nos artigos 37, § 6º, da Constituição da República, 186 e 927 do Código Civil Brasileiro, e 333, I, do Código de Processo Civil, JULGO IMPROCEDENTE a presente AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS movida por MICHEL YOUSSEF contra MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE. Custas pelo Autor. Em razão da sucumbência, condeno-o no pagamento dos honorários advocatícios em favor do Procurador do Município de Campo Grande, que, nos termos do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, fixo em R\$ 1.000,00 (mil reais), que reputo adequado em virtude da falta de complexidade da causa e do trabalho desenvolvido.[...].

De uma minudente análise dos autos, tenho que o recurso não merece ser provido.

Cediço que, se por um lado a Teoria do Risco Administrativo, disposta no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, responsabiliza a Administração Pública pelos danos causados aos administrados independentemente da existência de culpa por parte do agente público causador do dano, a verdade é que existem hipóteses em que o nexos de causalidade entre o dano suportado e a conduta ilícita resta afastado, tais como a ocorrência de fato por culpa exclusiva da vítima ou de terceiro e ainda a superveniência de caso fortuito ou de força maior.

Sobre o assunto, eis a lição de Sérgio Cavalieri Filho:

Em apertada síntese, a teoria do risco administrativo importa atribuir ao Estado a responsabilidade pelo risco criado pela sua atividade administrativa. Esta teoria, como se vê, surge como expressão concreta do princípio da igualdade dos indivíduos diante dos encargos públicos. É a forma democrática de repartir os ônus e encargos sociais por todos aqueles que são beneficiados pela atividade da Administração Pública. Toda lesão sofrida pelo particular deve ser ressarcida, independentemente de culpa do agente público que a causou. O que se tem que verificar é, apenas, a relação de causalidade entre a ação administrativa e o dano sofrido pelo administrado.

[...].

Com efeito, a teoria do risco administrativo, embora dispense a prova da culpa da Administração, permite ao Estado afastar sua responsabilidade nos casos de exclusão do nexos causal – fato exclusivo da vítima, caso fortuito, força maior e fato exclusivo de terceiro. [...] Não significa, portanto, que a Administração deve indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular. Se o Estado, por seus agentes, não deu causa a esse dano, se inexistente relação de causa e efeito entre a atividade administrativa e a lesão, não terá lugar a aplicação da teoria do risco administrativo e, por via de consequência, o Poder Público não poderá ser responsabilizado. (in **Programa de Responsabilidade Civil**. 5. ed., 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 239-40).

Por sua vez, esclarece Odete Medauar:

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

fins de ressarcimento do dano, o questionamento da licitude ou ilicitude da conduta, o questionamento do bom ou mau funcionamento da Administração. Demonstrado o nexo de causalidade, o Estado deve ressarcir (in *Direito Administrativo Moderno*, 9. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 430).

José dos Santos Carvalho Filho, ao tratar da responsabilidade do Estado, também consigna:

Para configurar-se esse tipo de responsabilidade, bastam três pressupostos. O primeiro deles é a ocorrência do fato administrativo, assim considerado como qualquer forma de conduta, comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público. [...]

O segundo pressuposto é o dano. Já vimos que não há falar em responsabilidade civil sem que a conduta haja provocado um dano. Não importa a natureza do dano, tanto é indenizável o dano patrimonial como o do dano moral. [...]

O último pressuposto é o nexo causal (ou relação de causalidade) entre o fato administrativo e o dano. Significa dizer que ao lesado cabe apenas demonstrar que o prejuízo sofrido se originou da conduta estatal, sem qualquer consideração sobre o dolo ou culpa. [...] (Destaquei).

O Estado causa danos a particulares por ação ou por omissão. Quando o fato administrativo é comissivo, podem ser gerados por conduta culposa ou não. A responsabilidade objetiva do Estado se dará pela presença dos seus pressupostos – o fato administrativo, o dano e o nexo causal (in **Manual de Direito Administrativo**, 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 448 e 454).

Das lições doutrinárias transcritas, resta patente que, para a configuração da responsabilidade do Estado, necessário se faz a comprovação do dano, do fato administrativo e do nexo de causalidade entre eles.

Registre-se que, com relação ao dano moral requerido na exordial, além de encontrar esse dever indenizatório ínsito na legislação comum, tornou-se consagrado pela Constituição da República de 1988, uma vez que, em diversas oportunidades, a norma constitucional considerou a vida privada, a honra e a imagem das pessoas como direitos invioláveis, passíveis de serem indenizados por dano decorrente de sua transgressão, nos termos do artigo 5º, incisos V e X.

Assim, o equilíbrio moral das pessoas foi incluso no rol dos direitos fundamentais, concluindo-se, indubitavelmente, ser vedada qualquer ação que importe em lesão ou ameaça a valores protegidos como aspectos básicos da personalidade humana, sendo certo que o acentuado desconforto espiritual, a profunda mágoa, o constrangimento, o sofrimento e a tristeza resultantes de ofensa ao patrimônio moral, advindos de abalos nas relações sociais e públicas hão de ser objeto de ressarcimento por parte do ofensor.

*In casu*, da detida análise dos documentos acostados aos autos, observa-se que houve a demonstração dos danos materiais apontados pelo apelante (f. 43-7), porém tenho que inexistente o nexo de causalidade entre os danos e o fato administrativo.

Explico. Não há nos autos nenhuma prova que evidencie que os danos causados ao apelante se deram não por consequência de uma chuva atípica, mas por consequência da conduta omissiva da Administração Pública.

No caso em análise, ao compulsar os autos, constata-se a ocorrência de chuvas fortes que ocasionaram o alagamento na Avenida Dr. Paulo Coelho Machado, porém não restou comprovado que o alagamento ocorre em razão da falta de manutenção nos córregos ou mesmo nas vias de águas pluviais.

Verifica-se que o acontecimento foi proveniente de caso de força maior, pois, apesar de todas as reportagens colacionadas aos autos, não resta comprovada a negligência do Município com os serviços públicos, e sim que o Município vem trabalhando para minimizar as consequências geradas pelas chuvas fortes.

Outrossim, jamais poderia a Administração Municipal impedir o evento que resultou no prejuízo patrimonial do apelante, já que fora produzido por um acontecimento natural, inevitável e imprevisível, sendo insuficiente quaisquer esforço por parte da municipalidade para impedi-lo.

Nesse sentido, as circunstâncias do caso *in concreto* acabam por afastar a responsabilidade do Município em arcar com o conserto do veículo do apelante, muito menos de indenizá-lo por danos morais, por não existir nos autos provas consistentes que evidenciem ação ou omissão do apelado na produção do resultado.

A propósito, consta na reportagem de f.17:

Conforme a Defesa Civil, a pancada de chuva, que totalizou 35 milímetros em 60 minutos na Região Centra, causou alagamentos na Avenida Mato Grosso com Via Parque e a Rua Rio Grande do Sul; na Avenida Afonso Pena com Avenida Paulo Coelho Machado, em frente ao Shopping Campo Grande; e nas intercepções da Avenida Fernando Corrêa da Costa com as ruas Padre João Crippa, José Antônio, Joaquim Murtinho e Bahia. A Secretaria Nacional da Defesa Civil também emitiu alerta sobre o risco de chuva forte e ventos até a quarta-feira (24) em todo Mato Grosso do Sul.(Destaquei).

O caso foi totalmente atípico e consequência de fatos naturais irregulares e imprevisíveis que ultrapassam o padrão comum de engenharia, restando configurada a ocorrência de força maior, considerada pela maioria da doutrina como o evento produzido pela natureza, ao contrário do caso fortuito que é produzido pelo homem, presente, deste modo, uma das causas excludentes da responsabilidade do Estado.

Sobre o tema, já decidiu a Egrégia Corte de Justiça de Minas Gerais:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL. ENCHENTE. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. EXISTÊNCIA DE CAUSA EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE MUNICIPAL. 1. Constatando-se a inexistência de prática omissiva da administração pública municipal no evento danoso, ausente o nexo de causalidade entre a ação do Município e o dano sofrido pelo lesado. 2. **O Município não tem o poder de adivinhar sobre fenômenos da natureza, que se apresentam com o traço de inevitabilidade, mesmo diante das possibilidades técnicas de nossos dias, impotentes para evitar-lhes os efeitos.** 3. Apelo improvido. (TJMG, AC n. 1.0000.00.277918-9, Rel. Des. Célio César Paduani, julgado em 9.12.2002) – destaquei).

INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - FORÇA MAIOR INEXISTÊNCIA DO NEXO DE CAUSALIDADE - IMPROCEDÊNCIA. A responsabilidade da Administração Pública assenta-se na teoria objetiva, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição da República de 1988, porém necessária é a comprovação do nexo de causalidade entre o fato imputável ao ente público e o dano causado, sob pena de exclusão de responsabilidade do Município de indenizar a parte, caso seja provado que aquele se deu em decorrência de força maior. Apelo improvido. (TJMG, AC n. 1.0024.04.460083-1/001, Rel. Des. Delmival de Almeida Campos, julgado em 8.11.2005).

Consequentemente, não tendo sido demonstrados os requisitos necessários para a configuração da responsabilidade do Município, evidenciada, ao contrário, a ocorrência de força maior, o desprovemento do recurso é medida que se impõe.

Diante de todo o exposto, conheço, porém nego provimento ao recurso, para manter incólume a decisão hostilizada.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

**POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.**

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Batista da Costa Marques, Tânia Garcia de Freitas Borges e Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 17 de maio de 2011.

\*\*\*

**Primeira Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2009.018883-7 - Campo Grande**  
**Relator Des. João Maria Lós**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS – FURTO DE MOTOCICLETA EM ESTACIONAMENTO DE SUPERMERCADO – ÔNUS PROBATÓRIO DO FATO CONSTITUTIVO DO AUTOR (CPC, ART. 333, I), QUE DELE NÃO SE DESINCUMBIU – BOLETIM DE OCORRÊNCIA – PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE NÃO CONFIRMADA POR OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS – OFENSA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ – NÃO OCORRÊNCIA – MAGISTRADO QUE PRESIDIU AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO CONVOCADO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Consoante preceitua o artigo 333 do CPC, o ônus da prova incumbe a quem alega, e não a quem nega a existência de um fato. Caso em que não se desincumbiu a contento a autora em provar o fato sobre o qual fulcra sua pretensão, ou seja, o furto de sua motocicleta no estacionamento do supermercado demandado. Sentença de improcedência mantida.

Não é admissível admitir-se valor probante a um determinado documento (B.O.), que não vem corroborado pelos demais elementos de prova coligidos nos autos

A convocação de magistrado para ocupar cargo de juiz auxiliar no Tribunal de Justiça do Estado é uma das hipóteses de exceção ao princípio da identidade física do juiz, prevista expressamente no *caput* do art. 132 do Código de Processo Civil.

## 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, 6 de abril de 2011.

Des. João Maria Lós – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós

Willian Aparecido Santiago interpõe recurso de apelação em face da sentença de f. 109-113 que, nos autos da Ação de Reparação de Danos Morais e Materiais que move em face de Comercial Pereira de Alimentos Ltda. e Serasa, julgou improcedentes os pedidos iniciais e condenou o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.000,00, valores estes que ficam sobrestados por ser ele beneficiário da justiça gratuita.

Nas suas razões de apelação (f. 116-23), alega, em síntese, que apresentou as provas dos fatos constitutivos de seu direito, uma vez que, além de juntar os documentos que comprovam a existência do bem e o boletim de ocorrência comunicando o furto do bem, apresentou uma testemunha.

Aduz ainda que a apelada não apresentou os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do apelante, não refutando as provas apresentadas pelo apelante nem contradizendo o depoimento da testemunha.

Defende que o juiz *a quo* não teve nenhuma participação da instrução do processo, e totalmente alheio a esta, de modo que deveria ter aplicado o art. 132, parágrafo único, do CPC, determinando a repetição das provas já produzidas.

Por fim, prequestiona a aplicabilidade do art. 132, parágrafo único, do CPC, bem como o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Em contrarrazões (f. 130-5), o recorrido pugna pela manutenção da sentença.

## VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Willian Aparecido Santiago em face da sentença de f. 109-13 que, nos autos da Ação de Reparação de Danos Morais e Materiais que move em face de Comercial Pereira de Alimentos Ltda. e Serasa, julgou improcedentes os pedidos iniciais e condenou o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.000,00, valores estes que ficam sobrestados por ser ele beneficiário da justiça gratuita.

Nas suas razões de apelação (f. 116-23), alega, em síntese, que apresentou as provas dos fatos constitutivos de seu direito, uma vez que, além de juntar os documentos que comprovam a existência do bem e o boletim de ocorrência comunicando o furto do bem, apresentou uma testemunha.

Aduz ainda que a apelada não apresentou os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do apelante, não refutando as provas apresentadas pelo apelante nem contradizendo o depoimento da testemunha.

Por fim, diz que o juiz *a quo* não teve nenhuma participação da instrução do processo, e totalmente alheio a esta, de modo que deveria ter aplicado o art. 132, parágrafo único, do CPC, determinando a repetição das provas já produzidas.

Passo à análise do recurso.

Pois bem. Como é cediço, após um longo período de debates legislativos sobre a Reforma do Judiciário, introduziu-se no cenário constitucional a EC n. 45/2004, que ensejou a implantação de mudanças e adaptações nos ritos processuais, buscando tornar mais célere e eficiente a prestação jurisdicional. A instituição das súmulas vinculantes, dos processos de repercussão geral e a promulgação de lei para os casos de recursos em causas repetitivas marcaram o processo de mudança com o objetivo de restabelecer a normalidade na tramitação de processos judiciais, tudo com o fito de consolidar o primado constitucional da razoável duração do processo (CF/88, artigo 5º, LXXVIII).

Nesse contexto, não se mostra contrário ao texto do art. 93, IX, do texto constitucional, a utilização dos fundamentos da sentença “*como suporte do acórdão que a confirme*”, nos termos da remansosa

jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do que foi decidido quando do julgamento do AgRg no Ag n. 517299/MT, de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros, julgado em 9.5.2006 e publicado no DJ de 29.5.2006, p. 230.

Dito isso, observo que, com relação à matéria trazida nos recursos, há de ser mantida a sentença por seus próprios fundamentos e, para não incorrer em tautologia, transcreve-se trechos que servem para embasar esta decisão:

[...] Pois bem, com efeito, ao que consta do procedimento, trata-se de demanda de conhecimento onde em suma é sabido que cabe a parte Autora fazer prova de suas alegações, como bem preceitua o art. 333, I do CPC, e a sistemática do ônus da prova no Processo Civil Brasileiro (CPC; art. 333, I e II) guia-se pelo interesse. Regula-se pela máxima: “o ônus da prova incumbe a quem dela terá proveito” (STJ, REsp. n. 311370/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 24.5.2004, p. 256).

E, por seu turno, denota-se que inexistente qualquer documento que comprove de forma objetiva e concreta os fatos trazidos à baila na inicial no tocante a ocorrência da subtração nos moldes como exposto.

Aliás, os documentos de f. 10-11 não confirmam ou comprovam de forma concreta a ocorrência do aludido na exordial, aliás, se trata de mero Boletim de Ocorrência que narra os fatos a pedido do comunicante, no caso, o autor. E, por seu turno o documento de f. 9 apenas dá as características da motocicleta, enquanto que os demais, não apontam para a ocorrência dos fatos trazidos à baila na exordial – f. 12-15.

Por sua vez, a prova testemunhal existente nos autos se observa ser precária e não tem o condão de dar base ao pleito contido na inicial, quanto mais quando não embasada ou corroborada com outros elementos de prova concretos.

Ademais, anote-se que a única testemunha ouvida nos autos e constante de f. 88-89 – Sr. César - não presenciou a aludida subtração do veículo/moto. E, ainda se mostra de certo ponto contraditório o depoimento da testemunha quando alega que trabalhava como promotor de vendas – como o autor -, bem como tinham o mesmo horário de entrada e saída, sendo que aponta a testemunha que viu a moto estacionada no início do trabalho – sendo que alega que seu horário era de 7 da manhã às 4 da tarde -, entretanto, asseverou que o autor trabalhava em duas lojas da rede Comper, de manhã em uma loja e a tarde em outra, enquanto que a testemunha trabalhava apenas em uma loja. E, por sua vez, alegou autor no BO que o suposto furto teria ocorrido pela parte da tarde, f. 10. Assim, não esclarecida a aparente contradição da testemunha quanto aos horários, pois se viu a moto no início do trabalho, seria, então, pela parte da manhã, e, segundo o depoimento da testemunha, se o autor se revezava nas lojas, a tarde, a princípio, então, ele deveria estar em outra loja da rede.

E, por seu turno o réu aponta em sua contestação que não há prova concreta que o autor fora trabalhar ou prestar serviços na empresa na data dos fatos, sendo que a corroborar com o alegado junta o documento de entrada de prestadores de serviço no local e ao que se vê de f. 60, embora conste a presença no local da testemunha ouvida em juízo não consta a presença do demandante.

No mais, como já frisado na inicial bem como da ausência de provas em sentido contrário, o autor também não comprova que esteve no estabelecimento da ré como cliente para efetuar compras no local, parando, então, sua moto no aludido estacionamento.

Logo, a precária prova testemunhal em confronto com os argumentos aduzidos pela ré, bem como do documento trazido à colação com a contestação causam incerteza,

contradição e dúvida no alegado pelo autor, não havendo, portanto, demonstração concreta dos fatos elencados pelo demandante.

Desta feita, em havendo contradição e incerteza nas provas produzidas, e, por conseqüência ausência de prova de nexo de causalidade necessário para a procedência da demanda, observa-se que descabe o acolhimento da indenização pleiteada de ressarcimento de valor atinente ao veículo, bem como a eventual dano moral. (f. 110-1).

A pretensão recursal do apelante não merece acolhimento, uma vez que o conjunto probatório constante nos autos não é suficiente para comprovar os fatos constitutivos de seu direito.

Assim, não obstante o documento de f. 10-1, o Superior Tribunal de Justiça já entendeu que o Boletim de Ocorrência somente pode valer como prova se existirem nos autos outros elementos probantes, conforme se observa:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. BOLETIM DE OCORRÊNCIA. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE ELIDIDA ATRAVÉS DE OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. RECURSO ESPECIAL INADMISSÍVEL. - Não é admissível admitir-se valor probante a um determinado documento (B.O.), que não vem corroborado pelos demais elementos de prova coligidos nos autos. - Pretensão dos recorrentes, em última análise, de revolver o conjunto probatório. Incidência da Súmula n. 7-STJ. Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp n. 439760/ES, Quarta Turma, Rel. Ministro Barros Monteiro, julgado em 20.8.2002, DJ de 18.11.2002, p. 229).

No caso dos autos, diante da fragilidade da prova testemunhal de f. 88, bem como pelo fato de ter sido dispensado o depoimento das testemunhas Eduardo Lima dos Santos e Luís Cláudio Oliveira Gomes (f. 87), entendo que não se desincumbiu o autor do ônus da prova acerca dos fatos constitutivos do direito postulado, conforme determina o artigo 333, inciso I, do CPC, de forma que sua pretensão não deve ser acolhida, pois não pode ser amparada em dúvidas ou presunções.

Nesse sentido colaciono o seguinte julgado de minha relatoria:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS – AGRAVO RETIDO – INDEFERIMENTO DE REQUERIMENTO DE OITIVA DE TESTEMUNHA QUE COMPARECERIA VOLUNTARIAMENTE EM JUÍZO – AUSÊNCIA NÃO JUSTIFICADA – APLICAÇÃO DO ARTIGO 412, § 1º DO CPC – MANTIDA – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PARA IMPUGNAR CONTESTAÇÃO – PRECLUSÃO – NÃO CONHECIDO – AGRAVO RETIDO E NÃO PROVIDO – FURTO DE VEÍCULO DE SUPERMERCADO – ÔNUS PROBATÓRIO DO FATO CONSTITUTIVO DO AUTOR (CPC, ART. 333, I), QUE DELE NÃO SE DESINCUMBIU – RECURSO NÃO PROVIDO.

Legítima é a aplicação do § 1º do artigo 412, do Código de Processo Civil, quando o autor, ao apresentar rol de testemunha, afirma que as testemunhas comparecerão em juízo voluntariamente, mas não apresenta justificativa para a ausência de uma delas.

Não se conhece do recurso na parte em que discute questões sobre as quais não foi interposto o recurso cabível contra a decisão que resolveu tais matérias, uma vez que operados os efeitos da preclusão para sua apreciação.

Mantém-se a sentença de improcedência se o autor não se desincumbe do ônus de comprovar os fatos constitutivos do direito alegado na pretensão inicial. (TJMS, AC n. 2004.003979-4, Campo Grande, Primeira Turma Cível, Rel. Des. João Maria Lós, julgado em 30.6.2009).

No mesmo sentido, o seguinte aresto do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, *in verbis*:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO. FURTO DE MOTOCICLETA EM ESTACIONAMENTO DE SUPERMERCADO. ÔNUS DA PROVA. ARTIGO 333 DO CPC. 1. Consoante preceitua o artigo 333 do CPC, o ônus da prova incumbe a quem alega, e não a quem nega a existência de um fato. 2. Caso em que não se desincumbiu a contento a autora em provar o fato sobre o qual fulcra sua pretensão, ou seja, o furto de sua motocicleta no estacionamento do supermercado demandado. 3. Sentença de improcedência mantida. RECURSO DESPROVIDO. (TJRS, AC n. 71001835545, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Rel. Eduardo Kraemer, Julgado em 26.3.2009).

Sustenta ainda o apelante que houve violação ao artigo 132 do Código de Processo Civil, uma vez que a sentença foi prolatada por magistrado diferente daquele que presidiu a audiência de instrução, o que teria lhe acarretado grave prejuízo.

Sem razão o apelante, isto porque, segundo o princípio da identidade física do juiz, o juiz que proferiu a sentença deve ser o mesmo que realizou a instrução do processo. Assim dispõe o artigo 132 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 132. 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.

No caso dos autos, o Dr. Marcelo Câmara Rasslan, magistrado que presidiu a audiência de instrução de julgamento (f. 87-9) foi designado para auxiliar a Vice-Presidência deste Tribunal de Justiça (f. 108), enquanto o magistrado prolator da sentença investida, Dr. Daniel Della Mea Ribeiro, foi designado Juiz de Direito da 2ª Vara Cível de competência residual.

Vale salientar que todos os atos são públicos e foram publicados em órgão oficial.

Assim, havendo convocação do juiz que presidiu a audiência de instrução e julgamento, não há falar em ofensa ao princípio da identidade física do juiz, consoante preceitua o *caput* do art.132 do Código de Processo Civil, retrotranscrito.

*Ad argumentandum tantum*, a apelante não demonstrou quais os prejuízos lhe acarretaram, de modo que, o simples fato de a sentença ter-lhe sido desfavorável não pode ser entendido como prejuízo.

Por fim, quanto ao prequestionamento, não vejo necessidade de manifestação expressa dos dispositivos legais invocados pelo réu no acórdão, já que toda a matéria foi examinada à luz dos pontos aduzidos, além do que o magistrado “*não está obrigado a responder a todos os questionamentos nem a se pronunciar sobre todos os preceitos legais listados pelas partes se já encontrou fundamentação suficiente para embasar a conclusão do julgado*” (ED no MS n. 22067/DF).

Destarte, nada há no julgado que seja merecedor de reparos, merece ser mantido em todos os seus termos, uma vez que foi lançado em estrita consonância com o ordenamento jurídico pátrio, bem como com a jurisprudência dominante.

Ante o exposto, conheço do recurso, porém nego-lhe provimento, mantendo intacta 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. 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, 6 de abril de 2011.

\*\*\*

**Primeira Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2010.013071-3 - Campo Grande**  
**Relator Des. João Maria Lós**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – SEGURO DE VIDA – ALEGAÇÃO DE DOENÇA PREEXISTENTE À CONTRATAÇÃO – AUSÊNCIA DE EXAME PRÉVIO QUANDO DA CONTRATAÇÃO – RISCO ASSUMIDO – SEGURADORA QUE CONCRETIZA O SEGURO SEM EXAME PRÉVIO, PASSANDO A RECEBER OS VALORES DO PRÊMIO, E VEM, APÓS O ÓBITO DO SEGURADO, INVESTIGAR SUA VIDA PREGRESSA E SE NEGAR À COBERTURA SECURITÁRIA – INDÍCIO DE MÁ-FÉ – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – PRINCÍPIO BASILAR DA BOA-FÉ OBJETIVA – NÃO CONHECIMENTO DO AGRAVO RETIDO – PLEITO DA APELAÇÃO NÃO GUARDA CONEXÃO COM AS RAZÕES DO AGRAVO RETIDO – SENTENÇA PARCIALMENTE MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS – REFORMADA APENAS PARA DETERMINAR QUE OS JUROS DE MORA INCIDAM A PARTIR DA CITAÇÃO – CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

A seguradora está obrigada a pagar indenização no caso de não ter submetido o segurado a exame prévio de saúde, não podendo prevalecer a alegação de conhecimento prévio de doença preexistente e de omissão de informação na contratação, por parte do segurado.

Ao concretizar o seguro sem exigir exames prévios, passando a receber o pagamento do prêmio, age de má-fé a seguradora, fora dos princípios morais condizentes com a boa-fé objetiva, que é princípio basilar do sistema de proteção ao consumidor, quando, após o óbito do segurado, quer se eximir da obrigação de pagar o valor correspondente ao seguro, sob a alegação de doença preexistente que ela própria não investigou quando da celebração do contrato.

Nos termos do artigo 333, II, do CPC, não tendo a apelante se desincumbido de provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da parte autora, cumpre manter o juízo de procedência do pedido indenizatório.

A correção monetária visa a recompor o valor real da moeda, em virtude de sua desvalorização, o que torna justificável sua incidência a partir da data do desembolso.

Os juros de mora incidem a partir da citação válida, por ser a data em que a seguradora foi constituída em mora.

## **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, não conhecer do agravo retido e, no mérito, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 22 de junho de 2011.

Des. João Maria Lós – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós

Companhia de Seguros Aliança do Brasil S/A interpõe recurso de apelação em face da sentença de f. 353-64 que, nos autos da Ação de Cobrança que lhe move Espólio de Alfredo Neder e Margarida Simões Correa Neder, julgou parcialmente procedente o pedido inicial, condenando a ré a quitar o saldo devedor das Cédulas Rurais n. 20/90154-2 (apenas 1/3) e 20/90091-0; condenando a ré a pagar aos autores a quantia de R\$ 527.635,51 (quinhentos e vinte e sete mil, seiscentos e trinta e cinco reais e cinquenta e um centavos), correspondente aos valores pagos pelos autores após o falecimento dos *de cujus* segurados, atualizado pelo IGPM/FGV e com juros de 1% ao mês, calculados desde as datas de cada um dos pagamentos discriminados na planilha de f. 303.

Por fim, condenou a ré, com fundamento no art. 20 do CPC, a pagar aos autores as despesas por eles antecipadas e honorários advocatícios que fixou em 20% (vinte por cento) da condenação.

Em suas razões de apelação (f. 378-92), requer, preliminarmente, o conhecimento e o provimento do agravo retido, a fim de que seja reconhecida a ilegitimidade ativa no caso em tela.

No mérito, aduz, em apertada síntese, que a indenização ora pleiteada não é devida ao apelado, uma vez que a doença que ocasionou o óbito do segurado era preexistente à contratação do seguro, tendo o segurado omitido, quando da contratação, o seu real estado de saúde.

Alega ser correto o procedimento da seguradora ao negar o pagamento do seguro, ante a nulidade do contrato gerada no ato da contratação ante a má-fé do segurado.

Não sendo este o entendimento desta Turma, diz que não concorda com o valor da sua condenação no que tange aos R\$ 527.635,51, uma vez que só responde por aquilo que pactuado e até o limite da apólice, não respondendo pelos acréscimos decorrentes de atraso no pagamento ao agente financiador.

Requer, ainda, que os juros remuneratórios sejam computados a partir da citação e a correção monetária da propositura da ação.

Por fim, prequestiona diversos dispositivos legais.

Em contrarrazões, a parte apelada pugna pela manutenção da sentença recorrida em todos os seus termos (f. 398-404).

## VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator)

Companhia de Seguros Aliança do Brasil S/A interpõe recurso de apelação em face da sentença de f. 353-64 que, nos autos da Ação de Cobrança que lhe move Espólio de Alfredo Neder e Margarida Simões Correa Neder, julgou parcialmente procedente o pedido inicial, condenando a ré a quitar o saldo devedor das Cédulas Rurais n. 20/90154-2 (apenas 1/3) e 20/90091-0; condenando a ré a pagar aos autores a quantia de R\$ 527.635,51 (quinhentos e vinte e sete mil, seiscentos e trinta e cinco reais e cinquenta e um centavos), correspondente aos valores pagos pelos autores após o falecimento dos *de cujus* segurados, atualizado pelo IGPM/FGV e com juros de 1% ao mês, calculados desde as datas de cada um dos pagamentos discriminados na planilha de f. 303.

Por fim, condenou a ré, com fundamento no art. 20 do CPC, a pagar aos autores as despesas por eles antecipadas e honorários advocatícios que fixou em 20% (vinte por cento) da condenação.

Em suas razões de apelação (f. 378-92), requer, preliminarmente, o conhecimento e o provimento do agravo retido, a fim de que seja reconhecida a ilegitimidade ativa no caso em tela.

No mérito, aduz, em apertada síntese, que a indenização ora pleiteada não é devida ao apelado, uma vez que a doença que ocasionou o óbito do segurado era preexistente à contratação do seguro, tendo o segurado omitido, quando da contratação, o seu real estado de saúde.

Alega ser correto o procedimento da seguradora ao negar o pagamento do seguro, ante a nulidade do contrato gerada no ato da contratação ante a má-fé do segurado.

Não sendo este o entendimento desta Turma, diz que não concorda com o valor da sua condenação no que tange aos R\$ 527.635,51, uma vez que só responde por aquilo que pactuado e até o limite da apólice, não respondendo pelos acréscimos decorrentes de atraso no pagamento ao agente financiador.

Requer, ainda, que os juros remuneratórios sejam computados a partir da citação e a correção monetária da propositura da ação.

Por fim, prequestiona diversos dispositivos legais.

Pois bem. Como é cediço, após um longo período de debates legislativos sobre a Reforma do Judiciário, introduziu-se no cenário constitucional a EC n. 45/2004, que ensejou a implantação de mudanças e adaptações nos ritos processuais, buscando tornar mais célere e eficiente a prestação jurisdicional. A instituição das súmulas vinculantes, dos processos de repercussão geral e a promulgação de lei para os casos de recursos em causas repetitivas marcaram o processo de mudança com o objetivo de restabelecer a normalidade na tramitação de processos judiciais, tudo com o fito de consolidar primado constitucional da razoável duração do processo (CF/88, artigo 5º, LXXVIII).

Nesse contexto, não se mostra contrário ao texto do art. 93, IX, do texto constitucional, a utilização dos fundamentos da sentença “*como suporte do acórdão que a confirme*”, nos termos da remansosa jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, a exemplo do que foi decidido quando do julgamento do AgRg no Ag n. 517299/MT, de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros, julgado em 9.5.2006 e publicado no DJ de 29.5.2006, p. 230.

Dito isso, observo que, com relação à matéria trazida no recurso, há de ser parcialmente mantida a sentença por seus próprios fundamentos e, para não incorrer em tautologia, transcrevem-se trechos que servem para embasar esta decisão:

[...] Os autores pleiteiam a condenação da ré na quitação dos financiamentos em aberto celebrados com o Banco do Brasil S/A, representados pelas Cédulas Rurais Pignoratórias individuadas às f. 4-7 (n. 40/00019-2; 20/91193-9; 40/00101-6; 20/90154-2; 40/00168-7; e 20/90091) correspondente à indenização pela morte de Alfredo Neder e Margarida Simões Corrêa Neder, bem como na restituição dos valores pagos pelo empréstimo após o óbito dos autores.

Os documentos de f. 127, 130, 134, 140, 143/144, 146 e 150-152, em análise conjunta com os instrumentos de f. 24-30, 31-37, 38-43, 44-51, 52-57, 58-59, 60-69, 70-72 e 73, provam que, entre novembro de 2000 e agosto de 2003, os *de cujus* aderiram, a seis seguros “ouro vida produtor rural”, mantidos pela ré, vinculados às Cédulas Rurais Pignoratórias discriminadas às f. 4-7.

Dispõe a Cláusula 5.1 das condições gerais dos seguros:

5.1 Em caso de morte do Segurado serão beneficiários: - Primeiro Beneficiário: Banco do Brasil S.A. até o saldo devedor da operação de crédito acrescido de 20% sobre o valor do crédito concedido, para atender as despesas do Banco na operação.

- Segundo Beneficiário: Após pago a indenização o primeiro beneficiário, o eventual saldo de Capital Segurado, será pago ao cônjuge sobrevivente, ou na falta deste nos termos da lei. (f. 165-167)

Restou provado, por outro lado, pelo documento de f. 303 que os autores, após o falecimento de Margarida e Alfredo Neder, ocorrido em 26.8.2003 e 5.10.2003, respectivamente (f. 18-19), quitaram alguns dos financiamentos rurais firmados com o Banco do Brasil, despendendo a quantia de R\$ 527.635,51, e que a ré se recusou a efetuar o pagamento da indenização a que os autores teriam direito (f. 22).

O documento de f. 313, por fim, prova que das seis cédulas pignoratícias celebradas entre o Banco do Brasil e Margarida e Alfredo Neder (n. 40/00019-2; 20/91193-9; 40/00101-6; 20/90154-2; 40/00168-7; e 20/90091), apenas as Cédulas Rurais de n. 20/90154-2 e 20/90091-0 não foram quitadas pelos autores.

Conclui-se, destarte, que a princípio, impõe-se a condenação da seguradora na quitação do saldo devedor das Cédulas Rurais em aberto, quais sejam, as de n. 20/90154-2 e 20/90091-0, nos termos do que foi pactuado no seguro objeto das Apólices de f. 127, 130, 134, 140, 143-144, 146 e 150-152, pela morte dos segurados Alfredo e Margarida Neder, bem como na restituição de R\$ 527.635,51, correspondente aos valores pagos pelos autores após o falecimento dos *de cujus*, posto que os autores, desincumbindo-se do ônus do art. 333, I, do CPC, provaram sobejamente os fatos constitutivos do seu direito.

A seguradora ré alegou, contudo, na contestação, e na própria carta de recusa de f. 22, que deixou de pagar a indenização porque o segurado Alfredo Neder omitiu, por ocasião da contratação do seguro, que sofria de doença coronariana e possível doença neoplásica de pulmão, diagnosticadas em março e dezembro de 2001, estado, por isso, a seguradora, exonerada, nos termos do art. 1.444 do Código Civil de 1916, da obrigação de pagar a indenização.

Todavia, diversamente do que sustenta a ré na contestação, não é possível afirmar, com base nos exames de f. 157-159, realizados em 30.3.2001, que o réu sofria de doença coronariana e possível doença neoplásica de pulmão.

Esta conclusão, aliás, é corroborada pelo testemunho do médico que solicitou tais exames, Dr. Wellington Penaforte, que em seu depoimento, às f. 297-298, afirmou: “que solicitou o exame mencionado no laudo de f. 157 dos autos, em uma das primeiras ocasiões em que foi procurado pelo Sr. Alfredo. A ‘opacidade de contornos imprecisos no terço médio do pulmão direito’ constante do laudo não é conclusiva para o diagnóstico de câncer no pulmão, observando que o referido fato, isoladamente, sem outros dados clínicos, como dor no tórax, perda de peso, tosse, dificuldade respiratória, não recomendam, sequer, a realização de exames mais aprofundados”.

Observou, também, que os “resultados destes exames, de f. 156 e 159 são indicativos da existência de câncer, porém, o depoente, por ser clínico, não determinou a realização de outros exames nem disse ao Sr. Alfredo que havia a suspeita de que ele pudesse ter câncer”, salientando que “A confirmação plena de câncer de pulmão depende da realização de exames invasivos, como, por exemplo, uma broncoscopia, com sedação, devendo a conveniência de tal procedimento ser examinada por um especialista, mormente

em se tratando de um paciente de 84 anos de idade, depressivo e com insuficiência renal”, e ressaltando que “este problema não tem qualquer relação com seu problema de pulmão, e o deponente também não o informou sobre a insuficiência renal”.

Por fim, a testemunha afirmou que “não comunicou o Sr. Alfredo da gravidade de suas suspeitas, principalmente em razão de ele contar com 84 anos de idade e ser depressivo, fazendo usos de medicamentos para depressão”, não havendo, portanto, nos autos, nenhuma prova de que de o falecido Alfredo Neder tivesse conhecimento da existência da doença que o levou a óbito.

Aliás, como já dito, não é impossível concluir-se, pelos documentos de f. 157-159, que Alfredo Neder sofria de doença coronariana e doença neoplásica de pulmão, quanto mais que tivesse conhecimento da existência de tais doenças.

Assim, ao contrário do que sustenta a ré, não é possível concluir-se, dos elementos de prova coligidos para os autos, que o falecido Alfredo tivesse ciência das doenças e de que agiu de má-fé ao contratar os seguros e prestar as informações que lhe foram solicitadas.

Ressalte-se que, de acordo com princípio basilar de Direito, a boa-fé se presume. Por outro lado, é inadmissível a presunção de má-fé, que deve restar demonstrada pelos meios de prova em direito admitidos, o que, *in casu*, não ocorreu.

Ademais, como a ré aceitou a proposta de adesão ao seguro sem exigir exames de saúde do *de cujus* Alfredo Neder, incumbia-lhe provar, de modo definitivo e inequívoco, a má-fé do contratante falecido.

Como não se desincumbiu deste ônus, eis que não provou a má-fé dos *de cujus* na contratação do seguro e sua suposta omissão dolosa, ao prestar as informações que lhe foram solicitadas à época em que aderiram aos seguros, subsiste a obrigação da ré de pagar as indenizações securitárias.

[...]

Como a ré, que aceitou a adesão do falecido Alfredo Neder ao seguro de vida em grupo sem exigir-lhe exame médico, e não provou a sua alegação de que o segurado agiu de má-fé e omitiu dolosamente a doença que o levou a óbito – ônus que lhe incumbia, nos termos do art. 333, II, do CPC – subsiste, consoante o pacífico entendimento jurisprudencial acima colacionado, a obrigação da ré de pagar aos autores as indenizações previstas nos contratos de seguro, pelas mortes de Alfredo e Margarida Neder.

[...]

Pelo exposto, estando provado nos autos que: a ré está obrigada, por força do que foi pactuado no seguro objeto das Apólices de f. 127, 130, 134, 140, 143-144, 146 e 150-152, a quitar o saldo devedor das Cédulas Rurais em aberto; os autores despenderam o valor de R\$ 527.635,51 (quinhentos e vinte e sete mil, seiscentos e trinta e cinco reais e cinquenta e um centavos), com o adimplemento de alguns dos financiamentos rurais firmados com o Banco do Brasil (f. 303), após o óbito de Margarida e Alfredo Neder; e que somente as Cédulas n. 20/90154-2 e 20/90091-0 não foram pagas, julgo procedentes os pedidos dos autores:[...]. (f. 356-63).

Apenas, em respeito às razões recursais, acrescento que os contratos objeto da avença encontram-se amparado pelo diploma Consumerista (Lei n. 8.078), que tem por finalidade maior atenuar a vulnerabilidade do consumidor na relação de consumo. Por tal razão, o CDC vem regido por diversas normas principiológicas e munido de específicos instrumentos de proteção, tudo em busca de uma harmonização dos interesses dos participantes, com especial atenção às necessidades do consumidor, que é parte hipossuficiente.

Ao concretizar o seguro sem exigir exames prévios, passando a receber o pagamento do prêmio, e vindo em momento posterior querer eximir-se de pagar a indenização, sob a alegação de doença preexistente, a seguradora demonstra sua má-conduta, fora dos princípios morais condizentes com a boa-fé objetiva, que é princípio basilar do sistema de proteção ao consumidor.

Em geral, tamanha é a má-fé das seguradoras, que não realizam sequer um exame prévio para averiguar o estado de saúde do contratante, na ganância de vender o seguro, mas, quando ocorre o sinistro, arrebanham um calhamaço de documentos que possam desobrigá-las de pagar a apólice, como ocorreu no caso concreto.

A propósito, o Colendo Superior Tribunal de Justiça vem se debruçando sobre o tema ora versado, majoritariamente, inclinando seu entendimento no sentido de que “a seguradora não pode eximir-se do dever de indenizar, alegando simples omissão de informações por parte do segurado, se dele não exigiu exames clínicos prévios. Precedentes.” (AgRg no Ag n. 804965/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJ de 28.8.2008).

Precedentes também desta Corte de Justiça apontam reiteradamente no sentido de que a seguradora que se omite no tocante à exigência de exame médico para aferir o estado de saúde do segurado não pode se escusar da responsabilidade contratual assumida, com base no argumento de doença preexistente.

Vejam, assim, as decisões:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS – PLANO DE SAÚDE – NECESSIDADE DE CIRURGIA – DOENÇA PREEXISTENTE – PRAZO DE CARÊNCIA – EMERGÊNCIA/URGÊNCIA – DANO MORAL – FALECIMENTO DA AUTORA – SUBSTITUTOS PROCESSUAIS – LEGITIMIDADE – DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO – QUANTUM INDENIZATÓRIO – CRITÉRIO DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Conforme precedentes desta Corte e do STJ, omissa a prestadora de serviços no tocante à exigência de exame médico para aferir o estado de saúde do consumidor, não pode se escusar da responsabilidade contratual assumida, com base no argumento de doença preexistente, notadamente quando não comprovada a má-fé do contratante, e quando houver o recebimento durante todo o período do contrato do prêmio previamente avençado sem qualquer oposição. [...] (TJMS, AC n. 2009.018381-3, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 9.9.2009).

AÇÃO DE COBRANÇA – AUTOR DA AÇÃO QUE PLEITEIA PAGAMENTO DE SEGURO, EM RAZÃO DE FALECIMENTO DE SUA GENITORA – SEGURADORA QUE SE NEGA A PAGAR A INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA, AO ARGUMENTO DE SER PRÉ-EXISTENTE A DOENÇA QUE A LEVOU A ÓBITO – NÃO ACOLHIMENTO – SEGURADORA QUE NÃO EXIGIU A REALIZAÇÃO DE EXAMES PRÉVIOS, QUANDO DA CONTRATAÇÃO DO SEGURO – MÁ-FÉ DO SEGURADO NÃO DEMONSTRADA – CORREÇÃO MONETÁRIA – INCIDÊNCIA A PARTIR DE NEGATIVA ADMINISTRATIVA EM EFETUAR O PAGAMENTO – RECURSO IMPROVIDO.

I- Se a seguradora, quando da celebração de contrato de seguro de vida, não exigiu do segurado nenhum exame médico prévio, assumiu ela os riscos da contratação, de maneira que, se a doença dele era pré-existente ao contrato, a seguradora não pode eximir-se do pagamento de indenização securitária. (TJMS, AC n. 2008.020089-3, Rel. Des. Ildeu de Souza Campos, julgado em 15.4.2009).

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – SEGURO DE VIDA – DOENÇA PRÉ-EXISTENTE – PRETENSÃO DE EXCLUSÃO DE COBERTURA – DOENÇA NÃO DECLARADA – EXAME PRÉVIO NÃO REALIZADO – AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – CONDENAÇÃO MANTIDA – ARTIGO 475-J DO CPC – RECURSO IMPROVIDO.

Não pode a seguradora eximir-se do dever de indenizar, sob o argumento de que o segurado não informou ser portador de doença preexistente, se dele não exigiu exames de saúde prévio e, ainda, não comprovou que agia de má-fé. [...] (TJMS, AC n. 2008.020290-7, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, julgado em 29.10.2008).

Veja-se, pois, que é assente o entendimento jurisprudencial de que as seguradoras, ao não exigirem exame médico dos contratantes, quando da adesão aos planos de saúde, assumem os riscos do negócio e passam a receber os valores do prêmio, notadamente quando passam mesmo a receber tais valores, formando no espírito do contratante o entendimento de que tanto ele quanto, principalmente, sua família encontrar-se-ão amparados em caso de infortúnio que o venha a vitimar.

#### Da Correção Monetária e dos Juros de Mora

Quanto à incidência da correção monetária, pleiteia a apelante para que seja observada a data da propositura da presente ação.

Pois bem, entendo carecer de razão a recorrente, visto que o direito à indenização pleiteada a favor da recorrida originou-se quando do efetivo pagamento, e não da propositura da presente ação.

Nesse sentido, a Súmula n. 43 do STJ dispõe que: “*Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo*”.

Cumprе ressaltar que o escopo da correção monetária é preservar o real valor do débito, tendo em conta a inflação do país, de forma que deve incidir desde o momento em que nasce o direito do indivíduo a receber determinado importe, no caso desta demanda, a partir de cada desembolso.

Contudo, quanto aos juros de mora, entendo que tem razão a seguradora apelante, pois, como é sabido, só podem ter aplicação quando configurada a mora do devedor. No caso *sub examine*, o termo inicial há de ser a data da citação válida, nos termos da lei. Corroborar com esse entendimento o julgado deste Tribunal. Confira:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - INDENIZAÇÃO DO SEGURO DPVAT - INVALIDEZ PARCIAL PERMANENTE - 40 SALÁRIOS MÍNIMOS - INCIDÊNCIA DE JUROS MORATÓRIOS - CITAÇÃO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Sendo a invalidez permanente, não importa o grau de parcialidade desta, tendo em vista que a lei não faz distinção quanto ao grau de incapacidade, apenas declara a obrigação de indenizar, daí que o ofendido faz jus à indenização correspondente a 40 salários mínimos, nos termos do artigo 3º, da Lei n. 6.194/74. 2. Os juros de mora incidem a partir da citação válida, por ser a data em que a seguradora foi constituída em mora. (Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel, DJ n. 2203 de 26.5.2010).

#### Do Agravo Retido

Requer seja conhecido e provido o recurso “*para reformar a r. Sentença, a fim de que seja conhecida e ilegitimidade de parte no caso em tela*” (f. 383). Aduz, para tanto, “*que o Espólio não tem personalidade jurídica, tão somente capacidade processual, não podendo, portanto, pleitear indenização*”.

Esclareço, contudo, que deixo de conhecer o mérito do recurso, uma vez que desconexo o pedido acima mencionado, uma vez que o agravo retido de f. 255-9 se insurge tão somente em face da prova pericial indireta e não em face da legitimidade ativa impugnada na apelação.

#### Do Prequestionamento

Por fim, quanto ao prequestionamento do recorrente, insta salientar que toda a matéria foi examinada à luz dos pontos aduzidos, além do que o magistrado “*não está obrigado a responder a todos os questionamentos nem a se pronunciar sobre todos os preceitos legais listados pelas partes se já encontrou fundamentação suficiente para embasar a conclusão do julgado*” (ED no MS n. 22067/DF).

#### Conclusão

Por tais razões, conheço do recurso interposto pela seguradora requerida e dou-lhe parcial provimento apenas para determinar que os juros de mora incidam a partir da citação válida.

### DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NÃO CONHECERAM DO AGRAVO RETIDO E, NO MÉRITO, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

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

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

Campo Grande, 22 de junho de 2011.

\*\*\*

**Primeira Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2010.028993-7 - Campo Grande**  
**Relator Des. João Maria Lós**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – PLANO DE SAÚDE – UNIMED – CONTRATO – ÁREA REGIONAL DE ABRANGÊNCIA – CÂNCER – TRATAMENTO POR MEIO DE RADIOTERAPIA REALIZADA FORA DA ÁREA DE ABRANGÊNCIA – PROCEDIMENTO DE URGÊNCIA-EMERGÊNCIA – POSSIBILIDADE – ART. 35-C DA LEI N. 9.656/98 – OBRIGATORIEDADE DO PLANO DE SAÚDE EM COBRIR AS DESPESAS – NÃO OCORRÊNCIA DE DESEQUILÍBRIO CONTRATUAL – RECURSO IMPROVIDO.

Em procedimentos de urgência ou emergência, a prestadora de serviço de saúde é obrigada a cobrir as despesas do tratamento indicado, considerando o risco de vida da paciente, ainda que fora da abrangência da cobertura regional.

O contrato de seguro cria um direito absoluto que é a preservação da vida acima de restrições de qualquer natureza.

Tendo em vista seu relevante interesse social, a Lei n. 9.656/98 incide mesmo nos contratos firmados antes de sua vigência, de prestação continuada, como são os contratos dos planos de saúde. Segundo o artigo 35-C, inciso I, da Lei n. 9.656/98, impõe-se aos planos de saúde a cobertura de qualquer necessidade urgente na qual se encontre o aderente.

Na atividade da natureza comercial praticada por empresa de saúde, excepcionalmente, assume o risco de cobrir despesas mais elevadas que a contratada, em situação de emergência, sem que isso caracterize desequilíbrio contratual, pois, no sistema cooperativo médico, os que pagam o plano, e não o utilizam, suprem essas despesas extraordinárias.

## **ACÓRDÃO**

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

Campo Grande, 30 de março de 2011.

Des. João Maria Lós – Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Des. João Maria Lós

Unimed - Cooperativa de Trabalho Médico de Campo Grande/MS -interpõe recurso de Apelação Cível - Ordinário - em face da sentença que, nos autos da ação de obrigação de fazer que lhe promove Espólio de Sebastiana Célia de Paula Magrini, julgou procedente o pedido formulado para condenar a

requerida, ora apelante, a efetuar a cobertura para as despesas relativas ao tratamento ao qual se submeteu Sebastiana de Paula Magrini no Hospital Alemão Oswaldo Cruz, confirmando a liminar concedida.

A recorrida ajuizou ação de obrigação de fazer após ter sido diagnosticada com tumores no cérebro, decorrente de metástase, onde o médico recomendou a internação da recorrida em hospital capaz de tratar a doença, com aparelhos adequados para sua enfermidade, sendo este o Hospital Alemão Oswaldo Cruz na cidade de São Paulo.

Em 2.4.2007, a recorrida, a qual era conveniada do plano de saúde – Unimed – iniciou o tratamento de radioterapia no hospital em questão quando foi surpreendida pela negativa da requerida em dar continuidade ao seu tratamento, sob o fundamento que não havia cobertura contratual para tanto, sendo que o Hospital em que se internou é conveniado com a Unimed paulistana.

A liminar para sua internação foi deferida no plantão em 14.4.2007.

Em sua defesa, a Unimed alegou falta de interesse de agir, no mérito sustentou que não havia previsão de atendimento no hospital em que a recorrida se internou, pois no contrato há uma restrição de hospitais que atuam com tabela própria e são de alto custo, como no caso em questão, ainda, que o contrato faz lei entre as partes e que deve ser cumprido, que o contrato não possui cláusulas abusivas.

Em sua r. sentença, o magistrado singular julgou antecipadamente a lide, uma vez que a recorrida faleceu 4 (quatro) dias após a concessão da liminar (f. 206), confirmou a liminar e julgou procedente o pedido formulado para condenar a requerida a efetuar a cobertura para as despesas relativas ao tratamento ao qual se submeteu Sebastiana de Paula Magrini no Hospital Alemão Oswaldo Cruz.

Inconformada com o *decisum*, a apelante, em sede de apelação, arguiu preliminar de cerceamento de defesa, afirmando que requereu a produção de provas, as quais eram fundamentais para o desenrolar do caso, não sendo apreciado pelo magistrado sentenciante que julgou a lide antecipadamente.

No mérito, sustenta que a apelada tinha conhecimento de que somente poderia ser atendida em hospitais que fossem conveniados e por médicos cooperados, assumindo o ônus e risco por haver optado e permanecido em nosocômio não credenciado, que atua por meio de tabela própria, ou seja, de alto custo, não podendo imputar à apelante que arque com as consequências de sua decisão.

Alega que, por mais que os contratos que vinculam os usuários às cooperativas de trabalho médico estejam submetidos às regras do CDC, estes instrumentos são submetidos ao princípio do *pacta sunt servanda*.

Pugna pelo acolhimento da preliminar suscitada, extinguindo-se o processo sem resolução do mérito, seja determinado o provimento do recurso, retificando a decisão objurgada, julgando totalmente improcedente o pleito inicial.

A parte recorrida alega, em síntese, que a decisão ora em debate deve ser mantida *in totum* pelos seus próprios fundamentos.

## VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator)

Trata-se de Apelação Cível - Ordinário - interposta por Unimed - Cooperativa de Trabalho Médico de Campo Grande/MS em face da sentença de f. 264-73 que, nos autos da ação de obrigação de fazer que

lhe promove Espólio de Sebastiana Célia de Paula Magrini, julgou procedente o pedido formulado para condenar a requerida, ora apelante, a efetuar a cobertura para as despesas relativas ao tratamento ao qual se submeteu no Hospital Alemão Oswaldo Cruz, confirmando a liminar concedida.

A liminar foi deferida às f. 132-4 (TJMS).

Citada, a empresa-ré ofereceu contestação às f. 144-64, em que alegou que o contrato firmado entre as partes prevê o atendimento exclusivamente regional/local e que fica fora da cobertura os procedimentos eletivos realizados fora da área de abrangência geográfica da Unimed, bem como que não poderia ser atendida em hospitais que não fossem conveniados, e que não operassem por meio de tabela própria, como *in casu*.

Sustentou que deve ser aplicado o *pacta sun servanda*, isto porque não há fundamento para a autora, ora recorrida, aduzir que não haveria limitação para utilização do plano de saúde diante do caso em tela, e que não restaria configurada a cláusula limitadora do atendimento somente em hospitais conveniados, não operando em tabela própria e de prévio conhecimento da apelada.

Pugnou pela necessidade de prestação de caução para a internação no hospital.

À f. 206 dos autos, a parte recorrida informa que a então autora da ação de obrigação de fazer faleceu em decorrência de insuficiência de câncer de mama, juntando certidão de óbito.

O juiz julgou a lide antecipadamente na forma do art. 330, I, do CCP.

Sobreveio a sentença singular, cujo teor da parte dispositiva é o seguinte:

Não há dúvida, portanto, que cabe à requerida arcar com os gastos provenientes do tratamento de Sebastiana Célia de Paula Magrini. Destarte, em razão dos argumentos expostos, julgo procedente o pedido formulado para condenar a requerida a efetuar a cobertura para as despesas relativas ao tratamento ao qual se submeteu Sebastiana Célia de Paula Magrini junto ao Hospital Alemão Oswaldo Cruz, confirmando a liminar concedida. A requerida arcará com as custas processuais e os honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da condenação em atenção ao que dispõe o artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil, especialmente considerando a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. Conflito dirimido com resolução de mérito com fundamento no artigo 269, I, do Código de Processo Civil.

A apelante, em suas razões do apelo, suscitou **Preliminar de Cerceamento de Defesa**, a qual passo à análise.

Entendo que tal argumento não merece guarida, isto porque o artigo 131 do CPC consagra o princípio da persuasão racional, habilitando o magistrado a valer-se do seu convencimento à luz dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto constantes dos autos. Nada obstante, compete-lhe rejeitar diligências que delonguem desnecessariamente o julgamento, a fim de garantir a observância do princípio da celeridade processual.

Outrossim, inexistente cerceamento de defesa quando o juiz, considerando desnecessária a dilação probatória, julga antecipadamente a lide com base nos elementos até então coligidos. E é o que determina o Código de Processo Civil, se a “*questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência*” (art. 330, I).

Ademais, tendo o magistrado afirmado estar em condições de julgar a lide, e mais, tendo vislumbrado que as provas colacionadas aos autos são suficientes para o deslinde da causa, é dever dele julgar a lide antecipadamente, evitando que a controvérsia se perduza no tempo. Veja-se jurisprudência neste sentido:

Suficientes os elementos dos autos para proferir a decisão, o julgamento antecipado da lide não implica cerceamento de defesa. (REsp n. 445438/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 9.12.2002, p. 352).

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 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).

Deveras, é cediço nesta Corte que incorre cerceamento de defesa quando desnecessária a produção da prova pretendida (REsp n. 226064/CE, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 24.6.2003, DJ de 29.9.2003), impondo-se o julgamento antecipado da lide em que se controverte apenas sobre matéria de direito, em obediência aos princípios da economia e da celeridade processuais (REsp n. 324.098/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 21.3.2002, DJ de 29.4.2002; e REsp n. 337.785/RJ, Terceira Turma, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Nancy Andrighi, julgado em 4.12.2001, DJ 25.3.2002).

Rejeita-se, portanto, a preliminar de cerceamento de defesa.

### **Mérito**

Inicialmente, é possível verificar que a recorrida objetivou com a respectiva ação de obrigação de fazer a transferência para o Hospital Alemão Oswaldo Cruz, conveniado da Unimed na cidade de São Paulo, tendo em vista a falta de aparelhos adequados para o tratamento da doença na cidade de Campo Grande, MS.

Segundo as razões da apelante, o julgador *a quo* emitiu sentença que viola expressamente dispositivos legais, isto porque a Lei Federal n. 9.656/98, que regulamenta os planos de saúde, foi desrespeitada, uma vez que, ao aplicar a lei consumerista, o magistrado sobrepôs a legislação mais nova e específica que regulamenta os contratos de plano de saúde suplementar.

De consequência, não merece ser acolhido o inconformismo da apelante, visto que a decisão proferida pelo juiz singular ateu-se à apreciação dos fatos, aplicando corretamente o direito tutelado, no que me valho dos mesmos argumentos para mantê-la integralmente.

Primeiramente, como bem deixou acentuada com muita propriedade a sentença singular, nenhuma dúvida persiste de que a recorrida tinha tumor cerebral, decorrente de metástase que, por sua vez, é originário do câncer de mama, e que se enquadrava em uma situação que exigia um tratamento muito delicado e de extrema emergência, conforme se observa na vasta documentação dos autos.

É incontestável que a situação da então autora da ação era gravíssima, tanto que faleceu 4 (quarto) dias após a concessão da liminar na inicial.

E, em nenhum momento que compareceu no processo buscou a recorrente descaracterizar a situação de grave risco em que se encontrava a apelada, mas preocupou-se exclusivamente em conceituar subjetivamente o que entende como urgência/emergência.

É evidente que, se a apelada apresenta risco da própria vida, fato incontroverso, pois não impugnado pela ré/apelante, e se o tratamento convencional se mostra inerte, sem poder de cura ou até mesmo sem suporte técnico na cidade de Campo Grande, MS, para o tratamento, é evidente a situação de urgência/emergência em se submeter à radioterapia, pois se constituía como a única e derradeira solução de possibilidade de cura.

Dessa forma, como bem ponderou a sentença singular, que adoto como razões de decidir:

[...] Pelo que consta nos autos, Sebastiana Célia de Paula Magrini submeteu-se a exame e foi constatada a existência de tumores em seu cérebro, sendo que passou a se submeter ao tratamento de radioterapia no Hospital Alemão Oswaldo Cruz a partir da data de 4.4.2007 e tal hospital é conveniado com a Unimed/SP.

Restou comprovado também que o tumor cerebral que Sebastiana Célia de Paula Magrini possuía se enquadrava em uma situação que exigia um tratamento de emergência, pois a doença já se encontrava na fase de metástase, conforme se observa no documento de f. 28.

Não se pode olvidar que é obrigatória a cobertura do atendimento do paciente que se encontre em situação de emergência, conforme determina o artigo 35C da Lei n. 9.656/98, com redação dada pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 24.8.2001, *in verbis*:

É obrigatória a cobertura de atendimento nos casos:

I – de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente.  
(f. 271)

Dessa forma, ficou clara e incontestável a situação excepcional de urgência/emergência ante a gravidade do quadro apresentado pela apelada, que em nenhum momento foi desconstituído pela recorrente.

Verifico que a parte recorrida, ao submeter a recorrente à guia de solicitação de autorização para o internamento e para os procedimentos das aplicações de radioterapia, negou-se a autorizar sob o argumento de que o plano de saúde da recorrida estabelecia que ela poderia ser atendida apenas em hospitais conveniados e que não operassem por meio de tabela própria.

Ocorre que o Hospital Oswaldo Cruz é conveniado da recorrida, indo em confronto às alegações da recorrente, sendo que este autoriza os seus usuários a fazerem o procedimento solicitado pela recorrida, comprovando-o pelos inúmeros atendimentos a pacientes do plano de saúde em questão na cidade de São Paulo.

Desta forma, como bem salientou o julgador singular:

[...] São pontos incontroversos a existência de tumores no cérebro da requerente em fase de metástase; o tratamento médico realizado no Hospital Alemão Oswaldo Cruz, que é conveniado com a Unimed/SP; e a morte da requerente no dia 18.4.2007 em razão da doença.

Algumas considerações iniciais são necessárias.

O artigo 16, VI, da Lei n. 9.656, de 3.6.1998, que dispõe sobre os Planos e Seguros Privados de Assistência à Saúde, com redação dada pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 24.8.2001, estabelece que:

Art. 16 - Dos contratos, regulamentos ou condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei devem constar dispositivos que indiquem com clareza:

[...]

VI - os eventos cobertos e excluídos.

Não há dúvida, pela interpretação do dispositivo indicado alhures, que é possível se estabelecer nos contratos e regulamentos os eventos eventualmente cobertos e os excluídos de determinado plano de saúde sem que tal conduta implique em violação a direito do consumidor. [...]

Possível, portanto, a limitação ou a exclusão de determinado evento no contrato celebrado com empresas que exploram planos de saúde.

Pois bem. Examinando-se a cláusula 01.1 do contrato celebrado entre as partes, verifica-se que a cobertura da requerida abrange todas as demais cooperativas integrantes do seu sistema no âmbito nacional, excluindo-se da cobertura os serviços de hospitais, clínicas, laboratórios que operem com tabela própria, mesmo que credenciado por outra cooperativa do sistema Unimed, como se observa:

Cláusula 01.1 – A UNIMED, na condição de sociedade cooperativa, caracterizada como instrumento de contratação dos profissionais cooperados, qualificada como operadora de planos privados de assistência à saúde de acordo com o inciso I, do parágrafo 1º, do artigo 1º, da Lei n. 9.656, de 3.6.98, prestará ao CONTRATANTE sob o regime de mensalidade pré-fixada, Assistência Médico-Hospitalar, de natureza clínica e cirúrgica, por intermédio dos profissionais cooperados e de hospitais e serviços auxiliares de diagnóstico e terapia próprios ou credenciados, nas internações normais ou terapia intensiva, obrigando-se na execução dos serviços direcionados à prevenção de doenças e a recuperação, manutenção e reabilitação da saúde, a observar as cláusulas e condições ora ajustadas, abrangendo os municípios de atuação da UNIMED e todas as demais Cooperativas Médicas que integram o SISTEMA NACIONAL UNIMED, que mantenham intercâmbio entre si, conforme relação entregue à CONTRATANTE e de acordo com os recursos de que disponha a prestadora e as condições de intercâmbio, excluindo-se dos serviços oferecidos por todos aqueles hospitais, clínicas e laboratórios, ainda que credenciados por outra cooperativa integrante do Sistema Nacional UNIMED, opere com tabela própria que diferencie da praticada pela UNIMED Campo Grande – MS. (f. 40-73).

Pelo que consta nos autos, Sebastiana Célia de Paula Magrini submeteu-se a exame e foi constatada a existência de tumores em seu cérebro, sendo que passou a se submeter ao tratamento de radioterapia no Hospital Alemão Oswaldo Cruz a partir da data de 4.4.2007 e tal hospital é conveniado com a Unimed/SP.

Restou comprovado também que o tumor cerebral que Sebastiana Célia de Paula Magrini possuía se enquadrava em uma situação que exigia um tratamento de emergência, pois a doença já se encontrava na fase de metástase, conforme se observa no documento de f. 28.

Não se pode olvidar que é obrigatória a cobertura do atendimento do paciente que se encontre em situação de emergência, conforme determina o artigo 35C da Lei n. 9.656/98, com redação dada pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 24.8.2001, *in verbis*:

É obrigatória a cobertura de atendimento nos casos:

I – de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente. [...]

Não há dúvida, portanto, que cabe à requerida arcar com os gastos provenientes do tratamento de Sebastiana Célia de Paula Magrini. (f. 269)

Destarte, não estando cabalmente provado que a recorrente tenha dado inequívoco conhecimento ao beneficiário/recorrida sobre os serviços excluídos da cobertura prevista contratualmente, bem como da emergência do caso em análise, não pode eximir-se da responsabilidade pelo cumprimento das suas obrigações, impondo-se a procedência do pedido inaugural de obrigação de fazer, consistente na autorização de cobertura integral, inclusive material e internação, necessários à realização da angioplastia com implantação de *stents*.

Nesse norte, já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais em caso semelhante:

ORDINÁRIA. PLANO DE SAÚDE. CONSUMO. FORNECEDOR. SERVIÇOS. CONSUMIDOR. CONHECIMENTO. CONTRATO. OBRIGATORIEDADE. FALTA. RISCO. EXCLUSÃO. NÃO EFETIVIDADE. COBERTURA. MANUTENÇÃO. SENTENÇA. MANUTENÇÃO. DEVEM OS CONSUMIDORES SER INFORMADOS PELOS FORNECEDORES DE SERVIÇOS, PRÉVIA E INEQUIVOCAMENTE, SOBRE O CONTEÚDO INTEGRAL DOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE. Não exime-se da responsabilidade do cumprimento de suas obrigações, o fornecedor de serviços que não haja dado inequívoco conhecimento ao consumidor sobre os riscos excluídos da cobertura securitária contratualmente prevista no plano de assistência à saúde. (TJMG, AC n. 1.0024.05.749490-8/002, Belo Horizonte, Décima Sexta Câmara Cível, Rel. Des. José Amancio, julgado em 25.10.2006, DJMG de 11.11.2006).

E esta E. Corte de Justiça também já se manifestou em casos de cobertura do plano de saúde fora do Estado, *in verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – PLANO DE SAÚDE – PRELIMINAR – ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DA UNIMED – REJEITADA.

- Muito embora o contrato de plano de saúde não tenha sido firmado diretamente entre o consumidor e a UNIMED, mas sim por intermédio do SICREDI, é perante aquela que são solicitadas as consultas, internações e os tratamentos, circunstância que evidencia o liame subjetivo entre as partes, instaurando uma relação jurídica, que legitima a UNIMED no pólo passivo da relação processual.

- Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada.

MÉRITO – PLANO DE SAÚDE – NEGATIVA DE COBERTURA – TRANSPLANTE RENAL – CARÁTER EMERGENCIAL – INCIDÊNCIA DO ART. 35-C DA LEI N. 9.656/98 – OBSERVÂNCIA, OUTROSSIM, DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS – OBRIGAÇÃO DA OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE DE CUSTEAR AS DESPESAS MÉDICAS E HOSPITALARES – PRESTAÇÃO DO SERVIÇO FORA DO TERRITÓRIO DA UNIDADE – POSSIBILIDADE – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO – SENTENÇA MANTIDA.

- Tendo em vista seu relevante interesse social, a Lei n. 9.656/98 incide mesmo nos contratos firmados antes de sua vigência, de prestação continuada, como são os contratos dos planos de saúde.

- Segundo o artigo 35-C, inciso I, da Lei n. 9.656/98, impõe-se aos planos de saúde a cobertura de qualquer necessidade urgente na qual se encontre o aderente.

- Verificado o caráter emergencial da realização do transplante renal, atestado pelo médico do paciente, não há como justificar a negativa de cobertura de internação e dos

procedimentos cirúrgicos, em observância não só à inteligência do artigo 35-C da Lei n. 9.656 de 1998 mas, também, dos preceitos constitucionais, pelos quais a vida e dignidade da pessoa humana devem ser, em regra, resguardadas sempre em primeiro plano.

- É defeso às unidades da UNIMED restringirem a prestação de seus serviços apenas à sua respectiva localidade, eis que se trata de uma cooperativa de serviços médicos com extensão em todo país e que se vale desta abrangência territorial para conquistar mais associados.

- Recurso conhecido e improvido, com a manutenção da sentença. (TJMS, AC n. 2010.032431-0, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Dorival Renato Pavan, julgado em 14.12.2010).

Esclareça-se, ainda, que não merece prosperar a alegação da ré/apelante quando afirma que seus serviços estão restritos ao município de Campo Grande, de modo a excluir qualquer localidade fora desta área.

Conforme já pacificado nos tribunais, é defeso às unidades da Unimed restringirem a prestação de seus serviços apenas à sua respectiva localidade, visto que se trata de uma cooperativa de serviços médicos com extensão em todo país e que se vale desta abrangência territorial para conquistar mais associados. Eis o seguinte julgado proferido no âmbito no TJRJ que perfeitamente se amolda ao caso concreto:

OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EFETIVADO POR COOPERATIVAS SITUADAS EM CIDADES DIFERENTES, COM PERSONALIDADE JURÍDICA DISTINTA, PORÉM SOB A MESMA DESIGNAÇÃO (UNIMED). ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADA. RESPONSABILIDADE DA UNIMED-RIO PELA COBERTURA. As Cooperativas são sociedades de pessoas, distintas das sociedades comerciais, de fins não econômicos, embora visem resultados positivos, constituídas para prestar serviços a seus associados, sendo regidas pela Lei n. 5764/71. Embora a UNIMED RIO e a UNIMED PAULISTANA sejam pessoas jurídicas distintas, ambas fazem parte do Complexo Empresarial Cooperativo Unimed, tanto o é que no site UNIMED pode ser constatado que esta se intitula COMPLEXO UNIMED, oferecendo serviços em todas as unidades da Federação, sendo incontroverso que o atendimento possa ser feito em todas as partes do País. Existência de solidariedade entre as UNIMEDs que se justifica ainda mais quando se verifica que o cartão do usuário, que se encontra nos autos, está identificado o logotipo UNIMED, na parte superior direita, sem fazer qualquer referência a que cidade pertence, evidenciando, assim, a correlação entre as empresas. A ré integra o mesmo conglomerado econômico - Sistema Cooperativo Unimed, e, portanto, se locupleta com a propaganda conjunta realizada para todo o grupo, obtendo credibilidade pública em âmbito nacional, também deve suportar os ônus desta vantagem. A Unimed, como um todo ou por meio de cada uma das suas subdivisões, não pode criar no consumidor a expectativa de se tratar de um serviço de escopo amplo, e mesmo nacional, para quando se vê demandado em juízo buscar limitar a sua responsabilidade apenas à determinada pessoa jurídica regional, que não teria obrigação de arcar com a pretensão manejada., grifei. (STJ, Ag n. 1090307, Relª. Minª. Nancy Andrighi, DJ de 10.2.2009.)

Por fim, registro que, muito embora o art. 199 da Constituição Federal tenha previsto que a assistência à saúde é “*livre à iniciativa privada*”, tal dispositivo, dada a relevância das ações e serviços de saúde, não dispensou o particular de pautar as suas condutas em conformidade com os ditames estabelecidos na Lei Maior do país.

Evidentemente que a saúde encontra-se dentre os direitos primordiais que constituem alvo prioritário de proteção pela Constituição Federal, pois se trata de um direito vital dos indivíduos, sem o qual não é possível gozar do mais supremo valor constitucional, que é a dignidade da pessoa humana.

Ratifica-se ainda que é sabido e natural que, quando os consumidores contratam planos de saúde, visam à efetiva cobertura de todos os riscos que venham a acometer a sua saúde e a de seus dependentes. Portanto, esperam uma adequada prestação dos serviços de assistência médica, com a qualidade necessária. Logo, não é crível asseverar que um plano de saúde previamente contratado negue ao tratamento radioterápico prescrito à autora/recorrida, sob a alegação de não se tratar de procedimento de urgência/emergência, limitando-os como forma interpretativa exclusivamente a situações de acidentes. A saúde não tem um limite definido e fere a boa-fé objetiva e a função social do contrato desprestigiar esse fator.

Portanto, em face de tudo que foi aqui exposto, conheço do recurso, porém rejeito a preliminar nele arguida e, no mérito, nego-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença atacada.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

**POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.**

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

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

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

Campo Grande, 30 de março de 2011.

\*\*\*

**Primeira Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2009.015862-1 - Três Lagoas**  
**Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – DEMORA EM REALIZAÇÃO DE PARTO CESARIANO – AGRAVAMENTO DE PROCESSO INFECCIOSO – REALIZAÇÃO DE SUCESSIVAS CIRURGIAS – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – ART. 14 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – DANOS MORAIS – ARBITRAMENTO DA INDENIZAÇÃO EM MONTANTE QUE DESTOA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.

A responsabilidade pelo prestador de serviço, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, é objetiva, deve, portanto, o hospital responder pelos prejuízos decorrentes na demora em realização de parto cesariano, agravando processo infeccioso que culminou na necessidade de sucessivas cirurgias em paciente.

Deve ser reduzido o arbitramento da indenização por danos morais que destoa dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

## **ACÓRDÃO**

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

Campo Grande, 13 de abril de 2011.

Des. Joenildo de Sousa Chaves – Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves

O Hospital Nossa Senhora Auxiliadora, inconformado com a sentença que julgou procedente o pedido formulado nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais proposta por Elizabeth Aparecida de Souza, interpõe o presente recurso, no qual sustenta que: a apelada, diferente do que consta na exordial, foi internada em 2.8.2004 para que fosse realizado o parto, sendo constatado na ocasião que chegou ao nosocômio com a existência de uma secreção purulenta, ou seja, com infecção trazida de casa, comprovada pelo hemograma realizado em 3.8.2004; a apelada teve acompanhamento pós-operatório, vindo a se internada novamente em 9.8.2004 acometida de choque séptico proveniente de complicações decorrentes dos riscos inerentes e possíveis relativos a cirurgias anteriores, motivo pelo qual foi submetida a uma laparotomia exploradora, realizada no dia 13.8.2004; em 27.8.2004 voltou a ser internada, impondo-se uma nova intervenção cirúrgica para drenagem de abscessos; não há nos autos nenhuma prova de que foi negligente, imperito ou imprudente, adotando-se os procedimentos padrões para o caso; as respostas dadas pelo perito demonstram que a gestação da apelada não foi normal, o que gera o fator de risco de infecção muito maior do que em uma gestação dita normal; inexistente nexo causal entre o dano e a prestação de serviços

do hospital; se o paciente sofreu danos em razão do atuar culposo e exclusivo do profissional médico que a atendeu, apenas este poderá ser responsabilizado, pois a responsabilidade do nosocômio somente terá espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição lhe é afeta única e exclusivamente; em caso de manutenção da indenização, deve o seu valor ser arbitrado em limites alicerçados pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Ao final, pugna pelo conhecimento e provimento do recurso, para que seja reformada a decisão de primeiro grau, julgando-se improcedente o pedido inicial, ou, assim não entendendo, requer seja a indenização reduzida.

Contrarrazões às f. 939-45.

## VOTO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves (Relator)

Versam os autos sobre ação de indenização por danos morais e materiais proposta por Elizabeth Aparecida de Souza em desfavor do Hospital Nossa Senhora Auxiliadora, cuja sentença julgou procedente o pedido formulado para condenar o réu a pagar à autora o valor de R\$ 83.700,00 (oitenta e três mil e setecentos reais), atualizado desde a data do arbitramento até o efetivo pagamento pelo IGP-M/FGV, com juros de mora de 1% ao mês igualmente desde o arbitramento.

Extrai-se de todo o processado que a autora compareceu no hospital réu na manhã do dia 2.8.2004, queixando-se de fortes dores e bolsa rota por mais de 24 horas, ficando, no entanto, internada e em observação até a manhã do dia 3.8.2004, data em que foi submetida a parto cesariano de emergência, no início da manhã. No período da tarde efetuou-se uma cirurgia em decorrência de sangramento agudo, sendo realizado o procedimento de histerorrafia (sutura do útero), vindo a receber alta em 7.8.2004.

No dia seguinte a alta, a autora retornou ao nosocômio com dores abdominais, concluindo o corpo médico pela necessidade de retirada parcial do útero (histerectomia) em virtude de miometrite pós-cesariana (inflamação do músculo uterino), recebendo alta em 24.8.2004.

Já em 27.8.2004, voltou a paciente ao hospital, sendo no dia posterior submetida a uma quarta cirurgia para drenagem de abscesso (inchaço produzido pela formação de pus) e exploração abdominal, lá permanecendo até 16.9.2004, quando obteve alta definitiva.

Feitas estas breves considerações sobre os fatos, vislumbro que deve ser mantido o reconhecimento do pleito indenizatório, merecendo guarida o apelo aviado tão somente na parte relacionada ao montante arbitrado a título de danos morais.

A meu sentir, configurada restou a negligência no atendimento hospitalar da autora, que tão somente 30 horas após a entrada no hospital foi submetida a uma cesárea, quando o quadro clínico da paciente recomendava urgência na realização de tal procedimento.

Ademais, conclusão diversa não se pode ter senão a de que as complicações ocorridas após a cirurgia foram consequências na demora da realização do parto, ocasionando o agravamento da infecção, não importando para o deslinde da lide se ela foi adquirida antes ou após a internação. É que, conforme acentuou o juiz sentenciante, *“mesmo considerando a hipótese da infecção já estar instalada no organismo da requerente no momento da primeira internação, é indubitoso que a espera de 30 horas agravou o caso.”* (f. 877).

Aliás, sobre o enfoque abordado, elucidativa é a sentença recorrida:

[...]. Conforme pode-se notar pelo prontuário de internação da requerente a indicação para a mesma seria a cesárea imediata para que então se detectasse a extensão da infecção e se realizasse o tratamento da melhor maneira possível, fosse com antibióticos de amplo espectro ou de qualquer outra forma recomendável.

Porém, ao contrário do que era de se esperar, após a entrada de Elizabeth no hospital a mesma permaneceu por aproximadamente 30 horas esperando para que fosse realizada a cesárea.

Assim, mesmo após a indicação da cirurgia imediata, ficou claro pelos documentos, prontuários e depoimentos de testemunhas que o hospital requerido foi inerte no caso ora apontado, pois não tomou nenhuma providência para que fosse realizada a cirurgia na autora, o que claramente agravou o estado de saúde da mesma.

As complicações sofridas por Elizabeth após a cirurgia cesariana, inclusive a realização da cirurgia de histerorrafia, foram consequência da demora na realização do parto. É possível e provável que as cirurgias em questão tivessem ocorrido independentemente da inércia do Hospital em realizar a cesariana, porém é claro que o mesmo não agiu de acordo com as suas obrigações contratuais. E, portanto, mesmo que a demora do hospital não tivesse dado causa exclusivamente às complicações ocorridas é certo que as agravaram.

[...]

No hospital requerido, como em qualquer outro hospital, existem pacientes internados por todos os tipos de doença e, em consequência disso há que se ter maior cuidado com as infecções existentes, devendo o estabelecimento zelar pelas suas instalações, aparelhos e principalmente por seus pacientes.

É certo que Elizabeth deu entrada no hospital já com alguns sintomas de infecção e, considerando a potencialidade do local para o desenvolvimento da mesma e, claro a própria evolução de uma infecção, o hospital requerido responde pelos danos causados à autora decorrentes da infecção desenvolvida e alojada em seu organismo.

[...]

Por mais que o hospital trouxesse aos autos argumentos ou provas que comprovem que o estado de saúde da requerente não era satisfatório (o que não fora feito) e/ou que a mesma já trouxera a infecção de casa, era de total responsabilidade do mesmo, após detectada a infecção, que assumisse a obrigação de tratá-la imediatamente (f. 875-6).

Do laudo pericial da lavra do Dr. Silvio Haddad juntado às f. 661-79, conclui o *expert* que a demora na realização no parto permitiu o agravamento no processo de contaminação do útero da paciente, configurando o nexo causal entre a omissão e o dano causado:

Pela análise criteriosa feita por nosso perito auxiliar, especializado na matéria em questão, que avaliou todos os documentos e aspectos registrados neste caso e assina o presente Laudo Pericial, o fato de ter decorrido tanto tempo desde o rompimento da bolsa amniótica, permitiu que o processo de contaminação do útero por contato com o meio exterior através da vagina fosse bastante grande e prolongado, acarretando num grau de contaminação potencial que exigiria uma conduta diferente da que foi adotada, como por exemplo, antibioticoterapia ampla, na tentativa de combater um processo infeccioso grave, previsivelmente instalado e interrupção da gestação e realização imediata do parto cesariano.

Como é sabido, os estabelecimentos hospitalares são fornecedores de serviços e, como tais, respondem objetivamente pelos prejuízos causados aos seus pacientes, sendo responsáveis pela guarda e incolumidade física deles.

Neste sentido:

RESPONSABILIDADE CIVIL. CONSUMIDOR. INFECÇÃO HOSPITALAR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL. ART. 14 DO CDC. DANO MORAL. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. O hospital responde objetivamente pela infecção hospitalar, pois esta decorre do fato da internação e não da atividade médica em si. [...] (REsp n. 629.212/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. César Asfor Rocha, julgado em 15.5.2007).

APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL – AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS E MATERIAS – INFECÇÃO HOSPITALAR CONTRAÍDA DURANTE A INTERNAÇÃO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO NOSOCÔMIO – DANOS CONFIGURADOS – RECURSO PROVIDO. Aplica-se ao hospital a teoria da responsabilidade objetiva, uma vez que são fornecedores de serviços e, portanto, respondem objetivamente pelos danos causados a seus pacientes. (TJMS, AC n. 2010.030190-3, Campo Grande, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade, julgado em 1.2.2011).

Dessa forma, para se eximir da responsabilidade judicial em virtude de dano decorrente de sua atividade, a ré-apelante deve comprovar que, tendo prestado o serviço, o defeito inexistente, ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, nos termos do inciso II do § 3º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

*In casu*, não sendo possível constatar a ocorrência de nenhuma causa que seja excludente da responsabilidade do nosocômio réu, deve este responder objetivamente, tal como exposto alhures, pelos danos gerados quando da prestação dos serviços hospitalares, ainda que o atendimento da paciente tenha sido efetuado pelo SUS.

A propósito:

APELAÇÃO - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS - NEGLIGÊNCIA DE ATENDIMENTO HOSPITALAR - ASSISTÊNCIA DEFICIENTE - RESPONSABILIDADE OBJETIVA CARACTERIZADA - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. O hospital tem legitimidade passiva para responder pelos danos sofridos pelo paciente em razão de mau atendimento, inclusive quando o tratamento estiver coberto pelo SUS. (TJMG, AC n. 1.0439.05.044363-9/001, Décima Quarta Câmara Cível, Rel. Des. Antônio de Pádua, julgado em 5.3.2009).

Sem razão o apelante quando tenta se esquivar do dever de indenizar, atribuindo a responsabilidade pelo evento danoso ao corpo médico, pois, além de tal matéria ter sido acobertada pela preclusão, visto que objeto de decisão anterior na qual foram os litisdenunciados excluídos do processo, fato é que, por se tratar de internamento em hospital conveniado do SUS – Sistema Único de Saúde –, a escolha do médico não foi determinada pela autora, mas decorrente de atendimento normal, sendo na ocasião utilizada a equipe que funciona no próprio nosocômio por este contratada, credenciada ou autorizada a atuar em suas instalações.

Assim, entendo que restaram demonstrados os requisitos ensejadores da responsabilidade civil, fazendo jus a apelada à reparação por dano moral.

Quanto ao valor da indenização, é cediço que a esta visa a compensar uma lesão que não se mede pelos padrões monetários, devendo-se levar em conta, na sua fixação, as peculiaridades de cada caso.

Doutrina e jurisprudência têm procurado estabelecer parâmetros para o arbitramento do valor do dano moral, traduzidos, *verbi gratia*, nas circunstâncias do fato, bem como nas condições das partes, devendo a condenação corresponder a uma sanção ao lesante, para que não volte a cometê-lo.

Também há de se levar em consideração que o *quantum* indenizatório deve ser fixado com moderação, em respeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não podendo ser excessivo, a ponto de constituir fonte de enriquecimento do ofendido, nem apresentar-se irrisório, a ponto de ser incapaz de propiciar reparação do dano sofrido, conforme vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL – DANO MORAL – [...] – FIXAÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO – RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – [...]. O valor da indenização deve atender aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, observado seu conteúdo didático, de modo a coibir reincidência do causador do dano sem enriquecer a vítima. (STJ, AgRg em REsp n. 945575/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 28.11.2007, p. 220).

No caso concreto, vislumbro que o montante estipulado, ou seja, 180 salários-mínimos vigentes na data da prolação da sentença (R\$ 83.700,00 – oitenta e três mil e setecentos reais) destoa dos parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade, motivo pelo qual hei por bem reduzi-lo para 90 salários-mínimos vigentes, ou seja, R\$ 49.050,00 (quarenta e nove mil e cinquenta reais).

Em face do exposto, conheço do presente recurso e dou-lhe parcial provimento para reduzir o valor da indenização por danos morais para o equivalente a R\$ 49.050,00 (quarenta e nove mil e cinquenta reais), cujo montante deverá ser corrigido pelo IGP-M/FGV e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês desde a publicação do presente acórdão.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. 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 abril de 2011.

\*\*\*

**Primeira Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2010.037614-4 - Campo Grande**  
**Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – PLANO DE SAÚDE – UTILIZAÇÃO DE CATETER DE MONITORIZAÇÃO DE PRESSÃO INTRACRANIANA – ALEGAÇÃO DE NÃO COBERTURA – EQUIPAMENTO NECESSÁRIO DURANTE O PROCEDIMENTO CIRÚRGICO INDISPENSÁVEL AO TRATAMENTO DO APELANTE – CLÁUSULA ABUSIVA, NOS TERMOS DO ART. 51, IV, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Sendo o equipamento denominado cateter de monitorização de pressão intracraniana pressuposto para o sucesso do procedimento cirúrgico adotado, não é justificável seja o seu custeio excluído de cobertura por cláusula contratual, que deve ser declarada nula, visto que abusiva.

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL E PERDAS E DANOS C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE COM TUTELA – CERCEAMENTO DE DEFESA – PRELIMINAR AFASTADA – MÉRITO – NÃO PAGAMENTO DAS PARCELAS DO CONTRATO – RESCISÃO CONTRATUAL – PREVISÃO – EVENTUAL AÇÃO MOVIDA CONTRA A APELADA – FATO QUE NÃO JUSTIFICA A INADIMPLÊNCIA – CLÁUSULA PENAL – INDENIZAÇÃO PELA FRUIÇÃO DO IMÓVEL – DEVIDAS – RECURSO IMPROVIDO.

Se o processo encontrar-se apto para julgamento e o magistrado entender ser dispensável a produção de outras provas, a prolação da sentença é medida que se impõe, à vista dos princípios da economia e celeridade processual, sem que tal conduta vulnere o contraditório e a ampla defesa, não há falar, portanto, em cerceamento de defesa.

Eventual ação proposta em face do autor não constitui óbice ao pagamento das parcelas, sobretudo considerando que o réu assumiu a obrigação, ao que consta, por livre vontade, de modo que, não havendo fundamento plausível, deve honrar com as prestações avençadas.

*“A estipulação de multa contratual de 10% sobre o valor total do contrato, em caso de desfazimento do acordo, não ofende o disposto no art. 53 do CDC, porquanto apenas parte do valor total já pago será retido pelo fornecedor [...]”* (AgRg no Ag n. 748.559/MG, Rel. Min. Sidneu Beneti, julgado em 18.9.2008, DJ de 8.10.2008).

Os encargos de fruição são devidos, pois estes são considerados recomposição dos valores pelo período em que o mutuário ficou na posse do imóvel.

## 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, 6 de abril de 2011.

Des. Joenildo de Sousa Chaves – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves

Trata-se de recurso de apelação interposto por Unimed Campo Grande – Cooperativa de Trabalho –, contra sentença prolatada nos autos da ação anulatória de débito, que lhe move Emerson Missiano da Silva.

Afirma que o pedido do apelado mostrou-se manifestamente improcedente, já que o contrato, pactuado antes da vigência da Lei n. 9.656/98, não prevê a cobertura dos referidos exames, porquanto a Cláusula 6ª, em seu item 9.1, estabelece quais serviços são cobertos, não sendo a apelante obrigada a custear procedimentos fora daqueles serviços mencionados, que foram adquiridos pelo requerente e que, inclusive, refletem na mensalidade paga.

Alega que o apelado não pode alegar desconhecimento das cláusulas de seu contrato, e ainda, a apelante seguiu as diretrizes determinadas pelo CDC para os contratos de adesão, de modo que as cláusulas limitativas de riscos e coberturas não ofendem o direito do recorrido, ainda mais se expressamente redigidas, como no presente caso.

Entende que o apelado, em uma manifesta intenção de burlar seus deveres e obrigações enquanto beneficiário, justificando a pretensão de obter cobertura indevida, interpreta de forma equivocada e errônea os planos de saúde, alegando um direito inexistente.

Assevera que o direito à vida e à saúde são valores relevantes, porém o ônus de custear integralmente e sem limites tais necessidades humanas, por força constitucional, é do Estado e não da iniciativa privada, que deve suportar os custos da saúde suplementar, nos limites do contrato e da legislação específica.

Coleciona jurisprudência acerca da matéria para amparar sua pretensão.

Prequestiona a matéria impugnada.

Pugna pelo conhecimento e provimento do recurso.

Contrarrazões às f. 215-20.

## VOTO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves (Relator)

Unimed Campo Grande – Cooperativa de Trabalho Médico –, inconformada com a sentença proferida pelo Juízo singular que julgou procedentes os pedidos formulados nos autos da ação anulatória de débito que lhe move Emerson Missiano da Silva, apela a este Tribunal.

Consta dos autos que o apelante foi internado no Hospital Proncor, vítima de dois hematomas intracranianos, sendo necessário fazer uma drenagem em seu cérebro.

Para que o procedimento fosse realizado com segurança, havia a necessidade de se fazer um monitoramento, feito através de um cateter de monitoramento de pressão intracraniana (de propriedade da também ré Promed), sendo que tal equipamento estava no Hospital El Kadri, para onde foi transferido.

Ocorreu tudo bem na operação, porém, para a sua realização, foi exigido um cheque caução no valor de R\$ 5.800,00, relativo ao valor do uso do supramencionado equipamento, que seria devolvido quando a Unimed fizesse o reembolso, todavia a Unimed se negou a fazer a cobertura do procedimento.

A ré Promed apresentou reconvenção, alegando que prestou o serviço e que não tem nenhuma relação com a Unimed, razão pela qual pretende receber o valor do cheque, que fora devolvido por ausência de fundos.

O magistrado singular julgou improcedente o pedido em relação à Promed e procedente o pedido reconvenicional para condenar o autor-reconvindo a pagar lhe pagar R\$ 5.800,00, acrescidos de juros e correção monetária, mediante a devolução do cheque. Outrossim, julgou procedente o pedido formulado pelo autor em face da Unimed para condená-la a ressarcir o demandante da obrigação devida por este à Promed ou a pagar diretamente à Promed a obrigação acima descrita.

Pois bem. Tenho que não assiste razão à apelante.

Inicialmente, cumpre esclarecer que a relação aqui discutida encontra-se sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, e esta matéria já se encontra pacificada no Superior Tribunal de Justiça, conforme se infere do seguinte julgado:

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

Como se extrai dos autos, o equipamento objeto da presente demanda é pressuposto necessário para o sucesso do procedimento cirúrgico adotado, não se justificando seja o seu custo excluído de cobertura contratual. Ora, se a utilização do cateter de monitoramento de pressão intracraniana é condição de eficácia do tratamento médico pelo qual passou o apelado, tratamento este coberto pelo plano de saúde, não há motivos para a apelada deixar de arcar com o equipamento utilizado.

Dessa forma, cobrindo o plano de saúde o ato cirúrgico em si, não é razoável que deixe de custear o aparelho indispensável para o sucesso do procedimento adotado.

Sobre o assunto, o saudoso Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Carlos Alberto Menezes de Direito, quando foi relator do REsp n. 668.216, asseverou:

[...] Isso quer dizer que o plano de saúde pode estabelecer que doenças estão sendo cobertas, mas não que o tipo de tratamento está alcançado para a respectiva cura. Assim, por exemplo, se está coberta a cirurgia cardíaca, não é possível vedar a utilização de *stent*, ou, ainda, se está coberta a cirurgia de próstata, não é possível impedir a utilização de esfínter artificial para controle da micção. O mesmo se diga com relação ao câncer. Se a patologia está coberta, parece-me inviável vedar a quimioterapia pelo simples fato de que a quimioterapia é uma das alternativas possíveis para a cura da doença. Nesse sentido, parece-me que a abusividade da cláusula reside exatamente nesse preciso aspecto, qual seja, não pode o paciente, consumidor do plano de saúde, ser impedido de receber tratamento com o método mais moderno do momento em que instalada a doença coberta em razão de cláusula limitativa. É preciso ficar bem claro que o médico, e não o plano de saúde, é responsável pela orientação terapêutica. Entender de modo diverso põe em risco a vida do consumidor. [...].

Outrossim, não obstante inaplicável a Lei n. 9.656/98, faz-se mister ressaltar que a atividade de prestação de serviços médicos em regime de cooperação (planos de saúde) está sujeita à regulação do Código de Defesa do Consumidor, que prevê como direito básico o dever de informação plena quanto aos produtos e serviços (art. 6º) e a nulidade de cláusulas contrárias à boa-fé (art. 51).

O art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor revela ser abusiva qualquer cláusula que exclua a responsabilidade do plano de saúde em fornecer materiais imprescindíveis para a realização de procedimentos necessários a garantir a saúde do usuário, visto que veda garantia básica do consumidor.

Neste sentido:

RECURSO ESPECIAL - PLANO DE SAÚDE - EXCLUSÃO DA COBERTURA O CUSTEIO OU O RESSARCIMENTO DE IMPLANTAÇÃO DE PRÓTESE IMPORTADA IMPRESCINDÍVEL PARA O ÊXITO DA INTERVENÇÃO CIRÚRGICA COBERTA PELO PLANO - INADMISSIBILIDADE - ABUSIVIDADE MANIFESTA DA CLÁUSULA RESTRITIVA DE DIREITOS - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. I - Ainda que se admita a possibilidade do contrato de plano de saúde conter cláusulas que limitem direitos do consumidor, desde que estas estejam redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão, nos termos do § 4º do artigo 54 do CDC, mostra-se abusiva a cláusula restritiva de direito que prevê o não custeio de prótese, imprescindível para o êxito do procedimento cirúrgico coberto pelo plano, sendo indiferente, para tanto, se referido material é ou não importado; II - Recurso provido. (STJ, REsp n. 1.046.355/RJ, Terceira Turma, Min. Massami Uyeda, DJ de 5.8.2008).

APELAÇÃO CÍVEL – APLICAÇÃO CDC A CONTRATOS ANTERIORES – POSSIBILIDADE – COLOCAÇÃO DE *STENT* – PROCEDIMENTO INDISPENSÁVEL AO TRATAMENTO DO CONTRATANTE – CLÁUSULA ABUSIVA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. O CDC aplica-se aos contratos de duração continuada celebrados anteriormente a sua vigência, em seus aspectos fundamentais. É abusiva cláusula que exclua a responsabilidade do plano de saúde em fornecer materiais imprescindíveis para a realização dos procedimentos necessários a garantir a saúde do usuário. (TJMS, AC n. 2009.000413-9, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, julgado em 1.3.2010).

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES E REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS – PLANO DE SAÚDE – CLÁUSULA QUE LIMITA INTERNAÇÃO EM HOSPITAL PSIQUIÁTRICO – ABUSIVA – INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS PELA AUTORA – DE FORMA SIMPLES – DANO MORAL – NÃO CONFIGURADO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS.

Ainda que o contrato de plano de saúde tenha sido firmado anteriormente à edição da Lei n. 9.656/98, isso não impede a sua análise em consonância com as diretrizes do CDC.

Assim, é plenamente possível a discussão de cláusulas contratuais que violem direito do consumidor.

Ao seu turno, tendo em vista a natureza dos contratos de plano de saúde e a natural expectativa dos consumidores de um tratamento apropriado à preservação de sua saúde ou a de beneficiários dos serviços contratados, são ilícitas e abusivas as cláusulas que restringe a internação psiquiátrica do segurado.

Não demonstrada a má-fé da cooperativa de trabalho médico, é incabível a devolução em dobro das quantias pagas indevidamente.

Inexiste a necessidade de reparação por danos morais quando ausente um dos requisitos à configuração da responsabilidade civil, no caso, o ato ilícito. (TJMS, AC n. 2010.000691-7, Primeira Turma Cível, Des. João Maria Lós, julgado em 15.2.2011).

Por fim, ressalta-se que também não se evidencia a negativa de vigência aos diversos dispositivos legais citados pelo apelante, pois o prequestionamento, visando à interposição de recurso para a superior instância, pressupõe a discussão de tese explícita, sem exigir que o magistrado faça referência expressa a todos eles, se já encontrou o motivo suficiente de convicção para solucionar o conflito.

Por tais razões, conheço o recurso, e nego-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença objurgada.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves.

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

Campo Grande, 6 de abril de 2011.

\*\*\*

**Primeira Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2011.004349-9 - Nioaque**  
**Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – ADICIONAL DE INSALUBRIDADE PREVISTO EM LEI MUNICIPAL – SUSPENSÃO DE TAL VERBA MEDIANTE DECRETO MUNICIPAL – IMPOSSIBILIDADE – OFENSA À HIERARQUIA DAS NORMAS – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – DESCABIMENTO – INTELIGÊNCIA DAS SÚMULAS N. 512 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E N. 105 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – SENTENÇA RETIFICADA PARCIALMENTE – RECURSO PROVIDO EM PARTE.

O Decreto Municipal de Chefe do Executivo, por se tratar de norma infralegal, não pode suspender o pagamento de adicional de insalubridade previsto em lei local.

Descabida é a condenação a honorários sucumbenciais em sede de mandado de segurança.

## 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 e, em sede de reexame, retificar em parte a sentença, nos termos do voto do relator. Decisão em parte com o parecer.

Campo Grande, 20 de abril de 2011.

Des. Joenildo de Sousa Chaves – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves

O Município de Nioaque, não se conformando com a sentença proferida nos autos do mandado de segurança impetrado pelo Sindicato dos Funcionários Públicos Municipais de Nioaque – Sintran –, interpõe o presente recurso, no qual sustenta que: nada há de ilegal na edição do Decreto Municipal n. 45/2010, que disciplinou sobre a suspensão do adicional dos servidores, até a elaboração de novo Laudo Técnico; a Emenda Constitucional n. 19/98 aboliu dos direitos dos servidores públicos o adicional de insalubridade; o ato normativo que suspendeu temporariamente o pagamento do adicional de insalubridade está efetivamente atrelado ao poder discricionário da Chefe do Executivo, não carreando ao servidor qualquer direito de reclamar sobre dita suspensão; não há falar na condenação a honorários advocatícios no mandado de segurança.

Pugna, ao final, pelo conhecimento e provimento do recurso para denegar a segurança, tendo em vista a ausência de ilegalidade praticada, mantendo-se os efeitos do art. 9º do Decreto Municipal n. 45/2010, não havendo falar, igualmente, em condenação de honorários advocatícios.

Contrarrrazões às f. 355-60.

Em parecer colacionado às f. 363-76, a Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento parcial da apelação cível e do reexame necessário, apenas para desobrigar o Município-apelante do pagamento de honorários advocatícios.

Há reexame necessário.

## VOTO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves (Relator)

Versam os autos sobre mandado de segurança impetrado pelo Sindicato dos Funcionários Públicos Municipais de Nioaque – Sintran – contra ato coator da Prefeita Municipal de Nioaque, cujo dispositivo da sentença de concessão da segurança pleiteada encontra-se redigido nos seguintes termos:

Posto isso, concedo a segurança, suspendo definitivamente a eficácia do art. 9º do Decreto Municipal n. 45/10 e determino às impetradas restabeçam em definitivo o *quantum* mensal atinente ao adicional de insalubridade devido aos servidores municipais descritos às f. 2-3, na forma prevista na Lei Municipal n. 2.141/03, com efeito retroativo ao mês de março de 2010. Condeno a municipalidade ao pagamento de honorários advocatícios devidos à patrona da impetrante, ora fixados em R\$ 1.000,00 (um mil reais), na forma do art. 20, § 4º do CPC, em atenção às diretrizes das alíneas do parágrafo anterior. Ressalte-se que fazenda pública é isenta de recolhimento de custas, nos moldes do art. 24, I da Lei n. 3.779/09. Intimem-se as impetradas, por Oficial de Justiça (art. 13 da Lei n. 12.016/09). Sentença sujeita a reexame necessário, motivo pelo qual determino a remessa dos autos ao TJMS, com os nossos cordiais cumprimentos (art. 14, § 1º da Lei n. 12.016/09). P. R. I. Transitado em julgado, archive-se (f. 332).

Aprecio em conjunto o recurso voluntário e o recurso obrigatório.

A controvérsia submetida ao crivo desta Corte de Justiça reside em saber se há ou não ilegalidade no ato apontado como coator consistente na elaboração de Decreto Municipal que, dentre outras disposições para adequação econômica e financeira do município de Nioaque/MS, suspendeu o direito ao adicional de insalubridade dos funcionários municipais até elaboração de novo Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PMCSO).

O pagamento da referida verba tem previsão na Lei Municipal n. 2.141/03 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis, das autarquias e das Fundações Públicas do Município de Nioaque/MS), sendo forçoso concluir que, indubitavelmente, a norma local em questão poderia ter sido suspensa ou revogada por outra de igual hierarquia, e não por ato unilateral do Chefe do Poder Executivo.

Com efeito, o Decreto Municipal não pode suspender o pagamento do adicional previsto na Lei Municipal, pois aquele, como bem expôs o julgador sentenciante, citando Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “*não cria direito novo, mas apenas estabelece normas que permitam explicitar a forma de execução da lei*” (Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 18. ed, São Paulo: Atlas, 2005, p. 224).

Neste sentido:

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE - MUNICÍPIO DE BARBACENA  
- INSTITUIÇÃO POR LEI - SUSPENSÃO POR DECRETO - INVIABILIDADE.  
ADICIONAL NOTURNO - HORAS EXTRAS - SERVIÇOS COMPROVADAMENTE

PRESTADOS - REMUNERAÇÃO DEVIDA - CARÁTER REMUNERATÓRIO - INCORPORAÇÃO - INCIDÊNCIA SOBRE FÉRIAS E LICENÇAS. Remuneração cuja criação depende de lei e foi por ela estabelecida não pode ser suspensa nem excluída por Decreto. [...] (TJMG, AC n. 1.0056.00.004657-5/001, Primeira Câmara Cível, Rel<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup>. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, julgado em 28.9.2004).

Também não merece prosperar a insurgência fundada no argumento de que o ato normativo que suspendeu temporariamente o pagamento do adicional de insalubridade está efetivamente atrelado ao poder discricionário do Chefe do Poder Executivo, conforme acertadamente manifestou o i. Procurador de Justiça, Dr. Heitor Miranda do Santos, em seu judicioso parecer ministerial:

Vê-se que o *caput* do artigo 74 elenca os requisitos para que o servidor faça jus ao adicional de insalubridade e o § 2º do mesmo dispositivo legal prevê as situações em que o agente público perderá o direito de perceber a aludida verba.

Da análise dos dispositivos supra, resta evidente que o ato de concessão e cessação do pagamento do adicional de insalubridade não é discricionário, mas sim vinculado, uma vez que a Lei Municipal que o instituiu prevê expressamente os requisitos autorizadores de tal medida, não permitindo liberdade de apreciação de condita pela Administração Pública. (f. 369).

Por outro lado, o apelante tem razão quando afirma não caber condenação a honorários sucumbenciais em sede de mandado de segurança. A orientação é pacífica e se encontra consolidada nas Súmulas 512 do Supremo Tribunal Federal e 105 do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente:

Súmula n. 512 - Não cabe condenação em honorários de advogados na ação de mandado de segurança.

Súmula n.105 - Na ação de mandado de segurança não se admite condenação em honorários advocatícios.

Em face do exposto, conheço do recurso interposto pelo Município de Nioaque e dou-lhe provimento parcial para decotar da sentença a condenação a honorários de sucumbência. Em sede de reexame necessário, fica a sentença de f. 328-32 retificada neste aspecto.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO E, EM SEDE DE REEXAME, RETIFICARAM EM PARTE A SENTENÇA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. DECISÃO EM PARTE 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, 20 de abril de 2011.

\*\*\*

**Quarta Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2010.025292-3 - Dourados**  
**Relator Des. Josué de Oliveira**

EMENTA—APELAÇÕES CÍVEIS—INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS — CLONAGEM DE CARTÃO DE CRÉDITO E OPERAÇÕES BANCÁRIAS EFETUADAS DE MANEIRA EQUIVOCADAS NA CONTA-CORRENTE DO AUTOR — INSCRIÇÃO DO NOME DO AUTOR NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO — INSCRIÇÃO INDEVIDA — DANOS MORAIS — INDENIZAÇÃO ARBITRADA EM VALOR RAZOÁVEL — MANTIDA — DANOS MATERIAIS — NÃO COMPROVAÇÃO — IMPROCEDENTES — JUROS DE MORA REFERENTES À INDENIZAÇÃO PELOS DANOS MORAIS — DEVIDOS A PARTIR DO EVENTO DANOSO — MODIFICAÇÃO DE OFÍCIO — QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA.

Mantém-se o valor fixado a título de indenização por danos morais se o magistrado respeitou os princípios da razoabilidade e da moderação, bem como considerou a real proporção do dano, a capacidade socioeconômica e financeira das partes, o grau de culpa do ofensor e a finalidade educativa da indenização.

Para que a parte faça jus à indenização por danos materiais, não basta a alegação ou mesmo frustração, é necessário comprovar o prejuízo alegado.

Os juros de mora, nos casos de responsabilidade extracontratual, como é o caso de indenização por danos morais decorrentes de inscrição indevida em cadastros de inadimplência, são devidos a partir da data do evento danoso.

A modificação de ofício do termo inicial dos juros de mora não infringe o princípio do *non reformatio in pejus*, porque os juros de mora são questões de ordem de pública, ou seja, constituem matéria que pode ser revista e alterada pelo Tribunal ainda que não exista recurso da parte com esse objetivo.

## 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, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 7 de junho de 2011.

Des. Josué de Oliveira – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Josué de Oliveira

Marcelo Matias de Almeida interpõe recurso de apelação cível contra a parte da sentença, proferida nesta Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais<sup>1</sup> que move em desfavor do Banco do Brasil S/A,

<sup>1</sup> Autos n. 0006856-86.2008.8.12.0002.

em que o magistrado *a quo* julgou improcedente o pedido de condenação do réu a pagar a quantia de R\$ 45.000,00, por não ter o autor sofrido dano material nesse valor.

Alega, em síntese, que sofreu dano material, pois não conseguiu concretizar um financiamento na Caixa Econômica Federal, para aquisição de imóvel residencial no valor de R\$ 45.000,00, em razão de seu nome estar negativado nos órgãos de proteção ao crédito por inscrição indevida feita pelo apelado.

Prequestiona o artigo 5º, V e X, da Constituição Federal; os artigos 186 e 927 do Código Civil; e o artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor.

Requer o provimento do recurso, com vistas à reforma de parte da sentença, apenas para que seja acolhido o pedido de condenação do apelado pelo dano material mencionado.

Por meio de recurso adesivo, o requerido Banco do Brasil S/A também recorre da sentença, especificamente da parte em que o juiz lhe condena a pagar ao autor o valor de R\$ 12.000,00, por dano moral.

Busca o requerido a minoração do valor fixado a título de dano moral, uma vez que entende que o arbitrado na sentença é exorbitante diante das circunstâncias do caso concreto, e pede a manifestação expressa desta Corte sobre o artigo 944 do Código Civil.

As partes apresentaram contrarrazões, em que pedem o desprovimento dos respectivos recursos.

## VOTO

O Sr. Des. Josué de Oliveira (Relator)

Depreende-se dos autos que Marcelo Matias de Almeida acionou o Banco do Brasil S/A, objetivando a condenação do requerido ao pagamento de indenização por danos morais e materiais, respectivamente, no valores de 200 salários-mínimos, ou valor que o juízo fixar, e de R\$ 46.216,19, em razão da clonagem de seu cartão de crédito e de operações bancárias realizadas de maneira equivocadas na sua conta-corrente, situações que ocasionaram a negativação indevida de seu nome no SPC e no Serasa.

Na sentença, o magistrado decidiu da seguinte maneira:

[...] **julgo parcialmente procedentes** os pedidos iniciais, para o fim de condenar o réu a pagar ao autor a) a importância de R\$ 12.000,00 por dano moral, com correção monetária a contar desta data, 27.4.2010, e juros de 1% a contar do trânsito em julgado desta sentença; b) R\$ 100,00 por danos materiais, e R\$ 353,06 por danos materiais (R\$ 116,19 + R\$ 122,98 + R\$ 113,89 = R\$ 353,06), com juros de 1% ao mês a contar da citação, e correção monetária pelo INPC do IBGE, a contar da data do respectivo débito, isto é, a contar de 21.8.2007 para o valor de R\$ 100,00; de 24.7.2007 para o valor de R\$ 116,19; a contar de 13.8.2007 para o valor de R\$ 122,98; e a contar de 24.9.2007 para o valor de R\$ 113,89 (f. 37-38); e **julgo procedente o pedido inicial**, quanto ao item h, de f. 16, para o fim de declarar inexistente as operações bancárias que trata o presente feito, que deram origem a inscrição do nome do autor no SCPC e SERASA, e bloqueio de cartão de crédito do autor, e assim determinar o desbloqueio desse cartão de crédito, ou expedição de outro, sem tais restrições; e condenar o réu, ainda, a pagar os valores debitados de forma indevida relativos a tais operações bancárias, tais como juros e IOF e outros, desde que comprovados em extrato bancário. **Julgo improcedente** o pedido de condenação do réu no valor de R\$ 45.000,00 por não ter o autor sofrido dano material nesse valor. (f. 189 – destaques no original).

Contra a parte da sentença em que o magistrado *a quo* julgou improcedente o pedido de condenação do réu a pagar a quantia de R\$ 45.000,00, por dano material, é que recorre o autor. Já o réu se insurge contra a parte da sentença em que o juiz o condena a pagar ao autor o valor de R\$ 12.000,00, por dano moral.

### **Recurso manejado pelo Banco do Brasil S/A**

Busca o requerido a minoração do valor fixado a título de dano moral, uma vez que entende que o arbitrado na sentença (R\$ 12.000,00) é exorbitante diante das circunstâncias do caso concreto.

A meu ver, não deve ser modificado esse valor.

É cediço que, na fixação do *quantum* indenizatório, devem-se considerar as peculiaridades que envolvem cada pleito, respeitar, contudo, os princípios da razoabilidade e da moderação, para que não haja um enriquecimento sem causa ou uma inoperante repressão ao ofensor.

Ademais, a reparação do dano moral, nesses casos, tem finalidade educativa, como forma de se incentivar o respeito aos direitos do consumidor e de se evitar que o ofensor reincida no mesmo erro por considerar a sanção civil leve demais, sanção essa que também visa a restabelecer o equilíbrio nas relações privadas, realizando-se, assim, a função inibidora da teoria da responsabilidade.

Na esteira desse raciocínio, a indenização por dano moral, segundo o entendimento doutrinário-jurisprudencial, deve levar em conta a situação econômica do ofensor e do próprio ofendido, para que o processo não se transforme em meio de enriquecimento indevido da vítima ou instrumento de vindita.

O STJ tem o mesmo entendimento que o acima esboçado:

Inobstante a efetiva ocorrência do dano e o dever de indenizar, há de se considerar, na fixação do *quantum* indenizatório, as peculiaridades do caso em questão - vale dizer, o valor do título protestado, o grau de culpa da recorrente, a repercussão do fato danoso, a inexistência de informações sobre o desfazimento concreto de negócio, exceto indicação sobre uma compra à prazo de utensílio doméstico. (STJ, REsp n. 705663, Proc 200401668870, RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezini, DJU de 18.4.2005, p. 351).

Observados os elementos referidos, os valores dos débitos [R\$ 1.516,35 (f. 57) = R\$ 468,31 + R\$ 896,68 + R\$ 151,36], o período em que ficou negativado de maneira indevida o nome do autor [mais de um ano – entre 22.12.2007 (f. 57) e janeiro de 2009 (f. 69 e 130)], a gravidade da lesão diante da posição familiar, cultural, política, social e econômico-financeira do autor (servidor público federal – f. 154), a situação econômica do réu (instituição financeira de grande porte) e o grau de culpa deste, entendo que o valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais), fixado na sentença, foi arbitrado de maneira correta e coerente pelo juiz, em que foram respeitados os princípios da razoabilidade e da moderação.

Recentemente fui relator de caso semelhante ao dos autos e, na oportunidade, ficou decidido por esta Turma que:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – FALTA DE PAGAMENTO DE CERTIFICADO DIGITAL – INSCRIÇÃO DO NOME DO DEVEDOR NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – PAGAMENTO EFETUADO – MANUTENÇÃO DA NEGATIVAÇÃO – INDEVIDA – DANO MORAL CARACTERIZADO – DEVER DE INDENIZAR – INDENIZAÇÃO ARBITRADA EM VALOR RAZOÁVEL – MANTIDA – JUROS DE MORA – DEVIDOS A PARTIR DO EVENTO DANOSO – MODIFICAÇÃO DE OFÍCIO – QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA.

[...] Mantém-se o valor fixado a título de indenização por danos morais se o magistrado respeitou os princípios da razoabilidade e da moderação, bem como considerou

a real proporção do dano, a capacidade socioeconômica e financeira das partes, o grau de culpa do ofensor e a finalidade educativa da indenização. [...] (TJMS, AC n. 2010.037878-4, Quarta Turma Cível, de minha relatoria, julgado em 19.4.2011).

É verdade que o parágrafo único do artigo 944<sup>2</sup> do Código Civil autoriza o juiz a reduzir de maneira equitativa a indenização, porém essa redução deverá ocorrer se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, desproporção essa que não se verifica no presente caso.

Diante disso, há de ser mantida a sentença nesta parte.

### **Recurso interposto por Marcelo Matias de Almeida**

Pretende o autor a condenação do réu ao pagamento de indenização no valor de R\$ 45.000,00, a título de dano material, pois não teria conseguido concretizar um financiamento na Caixa Econômica Federal, para aquisição de imóvel residencial que tem o mesmo valor que o pedido para a indenização (R\$ 45.000,00), em razão de seu nome estar negativado nos órgãos de proteção ao crédito por inscrição indevida feita pelo réu.

Sem razão, porém.

Na lição de Maria Helena Diniz, o dano material, que é nomeado pela escritora como dano patrimonial, é conceituado da seguinte maneira:

O dano patrimonial vem a ser a lesão concreta, que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vida, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável. Constituem danos patrimoniais a privação do uso da coisa, os estragos nela causados, a incapacitação do lesado para o trabalho, a ofensa a sua reputação, quando tiver repercussão na sua vida profissional ou em seus negócios.<sup>3</sup>

Sabe-se também que, para que a parte faça jus à indenização por danos materiais, não basta mera alegação ou mesmo frustração, é necessária a comprovação do prejuízo alegado.

No *sub judice*, verifica-se que os prejuízos materiais alegados nos autos não restaram suficientemente demonstrados pelo autor, pois, embora tenha alegado que somente não concretizou um financiamento para compra de imóvel residencial em razão de seu nome estar negativado nos órgãos de proteção ao crédito por inscrição indevida feita pelo réu, não há elementos nos autos que permita concluir que isso tenha realmente acontecido, ônus processual que lhe cabia (artigo 333<sup>4</sup>, I, do CPC).

Ademais, conforme bem fundamentou o juiz na sentença, “[...] o fato do autor não ter conseguido empréstimo junto a CEF para adquirir imóvel nesse valor não ocasionou prejuízo material de R\$ 45.000,00. O valor de R\$ 45.000,00 não saiu do patrimônio do autor. No caso o autor teve frustração por não adquirir imóvel, e isso é passível de perdas e danos morais não de perdas e danos materiais. No caso em concreto tal perdas e danos morais já foi fixado, acima. Esses os motivos pelo qual indefiro tal pedido”. (f. 188).

De fato, o que pretende o autor ao alegar que sofreu dano material, na verdade, é o próprio dano moral, ou seja, sua frustração em não conseguir o financiamento bancário para adquirir o imóvel que pretendia nada mais é do que um dano moral.

2 Art. 944. 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, equitativamente, a indenização.

3 DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 62. v. 7.

4 Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

Assim sendo, diante da falta de comprovação dos danos materiais alegados pelo autor e considerando que os danos morais já foram fixados em seu favor, também, deve ser ratificada essa parte da sentença que julga improcedente o pedido de dano material de R\$ 45.000,00.

Corroborando com o que foi explanado acima, esta Corte assentou que:

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRELIMINAR DE NULIDADE DE CITAÇÃO – PESSOA JURÍDICA – EMPREGADO DA EMPRESA – TEORIA DA APARÊNCIA – VALIDADE – RETENÇÃO DE VALORES – INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DO AUTOR NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – REVELIA – DANO MORAL CARACTERIZADO – MAJORAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – POSSIBILIDADE – DANO MATERIAL – FALTA DE PROVAS – REDUÇÃO DA VERBA HONORÁRIA – OBSERVÂNCIA DO ART. 20, § 3º, DO CPC – RECURSO DA PARTE AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO – RECURSO DA RÉ NÃO PROVIDO.

[...] Nos termos do artigo 333, I do Código de Processo Civil, é do autor o ônus da prova com relação à prática de ato ilícito ensejador do dever de indenizar, bem como sobre a efetiva existência dos danos materiais por ele afirmados. [...] (TJMS, AC n. 2008.023304-3, Primeira Turma Cível, Rel. Des. João Maria Lós, julgado em 12.1.2010).

### **Juros de mora referentes à indenização por dano moral**

Embora as partes não tenham se insurgido contra a parte da sentença em que o juiz fixou o termo inicial dos juros de mora, referentes à indenização por danos morais, a partir do trânsito em julgado da sentença, entendo que ele deve ser modificado *ex officio*.

É que os juros de mora, nos casos de responsabilidade extracontratual (aquiliana), como é o presente, são devidos a partir da data do evento danoso.

Tal tese é baseada na Súmula n. 54 do Superior Tribunal de Justiça, cujo enunciado é o seguinte: “*Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.*”

Esse entendimento antigo continua a prevalecer naquela Corte Superior, que recentemente decidiu:

Tratando-se de indenização por danos morais decorrentes de inscrição indevida em cadastros de inadimplência, a responsabilidade é de natureza extracontratual, devendo os juros de mora incidir desde o evento danoso, nos termos da Súmula n. 54/STJ. ‘os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual’. (STJ, AgRg no REsp n. 1049826/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 22.3.2011, DJ de 25.3.2011).

Em razão disso e reformando de ofício a sentença, visto que os juros de mora são questões de ordem pública, retifico a termo inicial dos juros de mora, referentes à indenização pelos danos morais, para que incidam a partir do dia 22.12.2007 (f. 57), dia em que foi inscrito pela primeira vez de maneira indevida o nome do autor.

Essa modificação de ofício do termo inicial dos juros de mora não infringe o princípio do *non reformatio in pejus*, porque, conforme já dito, os juros de mora são questões de ordem pública, ou seja, constituem matéria que pode ser revista e alterada pelo Tribunal, ainda que não exista recurso da parte com esse objetivo.

Referido posicionamento encontra guarida no artigo 293 do Código de Processo Civil, que dispõe o seguinte: “*Os pedidos são interpretados restritivamente, compreendendo-se, entretanto, no principal os juros legais.*”

Também nesse sentido é a jurisprudência consolidada do STJ, *in verbis*:

Por se tratar de matéria de ordem pública prevista no art. 293 do CPC, pode o Tribunal alterar o percentual de juros moratórios impostos na sentença, ainda que inexistia recurso da parte com esse objetivo, sem que se constitua em julgamento *extra-petita* ou infringência ao princípio do *non reformatio in pejus*. Precedentes. (AgRg no REsp n. 1144272/RS, Quarta Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 22.6.2010).

Os juros de mora constituem matéria de ordem pública, de modo que sua aplicação ou alteração, bem como a modificação de seu termo inicial, de ofício, não configura *reformatio in pejus* quando já inaugurada a competência desta Corte Superior. (Precedente: AgRg no Ag n. 1114664/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ de 15.12.2010). (ED nos ED no REsp n. 998935/DF, Terceira Turma, Rel. Min. Vasco Della Giustina – Desembargador convocado do TJ/RS –, julgado em 22.2.2011).

### **Prequestionamento**

Por fim, registro que, encontrado nos fundamentos antes declinados os motivos de convencimento necessários para solucionar o conflito, torna-se desnecessário fazer expressa referência aos dispositivos legais mencionados pelas partes, a título de prequestionamento, os quais não restaram ofendidos.

### **Dispositivo**

À luz de tais considerações, conheço dos recursos e nego-lhes provimento. Porém, de ofício, modifico o termo inicial dos juros de mora, referentes à indenização pelos danos morais, que deverão incidir a partir do evento danoso (22.12.2007).

## **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. Paschoal Carmello Leandro.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Josué de Oliveira.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Josué de Oliveira, Dorival Renato Pavan e Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 7 de junho de 2011.

\*\*\*

**Quarta Turma Cível**  
**Agravo Regimental em Agravo n. 2011.009295-9/0001-00 - Sete Quedas**  
**Relator Des. Josué de Oliveira**

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR PRÁTICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – BLOQUEIO DE VALORES EM DINHEIRO – PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO POR VEÍCULOS AUTOMOTORES – APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – NEGATIVA DO AUTOR – PEDIDO INDEFERIDO – DECISÃO RECORRIDA MANTIDA POR DECISÃO SINGULAR DO RELATOR – MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA DO RECURSO – ATO REANALISADO – IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO DEDUZIDA NO RECURSO INTERNO – AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

I – Segundo entendimento pacífico na jurisprudência, havendo recusa do credor, embasada no art. 656 do CPC, quanto ao pedido de substituição da penhora pelo devedor, deve ser indeferido o pedido de substituição dos valores bloqueados nas contas-correntes.

II – Confirma-se a decisão singular do relator que negou seguimento a recurso de agravo de instrumento, se as razões deduzidas no agravo interno não são convincentes acerca da necessidade de modificar o ato impugnado.

## 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, 3 de maio de 2011.

Des. Josué de Oliveira – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Josué de Oliveira

Valdecir do Carmo Francisco e Francisco & Nabarro Ltda. apresentam agravo regimental em face da decisão por mim proferida, pela qual neguei seguimento, por manifesta improcedência e por estar em confronto com a jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça e dos Tribunais Superiores,<sup>1</sup> ao agravo interposto contra ato judicial de 1ª instância que indeferiu pedido de substituição da indisponibilidade sobre numerários, existentes em contas bancárias de titularidade dos recorrentes, por veículos.<sup>2</sup>

Afirma que não houve manifestação do Ministério público quanto ao segundo pedido de substituição dos numerários bloqueados por bens de fácil liquidação (veículos automotores).

<sup>1</sup> Decisão de f. 108-109-v. TJMS.

<sup>2</sup> Decisão proferida, em 31 de janeiro de 2011, pelo Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Sete Quedas, MS (f. 98 TJMS).

Sustenta que, conforme entendimento dominante, a regra na ordem da penhora pode ser modificada desde que seja menos gravosa ao executado e não cause prejuízos à parte exequente.

Assevera que não é a ordem de gradação que influi na troca do bem penhorado, mas a dificuldade de colocação no mercado ou o ônus exagerado que a privação do bem representa para a atividade econômica do executado.

Expõe que, segundo as declarações anexas, o agravante encontra-se com diversas dívidas no comércio local, donde reside, das quais não pode quitar em virtude de estar com todos os seus recursos pecuniários bloqueados. No mais, reprisa os mesmos argumentos sustentados nas razões do recurso de agravo de instrumento.

Requer o provimento deste regimental.

## VOTO

O Sr. Des. Josué de Oliveira (Relator)

A decisão impugnada neste recurso interno contém as seguintes justificativas:

Antevejo óbices intransponíveis ao sucesso deste recurso.

Como se trata de Ação Civil Pública por Prática de Improbidade Administrativa, é de se aplicar ao caso, por analogia e subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Civil que tratam da penhora e de sua substituição.

Neste norte, é o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

Aplica-se subsidiariamente o Código de Processo Civil nas ações de improbidade administrativa, apesar da ausência de norma expressa na Lei n. 8.429/92, nos termos dos art. 19 da Lei n. 7.347/85 e 90 da Lei n. 8.078/90. (STJ, REsp n. 1098669/GO, Primeira Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 4.11.2010, DJ de 12.11.2010).

O artigo 668 do Código de Processo Civil normatiza que:

Art. 668. O executado pode, no prazo de 10 (dez) dias, após intimado da penhora, requerer a substituição do bem penhorado, desde que comprove cabalmente que a substituição não trará prejuízo algum ao exequente e será menos onerosa para ele devedor (art. 17, incisos IV e VI, e art. 620). (Redação dada pela Lei n. 11.382, de 2006).

Contudo, embora se reconheça que o agravante requereu a substituição dos valores tornados indisponíveis dentro do prazo estipulado no referido artigo, não comprovou que a substituição não traria prejuízo ao agravado.

É certo que o Ministério Público Estadual não se manifestou sobre este último pedido de substituição dos numerários bloqueados, mas verifica-se que apresentou resposta ao primeiro pedido, onde se posicionou contrário à substituição, principalmente por se aplicar ao caso o disposto no artigo 655 do Código de Processo Civil, o qual indica dinheiro em espécie como primeiro na ordem de preferência a ser seguida no caso de penhora de bens (f. 89 TJMS).

Após a promulgação da Lei n. 11.382, de 6.12.2006, o posicionamento a respeito da penhora mudou, no sentido de que ela deve ser, preferencialmente, realizada sobre dinheiro em espécie, até mesmo para se tornar mais célere e justa a execução em benefício do credor.

É o que se observa das notas ao artigo 655 do CPC, na obra Código de Processo Civil e legislação processual em vigor de Theotonio Negrão, a seguir:<sup>3</sup>

Art. 655: 3<sup>a</sup>. [...] A Lei n. 11.382, de 6.12.2006, trouxe reforço à observância da ordem estipulada para a penhora, ao dispor que ela deve ser ‘preferencialmente’ seguida. Assim, tende a prevalecer a corrente jurisprudencial que afirmava, mesmo antes de tal lei, que, ‘em princípio, deve o julgador seguir a ordem da penhora estabelecida no art. 655 do Código de Processo Civil. A regra, entretanto, é flexível, se demonstrada pelo executado a necessidade de mudança’ (STJ, REsp n. 791.573, Segunda Turma, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Eliana Calmon, julgado em 7.2.2006, DJU de 6.3.2006). Ou seja, é ônus do executado trazer argumentos para tanto.

[...]

Art. 655: 4. O juiz pode recusar a nomeação do bem oferecido, desde que o devedor tenha disponibilidade em dinheiro (JTA 103/171); ou possua outros bens mais facilmente transformáveis em dinheiro (RT 725/324). No mesmo sentido: RT 826/283, 841/264.

De fato, a penhora de dinheiro torna a execução mais célere, econômica e efetiva. E as noções de celeridade, economia e efetividade se coadunam com a idéia de que a execução se desenvolve em benefício do credor e não do devedor. É verdade que ao executado são concedidas garantias como a da execução pelo modo menos gravoso (art. 620). Todavia, essas garantias não podem se transformar num entrave à tempestiva e efetiva tutela do exequente. Por isso, eventual mitigação da ordem prevista neste art. 655 deve ser relegada para situações excepcionais.

No mesmo sentido, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme o aresto a seguir:

A recusa, por parte do exequente, da nomeação feita pelo executado, pode ser justificada por qualquer das causas previstas no CPC (art. 656), mas não pela impenhorabilidade do bem oferecido. (REsp n. 870.428/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 13.08.2007).

A execução deve ser feita no interesse do credor. Havendo recusa deste em proceder à substituição da penhora e achando-se esta fundada na ordem legal prevista no CPC, deve ser acatada.

Embargos de divergência não providos. (REsp n. 881.014/RS, Primeira Seção, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 27.2.2008, DJ de 17.3.2008, p. 1).

[...]

A execução se opera em prol do exequente e visa a recolocar o credor no estágio de satisfatividade que se encontrava antes do inadimplemento. Em consequência, realiza-se a execução em prol dos interesses do credor (art. 612 e 646, do CPC). Por conseguinte, o princípio da economicidade não pode superar o da maior utilidade da execução para o credor, propiciando que a execução se realize por meios ineficientes à solução do crédito exequendo.

5. A recusa, por parte do exequente, da nomeação à penhora de crédito previsto em precatório devido por terceiro pode ser justificada por qualquer das causas previstas no CPC (art. 656). (AgRg no REsp n. 826.260, voto-vencedor, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 7.8.2006).

3 NEGRÃO, Theotonio. GOUVÊA, José Roberto Ferreira. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 819.

6. Recurso especial provido. (REsp n. 1000261/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.3.2008, DJ de 3.4.2008, p. 1).[...] (AgRg na MC n. 14.898/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz, julgado em 18.12.2008, DJ de 19.2.2009).

Assim, considerando o entendimento pacífico na jurisprudência de que, em havendo recusa do credor, embasada no art. 656 do CPC, quanto ao pedido de substituição da penhora pelo devedor, deve ser indeferido o pedido de substituição dos valores bloqueados nas contas-correntes.

Por derradeiro, ainda que os agravantes tenham afirmado que o bloqueio dos valores junto ao Banco do Brasil S.A., está impedindo o exercício das atividades comerciais, pois as referidas quantias constituem o capital de giro de sua empresa, nada provou a respeito, razão pela qual deve ser rejeitado tal argumento por falta de provas.

Ante o exposto, com assento na 2ª e 5ª figuras do art. 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento a este recurso.

P. Intimem-se. (f. 108-9-v).

Ao tomar conhecimento da súplica do recorrente, tive oportunidade de novamente analisar as questões postas no agravo originário, mas não me convenci da necessidade de modificar a decisão.

Como expus na decisão recorrida, o posicionamento contrário do Ministério Público Estadual ao primeiro pedido de substituição dos numerários bloqueados por bem imóvel, também, serve para o segundo pedido de substituição por veículos, visto que a negativa se fundou no que estabelece o artigo 655 do Código de Processo Civil, o qual indica dinheiro em espécie como primeiro na ordem de preferência para penhora.

Igualmente, restou expresso na decisão o entendimento pacífico da jurisprudência, de que, em havendo recusa do credor, embasada em qualquer das hipóteses do artigo 656 do Código de Processo Civil, o pedido de substituição da penhora pelo devedor deve ser indeferido.

Destarte, quanto à afirmativa de que o bloqueio dos valores no Banco do Brasil S.A. está impedindo o exercício de sua atividade comercial, constou na decisão que os agravantes não produziram provas a respeito de tal argumento.

Embora os agravantes tenham juntado novos documentos para comprovar tais alegações, vã é a iniciativa dos recorrentes de tentar suprir a deficiência, juntando o documento faltante com as razões regimentais, expediente que não tem o condão de suprir a irregularidade.

Não diverge dessa linha de raciocínio a orientação emanada do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TEMPESTIVIDADE DO RECURSO ESPECIAL. CERTIDÃO. JUNTADA POSTERIOR. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO NO MOMENTO DA INTERPOSIÇÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO IMPROVIDO.

1. É inviável a juntada de qualquer documento na oportunidade da interposição do agravo regimental, pois não supre a irregularidade decorrente da não-adoção dessa providência em tempo oportuno.

2. Não se admite a realização de diligências nesta Corte com o propósito de sanar vícios de formação do agravo de instrumento, sendo inadmissível juntada posterior de peça visando a comprovação de tempestividade de recurso especial. (AgRg no Ag n. 548.350/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 10.8.2004, DJ de 16.11.2004, p. 287).

Na verdade, o que pretende a agravante é emendar a inicial do recurso, porém não há mais possibilidade de fazê-lo.

Ante o exposto, conheço deste recurso de agravo regimental, mas nego-lhe provimento.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Josué de Oliveira.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Josué de Oliveira, Paschoal Carmello Leandro e Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 3 de maio de 2011.

\*\*\*

**Quarta Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2011.014517-1 - Campo Grande**  
**Relator Des. Josué de Oliveira**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C DANOS MORAIS – UNIMED – PLANO DE SAÚDE – NÃO COBERTURA DE SESSÕES DE QUIMIOTERAPIA E RADIOTERAPIA – PROCEDIMENTO INDISPENSÁVEL AO TRATAMENTO DO CONSUMIDOR – CLÁUSULA ABUSIVA – ARTIGO 51, IV, CDC – SENTENÇA REFORMADA PARA INCLUIR OS DANOS MORAIS NA INDENIZAÇÃO PLEITEADA – RECURSO PROVIDO.

Conquanto a jurisprudência do STJ seja no sentido de que o mero inadimplemento contratual não ocasiona danos morais, esse entendimento deve ser excepcionado nas hipóteses em que, da própria descrição das circunstâncias que perfazem o ilícito material, é possível se verificar as consequências de cunho psicológico que são resultado direto do inadimplemento.

## ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 14 de junho de 2011.

Des. Josué de Oliveira – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Josué de Oliveira

João Batista Contini, qualificado nos autos da Ação de Obrigação de Fazer c/c Danos Morais n. 0027638-49.2010.8.12.0001, que move em face de Unimed – Campo Grande-MS Cooperativa de Serviços Médicos Ltda., em trâmite pela 3ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, apela da sentença na parte em que deixou de condenar a requerida ao pagamento de danos morais.

Alega, em síntese, que a sentença deve ser reformada porque foi injusta a recusa da cobertura do plano de saúde, colocando em risco a sua vida e evidenciando a desconsideração ao seu sofrimento, o que lhe causou um sentimento de impotência diante da situação vivenciada, da aflição psicológica e da angústia.

Menciona, em abono de sua tese, inúmeras jurisprudências, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, culminando por requerer o provimento do recurso, a fim de que seja reformada a sentença para também condenar a recorrida ao pagamento de danos morais.

A requerida apresentou contrarrazões, nas quais prequestiona o art. 5º, incisos II, XXXVI, LIV e LV, e os artigos 6º, 196 a 200, todos da CF; o art. 6º da LICC, os artigos 2º, 3º, 4º, 6º e 51 da Lei n. 8.078/1990, além dos artigos 10, 35 de A-M e 36 da Lei n. 9.656/98.

Ao final, pugna pela manutenção da sentença na parte em que se sagrou vencedora.

## VOTO

O Sr. Des. Josué de Oliveira (Relator)

Emerge dos autos que, em 25.11.1999, o Sr. João Batista Contini aderiu a um contrato de seguro empresarial, firmado, em 31 de março de 1998, entre a Unimed e a Loja Maçônica Amor e Justiça.

Em 2008, durante a vigência do contrato, foi acometido de doença grave (câncer), tendo realizado cirurgia de retirada total do estômago (gastrectomia), que só foi autorizado pelo Plano de Saúde pelas vias judiciais (Proc. n. 001.08.378701-2).

No início de 2010, o beneficiário do seguro foi acometido de novos tumores, desta vez localizados no esôfago e no fígado. Foi recomendado pela médica o tratamento mediante quimioterapia e radioterapia, com urgência, tendo a autora novamente se recusado a dar autorização para o tratamento.

Em carta endereçada ao beneficiário, o Plano de Saúde justificou a negativa da falta de cobertura, com amparo na Cláusula VI, item 6.3., alínea “j”, do plano (f. 32).

Em virtude da urgência, o beneficiário viu-se obrigado a realizar, às próprias expensas, a primeira etapa do tratamento (quimioterapia).

Na sequência, ajuizou ação de obrigação de fazer c/c pedido de danos morais, com requerimento de antecipação de tutela, em face da Unimed, objeto dos presentes autos, para restituição dos valores adiantados e para o pagamento do restante do tratamento.

O magistrado, aplicando o Código do Consumidor e invertendo o ônus da prova, deferiu a antecipação da tutela para compelir a requerida a autorizar a realização dos procedimentos de quimioterapia, radioterapia, bem como dos tratamentos complementares necessários à recuperação do autor.

A requerida deixou de apresentar contestação no prazo legal, tendo sido reconhecida a sua revelia, nos termos do art. 319 do CPC (f. 181).

Ao sentenciar, o magistrado deixou de condenar a requerida por danos morais, por entender que eles não decorrem automaticamente do inadimplemento contratual e que não teria sido provado dano na esfera íntima do autor, “*porque os fatos narrados não se consubstanciam em consequências do inadimplemento contratual*” (f. 188).

Ambas as partes recorreram.

Posteriormente, a requerida depositou o valor da parte incontroversa (f. 253-4), cujo levantamento foi requerido pelo autor (f. 259), pedido esse ainda não apreciado pelo Juiz da causa, pois os autos subiram a esta instância com o recurso do autor.

O juiz da causa determinou o desentranhamento da apelação e documentos da requerida pelo fato de ela ter praticado ato incompatível com a vontade de recorrer (f. 255). Dessa decisão, houve interposição de Agravo de Instrumento n. 2010.037568-5, acolhido por esta Corte (f. 302-306), facultando-lhe protocolar as razões recursais.

Intimada da decisão do agravo, a requerida, mais uma vez, ficou-se inerte, tendo sido os autos desta apelação cível remetidos a esta Corte, onde me foram distribuídos.

No caso, prejudicada está a discussão a respeito dos efeitos da anterioridade do contrato empresarial do Plano de Saúde, relativamente à Lei n. 9.656, de 3.6.1998, considerando que a requerida, além de depositar a parte incontroversa, não providenciou a juntada das razões recursais, conforme facultado pelo acórdão nesta Corte no Agravo de Instrumento n. 2010.037568-5.

Ademais, em suas contrarrazões, a empresa limitou-se a defender a tese de que não é cabível, na espécie, a sua condenação por danos morais.

Tenho que o recurso merece provimento.

A uma análise superficial dos dispositivos do Plano de Saúde, o leitor é conduzido a acreditar que não existiria o direito a danos morais, uma vez que há cláusula expressa de não cobertura do tratamento de radioterapia e quimioterapia (Cláusula VI, item 6.3, alínea “j”), o que justificaria a negativa da requerida de autorizar a realização dos procedimentos indicados por médico.

Entretanto, no presente caso, há circunstâncias que legitimam a condenação da requerida ao pagamento dos danos morais, uma vez que esta se houve com abuso de poder, não só porque as cláusulas do pacto foram redigidas com violação aos direitos do consumidor (art. 51, IV, do CDC) e da Lei n. 9.656, de 3.6.1998 (art. 12, II, “d”), estes últimos que preveem a obrigatoriedade de cobertura de tais procedimentos, mas também porque a Seguradora agiu com descaso para com a situação melindrosa de saúde por que passava o consumidor.

Somado a isso, note-se que o consumidor é idoso aposentado pelo INSS, que certamente vinha pagando regularmente, com sacrifícios, seu plano de saúde há cerca de 11 (onze) anos, acreditando que estava coberto pelo seguro em qualquer situação de emergência, e, justamente quando vai utilizá-lo, vê o seu direito negado.

Não é difícil inferir, nessa circunstância, o abalo emocional sofrido pelo consumidor que, justamente em hora tão crítica, vê negado o seu pedido para custear um tratamento que pode lhe salvar a vida.

Instado a se manifestar sobre questões dessa natureza, o Superior Tribunal de Justiça tem proclamado que:

CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. NEGATIVA ILEGAL DE COBERTURA, PELO PLANO DE SAÚDE, A ATENDIMENTO MÉDICO DE EMERGÊNCIA. CONFIGURAÇÃO DE DANOS MORAIS.

- Na esteira de diversos precedentes do STJ, verifica-se que a recusa indevida à cobertura médica pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito daquele. Recurso especial provido.<sup>1</sup>

Em recentíssima decisão, o STJ, por sua Terceira Turma, decidiu:

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. NEGATIVA INJUSTA DE COBERTURA SECURITÁRIA MÉDICA. CABIMENTO.

1. Afigura-se a ocorrência de dano moral na hipótese de a parte, já internada e prestes a ser operada – naturalmente abalada pela notícia de que estava acometida de câncer –, ser surpreendida pela notícia de que a prótese a ser utilizada na cirurgia não seria custeada pelo plano de saúde no qual depositava confiança há quase 20 anos, sendo obrigada a

<sup>1</sup> STJ, REsp n. 907.718-ES, Terceira Turma, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Nancy Andriighi, julgado em 7.10.2008, v.u.

emitir cheque desprovido de fundos para garantir a realização da intervenção médica. A toda a carga emocional que antecede uma operação, somou-se a angústia decorrente não apenas da incerteza quanto à própria realização da cirurgia, mas também acerca dos seus desdobrados, em especial a alta hospitalar, sua recuperação e a continuidade do tratamento, tudo em virtude de uma negativa de cobertura que, ao final, se demonstrou injustificada, ilegal e abusiva.

2. Conquanto geralmente nos contratos o mero inadimplemento não seja causa para ocorrência de danos morais, a jurisprudência do STJ vem reconhecendo o direito ao ressarcimento dos danos morais advindos da injusta recusa de cobertura securitária médica, na medida em que conduta agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, o qual, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada.

### 3. Recurso Especial provido.<sup>2</sup>

Do corpo do referido acórdão, extraem-se os seguintes suprimentos fático-jurídicos, que muito se assemelham ao feito em julgamento:

Na realidade, a regra geral tem sido excepcionada nas hipóteses em que, a partir da própria descrição das circunstâncias que perfazem o ilícito material, seja possível entrever consequências bastante sérias de cunho psicológico como resultado direto do inadimplemento culposos.

Na hipótese específica destes autos, a recorrente já estava internada e prestes a ser operada – naturalmente abalada pela notícia de que estava acometida de câncer – quando foi surpreendida pela notícia de que a prótese a ser utilizada na cirurgia não seria custeada pelo plano de saúde no qual depositava confiança há quase 20 anos.

Sem alternativa, foi obrigada a emitir cheque desprovido de fundos para garantir a realização da intervenção cirúrgica. Assim, toda a carga emocional que antecede uma operação somou-se a angústia decorrente não apenas da incerteza quanto à própria realização da cirurgia, mas também acerca dos seus desdobramentos, em especial a alta hospitalar, sua recuperação e a continuidade do tratamento, tudo em virtude de uma negativa de cobertura que, ao final, se demonstrou injustificada, ilegal e abusiva.

Não é outro o entendimento desta Corte de Justiça, como se vê dos seguintes arestos:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO COMINATÓRIA C/C COBRANÇA – PLANO DE SAÚDE – NÃO-COBERTURA DE SESSÕES DE QUIMIOTERAPIA – PROCEDIMENTO INDISPENSÁVEL AO TRATAMENTO DA AUTORA-APELADA – CLÁUSULA ABUSIVA NOS TERMOS DO ARTIGO 51, IV, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – REEMBOLSO DOS VALORES PAGOS – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Ainda que o contrato de plano de saúde tenha sido firmado anteriormente à edição da Lei n. 9.656/98, isso não impede a sua análise em consonância com as diretrizes do CDC.

As cláusulas contratuais do plano de saúde que excluem ou limitam sessões de quimioterapia, sendo tais procedimentos indispensáveis ao tratamento de doença acometida pela segurada, são abusivas.<sup>3</sup>

2 STJ, REsp n. 1.190.880-RS, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Nancy Andrighi, julgado em 19.5.2011.

3 TJMS, AC n. 2006.014654-8, Primeira Turma Cível, Rel. Des. João Maria Lós, julgado em 11.6.2008, v. u.

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL [...] –DANOS MORAIS – NEGATIVA DE COBERTURA E ATENDIMENTO – ATO ILÍCITO CARACTERIZADO – RECURSO DA RÉ IMPROVIDO.

A negativa de cobertura médico-hospitalar diante das peculiaridades do caso analisado caracteriza danos morais passíveis de indenização.<sup>4</sup>

Sopesados todos esses fatores, não procede a alegação de ofensa aos dispositivos legais prequestionados pela requerida.

Na fixação da indenização por danos morais, tanto a jurisprudência quanto a doutrina recomendam que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico do autor, 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 à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso.

Ante o exposto, considerados os parâmetros mencionados, que se afinam com a iterativa jurisprudência do STJ, dou provimento ao recurso para, reformando a sentença, fixar a indenização em danos morais em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), mantendo, quanto ao mais, a sentença recorrida.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Josué de Oliveira.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Josué de Oliveira, Dorival Renato Pavan e Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 14 de junho de 2011.

\*\*\*

<sup>4</sup> TJMS, AC n. 2011.006988-8, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, julgado em 31.3.2011, maioria.

**Quinta Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2011.002869-3 - Naviraí**  
**Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – MULTA ADMINISTRATIVA APLICADA PELO DIRETOR DO PROCON – AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE DO ATO – NÃO CUMPRIMENTO DE ACORDO NO PRAZO ESTABELECIDO – IMPORTÂNCIA RAZOÁVEL E ADEQUADA ÀS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO, COM O PARECER.

### ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 31 de março de 2011.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Inconformada com a sentença que julgou improcedente o Mandado de Segurança impetrado contra o ato praticado pelo Diretor da Coordenadoria Municipal de Defesa do Consumidor de Naviraí/MS, a Samsung Eletrônica da Amazônia Ltda. interpõe o presente recurso, a fim de obter a reforma do *decisum*.

Assevera que, uma vez que satisfaz o acordo administrativo firmado com a consumidora perante o Procon, não cometeu qualquer infração à legislação consumerista de modo a justificar a multa a si aplicada pela autoridade impetrada, razão pela qual, no seu entendimento, a sanção imposta ofenderia o princípio da legalidade.

Pondera que o ato administrativo violou também os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, na medida em que o valor do produto defeituoso adquirido pela consumidora era de apenas R\$ 465,62 (quatrocentos e sessenta e cinco reais e sessenta e dois centavos), ao passo que a multa foi arbitrada na quantia exorbitante e desproporcional de R\$ 9.750,00 (nove mil, setecentos e cinquenta reais), com base apenas na condição econômica do fornecedor e sem considerar os demais critérios legais para sua fixação, como a gravidade da infração cometida e a vantagem auferida.

Assim, requer o conhecimento e provimento do apelo para, reformando a sentença impugnada, seja concedida a segurança pretendida e, assim, determinado o cancelamento da multa aplicada e de eventual inscrição em dívida ativa.

O apelado deixou de ofertar contrarrazões e a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso.

## VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Samsung Eletrônica da Amazônia Ltda. em face da sentença que julgou improcedente o Mandado de Segurança impetrado contra o Diretor da Coordenadoria Municipal de Defesa do Consumidor de Naviraí/MS.

Assevera, em síntese, que a multa a si aplicada pela autoridade coatora, ora apelada, ofende aos princípios da legalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, porquanto, além de não haver causa que justifique a penalidade, ela teria sido fixada em valor exorbitante sem a observância de critérios legais.

Requer, pois, o conhecimento e provimento do presente recurso, a fim de ser concedida a segurança pleiteada e, desta forma, cancelada a multa e eventual inscrição em dívida ativa.

Pois bem.

Em que pesem as argumentações da recorrente, vejo que razão não lhe assiste.

A multa imposta à apelante encontra amparo nas disposições protetivas previstas no Código de Defesa do Consumidor, não havendo falar em qualquer ilegalidade cometida pela autoridade coatora.

A sanção aplicada à apelante decorreu da falta de cumprimento, no tempo devido, do acordo celebrado entre a recorrente e a consumidora reclamante Josefa Roseli Francisco em 27.3.2009 (f. 60) perante o Procon da cidade de Naviraí-MS, sendo que naquela oportunidade restou acordado que a Samsung devolveria à consumidora, no prazo de 20 dias, o valor do produto cujo defeito não foi sanado, mediante depósito em conta-poupança, o que, contudo, teria ocorrido somente em 5.5.2009, ou seja, 18 dias depois do término do prazo estabelecido, conforme alegado na própria inicial e pode ser verificado através do documento de f. 94.

Embora a apelante argumente que o atraso ocorreu porque seu sistema não permite a devolução por meio de depósito em conta-poupança e que a consumidora teria consentido com o recebimento do valor em data posterior, vale dizer que caberia à recorrente ter se insurgido quanto à forma de devolução da quantia na ocasião da audiência de conciliação, o que não fez, bem como não logrou êxito em demonstrar que a cliente teria, de fato, anuído com a alteração da data prevista para a restituição.

Importante ressaltar que, no dia da celebração do acordo, a autoridade administrativa já havia advertido a apelante de que o inadimplemento do pactuado no prazo estabelecido ensejaria a aplicação da multa de 5.000 UFNs, e, como se não bastasse, verifica-se que a devolução do valor teria sido feita somente após a apelante ter sido intimada, em 4.5.2009, acerca da imposição da multa administrativa (f. 64-6), evidenciando-se, assim, o intuito protelatório no cumprimento da obrigação.

Ora, a possibilidade de aplicação, pela autoridade coatora, de diversas espécies de sanções administrativas, inclusive de multa, para os casos de infrações das normas de defesa do consumidor, encontra previsão no Código de Defesa do Consumidor, consoante se observa, *in verbis*:

Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:

I - multa;

[...]

Parágrafo único. As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo.

Desta forma, diante das circunstâncias analisadas, entendo inafastável a legalidade da sanção imposta à recorrente e, assim, resta evidente o mero inconformismo da parte recorrente com o julgamento proferido.

No tocante à alegada ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no valor da multa, a qual foi arbitrada em R\$ 9.750,00 (5.000 UFNs), vejo que nesse ponto a irresignação também não prospera.

Isso porque a sanção em questão, além de obedecer aos limites estabelecidos pelo parágrafo único do artigo 57 do CDC (de duzentas a três milhões de vezes o valor da Unidade Fiscal de Referência – Ufir -, ou índice equivalente que venha a substituí-lo), atende os critérios para sua quantificação previstos no *caput* do mesmo dispositivo legal, quais sejam, a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor.

Conforme se extrai do feito, mesmo diante de todo o aborrecimento que a consumidora lesada já havia sofrido com a longa e vã espera pelo conserto de seu aparelho celular, a apelante ainda assim não se cuidou de atuar com o devido zelo e diligência para solucionar o caso, deixando transcorrer, sem restituição, o prazo de 20 dias concedido para devolução do valor do produto, estendendo-o por mais 18 dias, quando então recebeu a intimação acerca da multa imposta e somente aí teria ressarcido a consumidora.

Vale destacar que a apelante consiste em empresa de notório e elevado porte econômico e que a multa, se imposta de modo ínfimo, nem sequer exercerá o caráter sancionatório que deve ter, a fim de desestimular a reincidência da ofensora em infrações semelhantes em prejuízo dos consumidores.

Feitas todas estas considerações, por estar clara a inexistência de qualquer ilegalidade ou desproporcionalidade na multa imposta pela autoridade apelada, nenhuma razão há para se reformar a sentença combatida, motivo pelo qual conheço do recurso, porém nego-lhe provimento, com o parecer.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

**POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. DECISÃO COM O PARECER.**

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 31 de março de 2011.

\*\*\*

**Quinta Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2011.007272-0 - Pedro Gomes**  
**Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso**

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE COBRANÇA – SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – LICENÇA-PRÊMIO NÃO GOZADA – MORTE DA SERVIDORA – PRESCRIÇÃO DOS PERÍODOS ADQUIRIDOS E NÃO USUFRUÍDOS – AFASTADA – CUSTAS – FAZENDA PÚBLICA – IMPOSSIBILIDADE – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – MINORADOS – JUROS CONTRA FAZENDA PÚBLICA – 6% AO ANO – RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.

### 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 aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 31 de março de 2011.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Israel Aurora Pereira e outros e o Município de Pedro Gomes interpõem Recursos de Apelação contra a sentença prolatada pelo Juízo da Vara Única de Pedro Gomes que, nos autos da Ação de Cobrança, assim decidiu, *in verbis*:

Ante o acima exposto, julgo procedente o pedido formulado por Israel Aurora Pereira, Mariany Soares Pereira e Maylla Soares Pereira em face do Município de Pedro Gomes-MS para o fim especial de converter as licenças-prêmio não gozadas pela servidora Maria Soares da Costa Ferreira em pecúnia e, em consequência, condeno o requerido a pagar aos autores o valor de R\$ 11.604,08, corrigido monetariamente pelo IGPM/FGV a partir do falecimento da servidora (15.4.2007), acrescido de juros de 1% ao mês, incidentes a partir da citação do requerido. Em consequência disso, com fundamento no art. 269, I, do CPC, julgo extinto o presente feito com resolução de mérito. Fixo os honorários advocatícios em favor do advogado do autor no correspondente a 15% do valor atualizado da condenação, *ex vi* do art. 20, § 3º do CPC. Sem custas na forma da Lei.

Em suas razões recursais, Israel Aurora Pereira e outros, pedem o afastamento da prescrição e o devido recebimento da verba em sua integralidade e que seja condenado o apelado ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes na razão de 20% sobre o valor da causa.

Já o Município de Pedro Gomes pede em seu recurso que seja reformada a sentença por entender que a conversão da licença não gozada é vedada, amparada no Princípio da Legalidade, e que a licença funcionava apenas como um prêmio para que o servidor pudesse descansar e, voltando ao trabalho, estivesse

mais apto para o exercício da função. Que não há falar em benefício, pois a servidora não havia completado o período aquisitivo como entendeu a magistrada. Por último, quanto às condenações, pede exclusão ou redução do valor dos honorários e que os juros devem ser fixados em 0,5% ao mês.

Contrarrazões do Município de Pedro Gomes em f. 203-6.

## VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator)

Israel Aurora Pereira e outros e o Município de Pedro Gomes interpõem Recursos de Apelação contra a sentença prolatada pelo Juízo da Vara Única de Pedro Gomes nos autos da Ação de Cobrança.

Em suas razões recursais, Israel Aurora Pereira e outros pedem o afastamento da prescrição e o devido recebimento da verba em sua integralidade e, que seja condenado o apelado ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes na razão de 20% sobre o valor da causa.

Já o Município de Pedro Gomes pede em seu recurso que seja reformada a sentença por entender que a conversão da licença não gozada é vedada, amparada no Princípio da Legalidade, e que a licença funcionava apenas como um prêmio para que o servidor pudesse descansar e, voltando ao trabalho, estivesse mais apto para o exercício da função. Que não há falar em benefício, pois a servidora não havia completado o período aquisitivo como entendeu a magistrada. Por último, quanto às condenações, pede exclusão ou redução do valor dos honorários e que os juros devem ser fixados em 0,5% ao mês.

### **Do Apelo de Israel Aurora Pereira, Mariany Soares Pereira e Maylla Soares Pereira**

Pedem os recorrentes o afastamento da prescrição e o devido recebimento da verba em sua integralidade e que seja condenado o apelado ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes na razão de 20% sobre o valor da causa.

Afirmam que o entendimento jurisprudencial apresenta-se no sentido de que, no caso de falecimento do servidor público, inicia-se a contagem do prazo prescricional, após a data do óbito, ou, no caso de aposentadoria, na data em que for deixado o serviço público.

Devido a isso, pedem o reconhecimento das licenças em sua íntegra, afastando a prescrição reconhecida na sentença.

Sobre prescrição, ensinam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Assim, consoante o art. 189 do Texto Codificado, a prescrição tem como objeto fulminar a pretensão do titular em reparar um direito (subjetivo) seu que foi violado. Note-se, por importante, que o Código Civil explicitou não atingir a prescrição o direito de ação em si mesmo (instituto de direito processual), mas sim a pretensão (esta sim, instituto de direito material), confirmando o caráter de direito autônomo, abstrato, público e subjetivo do direito de ação, resguardado em sede constitucional, pelo art. 5º, XXXV.

Explique-se: se alguém, cujo direito (subjetivo patrimonial) foi violado, não o exercitar em determinado lapso temporal, perderá a pretensão de reclamar a reparação de seu direito, embora não perca o direito de ação (poder de movimentar o Estado-Juiz).

A prescrição, nessa linha de intelecção, é **a perda da pretensão de reparação de um direito violado, em razão da inércia do seu titular, durante o lapso temporal**

**estipulado pela lei.** Acompanha a prescrição, obviamente, a todo e qualquer direito subjetivo patrimonial (seja absoluto, seja relativo), por admitirem violação. **Daí perceber-se que, com o término do prazo de prescrição, o direito de fundo subsiste, porém, o seu titular não mais pode exigir o seu cumprimento (não tem mais pretensão).** (in *Direito Civil. Teoria Geral*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p 556-7).

Pois bem. Tem decidido o Superior Tribunal de Justiça que “*a prescrição do direito de pleitear indenizações referentes a licença-prêmio e férias não gozadas **tem início com o ato de aposentadoria.***” (STJ, AgRg no Ag 699645/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 11.10.2005) (frisei)

Da mesma forma vem decidindo nos casos de morte do funcionário. Vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. LICENÇA-PRÊMIO. CONVERSÃO EM PECÚNIA. APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. I - Esta Corte, apreciando as disposições insertas no art. 87, § 2º, na Lei n. 8.112/90, em sua redação original, cujo teor é semelhante ao disposto no art. 222, inciso III, § 3º, alínea “a”, tem proclamado que há direito à conversão em pecúnia das licenças-prêmio não gozadas e não contadas em dobro, quando da aposentadoria, sob pena de locupletamento ilícito da Administração. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal. II - **Foge à razoabilidade jurídica que o servidor seja tolhido de receber a compensação pelo não-exercício de um direito que incorporara ao seu patrimônio funcional e, de outra parte, permitir que tal retribuição seja paga aos herdeiros, no caso de morte do funcionário.** Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no Ag n. 735.966/TO, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 29.6.2006, DJ de 28.8.2006, p. 305).

No caso dos autos, a violação do direito deu-se no dia 15 de abril de 2007, data do falecimento da servidora, conforme certidão de óbito (f. 15), pois, embora tivesse adquirido o direito da licença-prêmio, ainda não havia gozado dele durante o exercício de sua função pública.

Este entendimento encontra respaldo na jurisprudência. Veja-se:

ADMINISTRATIVO - LICENÇA-PRÊMIO E FÉRIAS CONCEDIDAS E NÃO GOZADAS - FALECIMENTO DA SERVIDORA - CONVERSÃO EM PECÚNIA - PRESCRIÇÃO - INOCORRÊNCIA - PRETENSÃO INDENIZATÓRIA - DIREITO RECONHECIDO - VEDAÇÃO AO LOCUPLETAMENTO DO LABOR ALHEIO PELA ADMINISTRAÇÃO - VANTAGEM EXPRESSAMENTE PREVISTA EM LEI E NÃO PROIBIDA PELA CONSTITUIÇÃO. Conta-se a partir da data da publicação do desligamento da servidora falecida o prazo quinquenal de PRESCRIÇÃO da pretensão do espólio do SERVIDOR público à obtenção de indenização de férias e LICENÇA-PRÊMIO não gozadas na atividade. Não padece do vício de inconstitucionalidade, por quebra do princípio da razoabilidade, a concessão de LICENÇA-PRÊMIO a SERVIDOR público estadual, se a vantagem é expressamente prevista na legislação respectiva e não é proibida pela Constituição Federal ou Estadual. Falecido o SERVIDOR público, é devida ao seu espólio a indenização dos períodos de férias e LICENÇA-PRÊMIO que foram concedidos ao SERVIDOR enquanto em atividade, com base na legislação de regência e no implemento da condição temporal, mas não foram gozados por ele durante o exercício das funções do cargo, independentemente do motivo, porque trabalhou durante os períodos em que poderia estar em descanso e a administração não pode locupletar-se do trabalho alheio sem a respectiva retribuição. Essa indenização não corresponde à “conversão em pecúnia” de parte da LICENÇA-PRÊMIO, que ocorre na ativa, por opção do SERVIDOR, quando a legislação a admite (o Estado de Santa Catarina a proíbe expressamente). (TJSC, AC n. 2007.046756-2, Florianópolis, Rel. Des. Jaime Ramos, julgado em 13.8.2009). (frisei)

Verifica-se no caso em estudo que a servidora tinha direito a dois períodos de licença-prêmio não gozados, 2.5.1988 a 2.5.1993 e 2.5.1993 a 2.5.1998, considerando que veio a falecer em 15.4.2007 e a ação foi proposta pelos herdeiros em 19.3.2008, não há falar em prescrição, como entendeu a magistrada singular.

De acordo com o Decreto n. 20.910/32, art. 1º:

As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

Posto isto, tenho que merece prosperar o pedido de recebimento dos períodos de licença-prêmio em sua integralidade.

Quanto ao pedido de condenação a custas e majoração do valor arbitrado a título de honorários advocatícios, deixo para posterior análise, pois o Município de Pedro Gomes também fez menção às mesmas matérias em seu recurso, assim, farei a análise conjuntamente.

### **Do Apelo do Município de Pedro Gomes**

O Município de Pedro Gomes pede em seu recurso que seja reformada a sentença por entender que a conversão da licença não gozada é vedada, amparada no Princípio da Legalidade e que a licença funcionava apenas como um prêmio para que o servidor pudesse descansar e, voltando ao trabalho, estivesse mais apto para o exercício da função.

Que não há falar em benefício, pois a servidora não havia completado o período aquisitivo como entendeu a magistrada.

Por último, quanto às condenações, pede exclusão ou redução do valor dos honorários e que os juros devem ser fixados em 0,5% ao mês.

Inicialmente, destaco que compartilho do entendimento de que há possibilidade de conversão da licença-prêmio em pecúnia quando o servidor não usufruir o direito no período em que exercia suas funções perante o órgão estatal, considero possível extrair tal obrigação a partir de uma interpretação lógico-sistemática do ordenamento jurídico e, em especial, dos Princípios da Moralidade e da Vedação do enriquecimento sem causa a que a Administração Pública encontra-se incontestavelmente adstrita.

No caso dos autos ficou demonstrado que a servidora adquiriu direito à licença-prêmio por dois períodos, 2.5.1988 a 2.5.1993 e 2.5.1993 a 2.5.1998, que não foram gozados e veio a falecer em 15.4.2007.

Ora, uma vez presente a prestação de serviços pela servidora no período de licença especial, forçoso concluir-se pela conversão do referido direito em pecúnia aos seus herdeiros, após o seu falecimento.

Entender de modo diverso caracterizaria ofensa aos Princípios previamente indicados – Enriquecimento sem causa e Moralidade – norteadores, tal como os Princípios da Legalidade e da Atividade Administrativa.

Nesse diapasão, entendo que a ilustre magistrada *a quo*, ao determinar que a autoridade recorrente procedesse à conversão em pecúnia da licença especial não usufruída pela servidora falecida, em prol de seus herdeiros, agiu com acerto e razoabilidade.

É corolário afirmar que o Supremo Tribunal Federal firmou o posicionamento no sentido de que seria devida a indenização também nos casos em que o gozo da licença especial é obstado por interesse da Administração, fundado na Teoria da Responsabilidade Objetiva do Estado, o que calha perfeitamente ao caso vertente.

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. INDENIZAÇÃO DE LICENÇA-PRÊMIO NÃO GOZADA POR NECESSIDADE DE SERVIÇO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. QUESTIONAMENTO ACERCA DO NEXO DE CAUSALIDADE. IMPOSSIBILIDADE. O Pleno desta Corte, com base na teoria da responsabilidade objetiva do Estado, firmou exegese segundo a qual é devida a indenização ao servidor de benefício não gozado por interesse do serviço. Precedente. (AgRg no REExtra n. 234.093/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 15.10.1999).

A propósito, no intuito de reforçar o posicionamento aqui manifestado, colaciono a seguir os seguintes arestos, emanados deste Sodalício, inclusive desta E. Quinta Turma Cível, *in verbis*:

Ementa: REEXAME NECESSÁRIO - AÇÃO DECLARATÓRIA - DIREITO DE FUNCIONÁRIA PÚBLICA MUNICIPAL AO GOZO DE LICENÇA-PRÊMIO - PERÍODO AQUISITIVO COMPLETO - CABIMENTO DE SUA CONVERSÃO EM PECÚNIA - APLICAÇÃO DE LEI QUE PREVIA A CONVERSÃO QUANDO DO PROVIMENTO DA FUNCIONÁRIA NO CARGO - RECURSO OBRIGATÓRIO NÃO PROVIDO (TJMS, RS n. 2009.005580-6, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz, DJ de 28.4.2009).

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - LICENÇA-PRÊMIO NÃO GOZADA - INDENIZAÇÃO - POLICIAL MILITAR EXCLUÍDO DA CORPORACÃO - PRESCRIÇÃO QUINQUENAL CONTADA DO ATO DA EXCLUSÃO - POSSIBILIDADE – IMPROVIMENTO (TJMS, AC n. 2009.004176-6, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel, DJ de 21.8.2009).

Destarte, não há qualquer ofensa ao Princípio Constitucional da Legalidade, haja vista não poder a Administração Pública abster-se do dever de indenizar um servidor público pelos dias trabalhados, não obstante não haver usufruído da licença em questão.

Quanto ao período proporcional que entendeu a magistrada ter direito os herdeiros, correspondente à data de 2.5.1998 a 12.11.2001 (advento da Emenda n. 03/01), que alega o recorrente não ser devido em razão de não ter completado a servidora o período de 5 (cinco) anos exigidos para aquisição do direito, entendo que lhe cabe razão, não havendo que se falar em proporcionalidade.

Explico. O instituto da licença-prêmio se dá, após completados 5 (cinco) anos de trabalho, ou seja, não há possibilidade de indenização proporcional, pois não estamos tratando de um benefício mensal, tal benefício só é gerado após completo o período, conforme a assiduidade.

Referido entendimento, está embasado na jurisprudência, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - LICENÇA-PRÊMIO - INTERSTÍCIO NÃO COMPLETADO. Não tendo o servidor público completado, antes da aposentadoria, o interstício que lhe asseguraria o benefício da LICENÇA-PRÊMIO, não tem ele direito à INDENIZAÇÃO do valor a ela correspondente. (TJSC, AC n. 2002.000482-0, Florianópolis, Rel. Des. Newton Trisotto, julgado em 7.10.2002).

Com isso, não há falar em pagamento proporcional da licença-prêmio aos apelados referente ao período de 2.5.1998 a 12.11.2001, pois, neste caso, não foi completado o período necessário para gerar o direito de gozo do benefício.

### **Das Custas Processuais**

Quanto ao pedido feito pelos apelantes Israel Aurora Pereira, Mariany Soares Pereira e Maylla Soares Pereira de condenação do apelado Município de Pedro Gomes ao pagamento de custas, vejo que não merece provimento.

É sabido que à Fazenda Pública não se aplica condenação a custas processuais, em virtude do art. 7º da Lei 1.936/98. Vejamos:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – [...] – MUNICÍPIO – ISENÇÃO – OBRIGATORIEDADE, TODAVIA, DE RESSARCIMENTO DAS DESPESAS PROCESSUAIS ADIANTADAS PELO CREDOR – ART. 20, *CAPUT*, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. [...] O Município é isento do pagamento das custas processuais remanescentes, *ex vi* do artigo 11, § 1º, da Lei Estadual n. 1.936, de 21 de dezembro de 1998 - Regimento de Custas do Poder Judiciário Estadual - com alterações introduzidas pela Lei Estadual n. 3002, de 7 de junho de 2005. [...] (TJMS, AC n. 2005.014305-1, Pedro Gomes, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, julgado em 7.5.2009).

Pois bem, o art. 11, § 1º, da Lei Estadual n. 1.936/98, que trata do Regimento de Custas do Poder Judiciário Estadual, determina que são isentos do recolhimento das custas processuais a União, os Estados, os Municípios e as Fundações de direito público.

Dessa forma, o Município, ora apelado, é isento do recolhimento das custas processuais.

### **Dos Honorários Advocatícios**

No tocante aos honorários advocatícios, os apelantes Israel Aurora Pereira, Mariany Soares Pereira e Maylla Soares Pereira pedem pela condenação do Município de Pedro Gomes, com a devida majoração para 20% sobre o valor da causa.

Já o apelante Município de Pedro Gomes pede a redução do valor arbitrado, seguindo os preceitos do § 4º do art. 20 do CPC.

É cediço que, nas ações em que vigora como parte a Fazenda Pública, os honorários advocatícios devem ser fixados em valor certo, com fundamento no art. 20, § 4º, do CPC. Nesse sentido:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – [...] – HONORÁRIOS – CONDENAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA – INCIDÊNCIA DO § 4º DO ART. 20 DO CPC – VALOR CERTO – APRECIÇÃO EQUITATIVA DO JULGADOR – RECURSOS VOLUNTÁRIO E OBRIGATÓRIO – PARCIALMENTE PROVIDOS. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, a verba honorária deve ser fixada com base no § 4º do art. 20 do CPC, em valor certo, segundo a apreciação equitativa do julgador. (TJMS, AC n. 2009.005656-1, Campo Grande, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, julgado em 13.5.2009).

Dessa forma, em observância ao valor da causa, R\$ 25.028,41, bem como pela apreciação equitativa, determino o arbitramento dos honorários advocatícios em R\$ 1.500,00, nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Portanto, de acordo com o art. 21 do Código de Processo Civil, determino a divisão das despesas processuais e da verba honorária na proporção de 50% para cada uma das partes.

### **Dos Juros**

Alega ainda o apelante Município de Pedro Gomes que, conforme a Lei n. 9.494/1997 (art. 1º-F), os juros de mora devidos pela Fazenda Pública não poderão ultrapassar 6% ao ano, ou seja, os juros devem ser fixados em 0,5% ao mês.

Pois bem. Em análise detida dos autos, verifico que o percentual de juros moratórios restou fixado na sentença em 1% ao mês.

Com efeito, o artigo 1.º-F da Lei n. 9.494/97, com a redação que lhe foi conferida pela MP n. 2.180-35, preceitua o seguinte, *in verbis*:

Art. 1º-F - 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.

Por existir norma específica que regula a incidência de juros de mora nas condenações impostas à Fazenda Pública para pagamentos de verbas remuneratórias, reduzo o percentual de 1% para 0,5% (meio por cento) ao mês desde a citação. Não se aplica no presente caso a nova lei que instituiu novas modalidades para cobrança de juros contra a Fazenda Pública, visto que o presente processo já corria por ocasião da sua edição.

Assim, o débito será corrigido pelo INPC e os juros moratórios incidirão no percentual de 6 % ao ano, ou seja, 0,5% ao mês desde a citação.

Ante as razões delineadas, despiciendas maiores considerações.

### **Conclusão**

De tudo quanto exposto, conheço de ambos os recursos e, quanto ao apelo de Israel Aurora Pereira, Mariany Soares Pereira e Maylla Soares Pereira, dou-lhe parcial provimento, para entender como devidos os dois períodos adquiridos de licença-prêmio (2.5.1988 a 2.5.1993 e 2.5.1993 a 2.5.1998).

Quanto ao recurso do Município de Pedro Gomes, dou-lhe parcial provimento, para entender como indevido o pagamento proporcional da licença-prêmio, alterar o valor a título de honorários advocatícios, arbitrando em R\$ 1.500,00 e, de acordo com o art. 21 do Código de Processo Civil, determino a divisão das despesas processuais e da verba honorária na proporção de 50% para cada uma das partes. E, por último, quanto aos juros, entendo que deverão incidir em 6% ao ano, conforme pleiteado no apelo.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

**POR UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AOS RECURSOS, 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, 31 de março de 2011.

\*\*\*

**Quinta Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2011.008606-6 - Naviraí**  
**Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso**

EMENTA – REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – SUSPENSÃO NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA EM RAZÃO DE DÉBITO PRETÉRITO IMPUTADO À IMPETRANTE, DECORRENTE DE SUPOSTA IRREGULARIDADE NO MEDIDOR DE ENERGIA – ILEGALIDADE – SUPOSTO CONSUMO NÃO REGISTRADO PELO APARELHO MEDIDOR HÁ MAIS DE UM ANO – CÁLCULO DO DÉBITO REALIZADO DE MODO UNILATERAL – INEXISTÊNCIA DE INADIMPLÊNCIA DAS FATURAS MENSASIS – COBRANÇA QUE DEVE SER REALIZADA POR MEIOS LEGÍTIMOS – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

### ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 5 de maio de 2011.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Cuida-se de reexame necessário da sentença proferida no Mandado de Segurança impetrado por Edna Hatsue Fujikawa Michels contra o Diretor Regional da Enersul – Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S/A – Agência de Naviraí.

A sentença de primeiro grau concedeu a segurança pleiteada, a fim de ordenar ao impetrado que se abstinhasse de suspender o fornecimento de energia elétrica à impetrante em razão do débito oriundo de supostas irregularidades na medição do consumo, confirmando a liminar anteriormente deferida.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e improvidamento do recurso obrigatório.

### VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator)

O Juízo da 2ª Vara da Comarca de Naviraí submete ao reexame, por este Tribunal, a sentença que concedeu a segurança pleiteada nos autos do *mandamus* impetrado por Edna Hatsue Fujikawa Michels contra ato praticado pelo Diretor Regional da ENERSUL – Empresa Energética de Mato Grosso do Sul S/A – Agência de Naviraí.

Conforme se extrai dos autos, em 6.7.2009, a impetrante teve suspenso o fornecimento de energia elétrica em sua unidade consumidora em virtude de débito no valor de R\$ 982,49, gerado por suposta irregularidade aferida na medição de consumo de energia no período de setembro/2007 a agosto/2008, fato este que ensejou a impetração do presente mandado de segurança.

O magistrado *a quo*, após analisar o feito, reconheceu a ilegalidade do ato praticado pelo impetrado por entender não ser possível o corte de energia elétrica por débito pretérito, e, assim, concedeu a segurança, determinando que a autoridade se abstinhasse de suspender o serviço de energia pelo débito discutido.

A sentença não merece reparos.

Primeiramente, quanto à tese arguida pelo impetrado de incompetência absoluta da Justiça Estadual para julgamento do feito, há destacar que a questão já foi devidamente apreciada e afastada quando da análise do agravo de instrumento de f. 183-91.

No tocante à alegação de descabimento do *mandamus* em face de atos praticados por administradores de concessionárias de serviço público, é cediço que tal regra comporta aplicação apenas quando se tratar de atos de gestão administrativa, não sendo aplicável, todavia, aos atos praticados no exercício da função pública delegada, como é o caso em análise. Sobre o tema, confira-se o seguinte julgado:

O artigo 1º, § 1º, da Lei n. 1.533/51 estabelece que ‘Consideram-se autoridades, para os efeitos desta lei, os representantes ou administradores das entidades autárquicas e das pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do Poder Público, somente no que entender com essas funções’.

Diante de tal disposição verifica-se que somente cabe mandado de segurança impetrado contra ato de empresa concessionária de serviço público, quando tal ato foi praticado no exercício da função pública delegada.

No presente caso o ato impugnado, qual seja, cobrança de ligações como interurbanas, é ato de gestão administrativa do serviço, não concernente às funções que lhes foram, pelo poder público, delegadas.

Diferente seria se a empresa em questão estivesse negando ou suspendendo o serviço de telefonia, pois aí sim estaria agindo em nome do poder público concedente. (TJMS, AC n. 2006.003858-8, Dourados, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Luiz Carlos Santini, julgado em 23.5.2006 – destaquei).

Logo, correta a sentença ao afastar a preliminar arguída.

Pois bem.

A ilegalidade do ato praticado pela autoridade impetrada resta patente diante das peculiaridades do caso analisado.

Isso porque, conforme se depreende dos documentos 27-36, o corte no fornecimento de energia elétrica ocorrido em 6.7.2009 decorreu de débito unilateralmente imputado à impetrante por supostas irregularidades verificadas no aparelho medidor de energia, as quais teriam ocasionado o registro menor no consumo no período compreendido entre setembro/2007 a agosto/2008, ou seja, mais de um ano antes daquela data.

Percebe-se, pois, que a suspensão do serviço de energia não decorreu da inadimplência de faturas mensalmente emitidas à impetrante, a qual vinha quitando suas obrigações regularmente, mas, sim, de débito pretérito supostamente devido que foi subitamente cobrado da consumidora.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça muito bem destacou que “*a constatação unilateral de possível desvio de consumo não autoriza, por si só, o corte do fornecimento de energia elétrica e, muito menos, importa o reconhecimento de existência de obrigação inadimplida a ensejar a aplicabilidade do disposto no art. 476, do Código Civil*” (f. 202).

Ora, como é cediço, a energia é um bem essencial, constituindo-se serviço público indispensável, subordinado ao princípio da continuidade de sua prestação, somente sendo admissível a sua interrupção em casos excepcionais e, ainda assim, mediante prévia notificação do consumidor nos termos do art. 6º, § 3º, II, da Lei n. 8.987/1995, e art. 91, § 1º, “a”, da Resolução n. 456/2000, da Aneel.

Oportuno destacar que não se está a dizer que à concessionária não assiste o direito de exigir a retribuição pecuniária pelo serviço prestado e pelo prejuízo sofrido, mas tão somente que deverá valer-se das vias ordinárias de cobrança para exigir o débito, caso este reste devidamente comprovado, sendo inaceitável proceder à suspensão do serviço de energia como forma de compelir o consumidor a pagá-lo, mormente quando tenha sido lançado unilateralmente e referente a período retroativo de mais de ano, como ocorreu.

Corroborando todo o acima esposado, colaciono jurisprudência oriunda desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça, onde a matéria ora debatida já foi amplamente analisada. Vejamos:

EMENTA – RECURSO OBRIGATÓRIO E APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA – COMPETÊNCIA JUSTIÇA ESTADUAL PARA PROCESSAR E JULGAR FEITOS EM QUE SE DISCUTE A RELAÇÃO JURÍDICA EXISTENTE ENTRE CONSUMIDOR E CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELÉTRICA – PRELIMINAR REJEITADA – CORTE NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA – IMPOSSIBILIDADE – DÉBITO PRETÉRITO – COM O PARECER – RECURSOS IMPROVIDOS. Compete a Justiça Estadual processar e julgar feito onde se discute a relação jurídica existente entre consumidor e concessionária de energia elétrica. Não há que se falar em corte no fornecimento de energia elétrica por débitos pretéritos, como forma de coação ao pagamento. A concessionária deve dispor dos meios judiciais cabíveis para buscar o ressarcimento que entender pertinente. (STJ, AC n. 2010.002964-7, Jardim, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, julgado em 1.3.2010).

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – CORTE NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA – CONSUMIDORA QUE APRESENTAVA REGULARIDADE NO PAGAMENTO DA FATURA MENSAL – DÉBITO APURADO PELA CONCESSIONÁRIA UNILATERALMENTE, EM FACE DA EXISTÊNCIA DE FALHA TÉCNICA NO EQUIPAMENTO DE MEDIÇÃO DE ENERGIA INSTALADA NA UNIDADE CONSUMIDORA – IMPOSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DE SERVIÇOS ESSENCIAIS EM FUNÇÃO DA COBRANÇA DE DÉBITOS PRETÉRITOS – ATO ABUSIVO E ILEGAL PRATICADO PELA CONCESSIONÁRIA – OFENSA AO DIREITO BÁSICO DE MANUTENÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ESSENCIAIS, DE FORMA ININTERRUPTA, AO CONSUMIDOR – DANO MORAL CONFIGURADO – RESTITUIÇÃO SIMPLES DA PARCELA PAGA PELA CONSUMIDORA MEDIANTE AMEAÇA DO CORTE DE ENERGIA QUE ACABOU SE CONSUMANDO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. [...] (STJ, AC n. 2011.000568-8, Anastácio, Rel. Des. Dorival Renato Pavan, julgado em 12.4.2011).

ADMINISTRATIVO - AGRAVO REGIMENTAL - SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA - DIFERENÇA DE CONSUMO APURADA EM RAZÃO DE FRAUDE NO MEDIDOR - IMPOSSIBILIDADE. 1. A Primeira Seção e a Corte Especial do STJ entendem legal a suspensão do serviço de fornecimento de energia elétrica pelo inadimplemento do consumidor, após aviso prévio, exceto quanto aos débitos antigos, passíveis de cobrança pelas vias ordinárias de cobrança. 2. Entendimento que se aplica no caso de diferença de consumo apurada em decorrência de

fraude no medidor, consoante têm decidido reiteradamente ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte. Precedentes. 3. Agravo Regimental não provido. (STJ, AgRg no Ag n. 1200406/RS, Segunda Turma, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Eliana Calmon, julgado em 24.11.2009, DJ de 7.12.2009).

[...] Assim, para que o corte de energia elétrica por motivo de inadimplência seja considerado legítimo, a jurisprudência do STJ exige que: a) não acarrete lesão irreversível à integridade física do usuário; b) não tenha origem em dívida por suposta fraude no medidor de consumo de energia, apurada unilateralmente pela concessionária; c) não decorra de débito irrisório; d) não derive de débitos consolidados pelo tempo; e, por fim, e) não exista discussão judicial da dívida. Acrescentaria, ainda, outra condição: f) que o débito não se refira a consumo de usuário anterior do imóvel. (STJ, Ag n. 1381452/SP, 2011/0010057-2, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 14.3.2011).

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. INADIMPLEMENTO. DÉBITOS ANTIGOS. FRAUDE NO MEDIDOR DE CONSUMO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça consagra entendimento no sentido de que não é lícito à concessionária interromper o serviço de fornecimento de energia elétrica por dívida pretérita, a título de recuperação de consumo, em face da existência de outros meios legítimos de cobrança de débitos antigos não pagos (REsp n. 662.204/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ de 3.12.2007; REsp n. 821.991/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 1º.6.2006; REsp n. 1.076.485/RS, Segunda Turma, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Eliana Calmon, DJ de 27.3.2009; AgRg no REsp n. 793.539/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ de 19.6.2009. (STJ, AgRg no REsp n. 1016463/MA - 2007/0301032-8, Primeira Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 14.12.2010, DJ de 2.2.2011).

Assim, restando evidente a ofensa a direito líquido e certo da impetrante de receber o serviço de energia cuja contraprestação vem sendo paga regularmente e a ilegalidade do ato praticado pela autoridade impetrada de suspender o serviço em virtude de débito pretérito, nada há que se reformar na sentença de primeiro grau que concedeu a segurança pretendida.

### **Conclusão**

Por todo o exposto, conheço do presente reexame necessário, porém nego-lhe provimento, com o parecer.

### **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

**POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. DECISÃO COM O PARECER.**

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 5 de maio de 2011.

\*\*\*

**Segunda Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2011.006486-4 - Campo Grande**  
**Relator Des. Julizar Barbosa Trindade**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – RECURSO DO EXEQUENTE – EMBARGOS À EXECUÇÃO – BEM DE FAMÍLIA – IMPENHORABILIDADE – ART. 3º, V, DA LEI N. 8.009/90 – EXCEÇÃO NÃO CARACTERIZADA – HIPOTECA DE CONTRATO DA EMPRESA – BENEFICIÁRIOS TERCEIROS – RECURSO IMPROVIDO.

A exceção à impenhorabilidade prevista no art. 3º, inciso V, da Lei n. 8.009/90 não se aplica à hipótese em que a hipoteca foi dada para garantia de empréstimo contraído pela empresa, da qual os filhos dos embargantes são sócios, já que não foram beneficiados com o referido empréstimo.

Recurso improvido.

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL DOS EXECUTADOS – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA – MAJORAÇÃO DEVIDA – RECURSO PROVIDO EM PARTE.

Tendo em vista o disposto no art. 20, § 4º, do CPC e consideradas as peculiaridades do processo, mostra-se devida a majoração dos honorários fixados na sentença *a quo*.

Recurso provido em 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 de Bunge Fertilizantes S.A., nos termos do voto do relator. E também por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso de Orlando Pimpim Lima e outro, nos termos do voto do revisor.

Campo Grande, 10 de maio de 2011.

Des. Julizar Barbosa Trindade – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

Orlando Pimpim Lima, Mara Cristina de Brito Silva Lima e Bunge Fertilizantes S.A. interpõem Apelações Cíveis (f. 166-74 e 176-213) contra sentença (f. 159-62) que, nos embargos à execução oferecidos pelos primeiros em face da última, julgou-os procedentes para reconhecer a impenhorabilidade do bem dado em hipoteca e declarar a nulidade da penhora efetivada nos Autos n. 001.06.114421-6. Condenou a apelante/embargada Bunge ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 5.000,00 (art. 20, § 4º, CPC).

Os primeiros apelantes defendem a majoração dos honorários para valor equivalente entre 10% a 20% do valor da causa.

A última sustenta que a impenhorabilidade não é oponível no caso em tela, pois se trata de execução hipotecária na qual os recorridos ofertaram imóvel em hipoteca como garantia real em relação negocial celebrada com Agar Comércio e Indústria Ltda., de propriedade dos próprios filhos, de modo que não podem invocar a impenhorabilidade do bem, visto que foi dado em escritura pública com todos os requisitos exigidos pela lei e em benefício da própria família. Afirma que, de acordo com entendimento jurisprudencial, uma vez renunciado pelo beneficiário o direito outorgado pela Lei n. 8.009/90, não mais poderá alegá-lo em sua defesa.

Ao final, pedem provimento do recurso.

Contrarrazões às f. 220-5 e 238-49.

### **VOTO (EM 3.5.2011)**

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator)

Conforme relatado, Orlando Pimpim Lima, Mara Cristina de Brito Silva Lima e Bunge Fertilizantes S.A. interpõem Apelações Cíveis (f. 166-74 e 176-213) contra sentença (f. 159-62) que, nos embargos à execução oferecidos pelos primeiros em face da última, julgou-os procedentes para reconhecer a impenhorabilidade do bem dado em hipoteca e declarar a nulidade da penhora efetivada nos Autos n. 001.06.114421-6. Condenou a apelante/embargada Bunge ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 5.000,00 (art. 20, § 4º, CPC).

Os primeiros apelantes defendem a majoração dos honorários para valor equivalente entre 10% a 20% do valor da causa.

A última sustenta que a impenhorabilidade não é oponível no caso em tela, pois se trata de execução hipotecária na qual os recorridos ofertaram imóvel em hipoteca como garantia real em relação negocial celebrada com Agar Comércio e Indústria Ltda., de propriedade dos próprios filhos, de modo que não podem invocar a impenhorabilidade do bem, visto que foi dado em escritura pública com todos os requisitos exigidos pela lei e em benefício da própria família. Afirma que, de acordo com entendimento jurisprudencial, uma vez renunciado pelo beneficiário o direito outorgado pela Lei n. 8.009/90, não mais poderá alegá-lo em sua defesa.

Ao final, pedem provimento do recurso.

### **Da Apelação de Orlando Pimpim Lima e sua mulher**

#### Da majoração dos honorários advocatícios

O § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil estabelece que *“Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas “a”, “b” e “c” do parágrafo anterior.”* (destacado)

Conclui-se, portanto, que a verba honorária nos embargos à execução deve ser fixada, levando-se em conta o trabalho jurídico desenvolvido, o tempo despendido e a complexidade da demanda, não se atendo aos limites previstos no § 3º do referido dispositivo.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery observam que, “*Por causas onde não houver condenação devem ser entendidas aquelas que culminam com sentença meramente declaratória (incluídas aqui as que julgam improcedente ação condenatória) ou constitutiva. Nestas não há valor da condenação para servir de base para fixação dos honorários. O juiz deverá servir-se dos critérios das alíneas do CPC 20 § 3º para fixar a verba honorária.*” (in **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 9. ed. São Paulo: RT, 2006. p.193).

Na hipótese, levando-se em conta o serviço desempenhado pelos advogados, o tempo exigido para este fim (a ação teve início em setembro de 2008), a importância da demanda e o grau de zelo do profissional (art. 20, § 3º, alíneas “a”, “b” e “c”, do CPC), tem-se que o *quantum* referente aos honorários advocatícios deve ser majorado para R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Nesse sentido, os julgados do Superior Tribunal de Justiça e deste Sodalício, respectivamente:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXECUÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 1º-D DA LEI N. 9.494/97, MODIFICADO PELA MP N. 2.180/01. NÃO-INCIDÊNCIA. ART. 20, § 4º DO CPC. FIXAÇÃO EQUITATIVA DO JUÍZ. MAJORAÇÃO. POSSIBILIDADE.

4. Impõe-se a majoração dos honorários advocatícios quando fixados à míngua de apreciação equitativa, em valor incompatível com a atividade exercida pelo advogado.  
5. [...]. (STJ, REsp n. 670.538/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Paulo Medina, julgado em 18.10.2005).

APELAÇÃO CÍVEL – RECURSO ADESIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATTO DE AGENTE ESTATAL – ABUSO DE PODER – DANO MORAL PURO – DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO ADEQUADO ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO – JUROS MORATÓRIOS – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – MAJORAÇÃO – CUSTAS PROCESSUAIS – DESPESAS COM CÓPIAS E DESLOCAMENTOS DOS ADVOGADOS. [...] Revela-se ínfimo o valor dos honorários advocatícios que não considera o grau de zelo do profissional que laborou no processo, a natureza e importância da causa, além do trabalho realizado e o tempo exigido para o seu serviço (art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil). Majoração dos honorários para 15% do valor total da condenação. (TJMS, AC n. 2008.008592-3, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Dorival Renato Pavan, julgado em 17.3.2009).

### **Da Apelação de Bunge Fertilizantes S.A.**

Não obstante seus argumentos, a sentença deve ser mantida.

É incontroverso o fato de que a hipoteca do imóvel objeto da matrícula 196.301 (f. 181) foi dada em garantia de dívida contraída pela empresa Agar Comércio e Indústria Ltda. (f. 185) de propriedade dos filhos dos apelados (f. 115).

No entanto, a jurisprudência entende que, em casos dessa natureza, é impenhorável o bem de família dado em garantia de empréstimo à pessoa jurídica, quando ausente prova de que tenha se beneficiado a pessoa física.

O fato de os filhos dos apelados serem proprietários da empresa beneficiária do empréstimo (escritura pública de crédito rotativo para compra de insumos – f. 185), por si só, não se revela suficiente para albergar a alegação de que a entidade familiar foi beneficiada.

O Superior Tribunal de Justiça entende que a garantia pessoal dada em virtude de empréstimo, cujo valor se reverteu em benefício de pessoa jurídica, não se encaixa na exceção trazida pelo artigo 3º, V, da Lei n. 8.009/90:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. HIPOTECA. PESSOA JURÍDICA. RENÚNCIA.

[...].

2. Não se aplica a exceção à impenhorabilidade prevista no art. 3º, inciso V, da Lei n. 8.009/90, se a hipoteca garantiu empréstimo feito por pessoa jurídica. Não se pode presumir que este investimento tenha sido concedido em benefício da família (AgRg no Ag n. 711179/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 4.5.2006, DJ de 29.5.2006, p. 235).

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no AgRg no Ag n. 482.454/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Vasco Della Giustina - Desembargador convocado do TJ/RS, julgado em 6.10.2009).

Destarte, se o imóvel penhorado constitui bem de família e a dívida garantida pela hipoteca foi contraída em benefício de pessoa jurídica e não da entidade familiar, e se não há provas de que os apelados se beneficiaram do empréstimo, descabe a inclusão da garantia na exceção prevista no artigo 3º, V, da Lei n. 8.009/90.

Assim, inexistente qualquer circunstância que permita modificar a conclusão do magistrado de primeiro grau neste aspecto, a manutenção da sentença é medida que se impõe.

### **Conclusão**

Diante do exposto, voto por se dar parcial provimento ao recurso de Orlando Pimpim Lima e Mara Cristina de Brito Silva Lima para majorar os honorários advocatícios para R\$ 10.000,00 (dez mil reais), e negar provimento ao da Bunge Fertilizantes S.A., ficando mantida a sentença nos demais aspectos.

ADIADA A CONCLUSÃO DO JULGAMENTO EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO REVISOR (DES. PAULO ALFEU PUCCINELLI), APÓS O RELATOR NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DE BUNGE FERTILIZANTES S.A. E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DE ORLANDO PIMPIM LIMA E OUTRO. O VOGAL AGUARDA.

VOTO (EM 10.5.2011)

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli (Revisor)

Trata-se de recursos de Apelação Cível interpostos pelos embargantes Orlando Pimpim Lima e Mara Cristina de Brito Silva Lima e pela embargada contra a sentença prolatada pelo Juiz da Vara de Falência, Concordata e Insolvência da Comarca de Campo Grande que julgou procedentes os embargos à execução, para reconhecer a impenhorabilidade do bem dado em hipoteca e declarar a nulidade da penhora efetivada nos autos da Execução n. 001.06.114421-6, condenando a embargada, ao pagamento das custas e honorários advocatícios no montante de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

O relator do recurso, Des. Julizar Barbosa Trindade, houve por bem em dar parcial provimento ao recurso interposto pelos embargantes, majorar os honorários advocatícios para R\$ 10.000,00 (dez mil reais), e negar provimento ao apelo interposto pela Bunge Fertilizantes S.A., mantendo incólume os demais termos da sentença.

Na sessão de julgamento realizada no dia 3.5.2011, pedi vista dos autos para examinar com maior atenção a matéria em discussão.

Primeiro, quanto à impenhorabilidade do bem de família dado em garantia de empréstimo, tenho que o magistrado *a quo* decidiu com acerto.

Com efeito, preceitua o artigo 1º da Lei n. 8.009/90, *in verbis*:

Art. 1º - O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo hipóteses previstas nesta Lei.

Do dispositivo acima, depreende-se que a regulamentação positivada sobre a impenhorabilidade do bem de família teve por finalidade concretizar uma das vertentes impostas pelo fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, pois o instituto visa à proteção do direito de moradia do devedor, mesmo que este esteja sendo executado judicialmente.

O princípio em comento possui primordial importância no ordenamento pátrio, de sorte que não dever ser utilizado de forma supletiva para preenchimento de lacunas da lei, mas sim como fonte normativa, apta a exercer sua imperatividade e cogência nas relações jurídicas.

Sobre o tema trago à baila a lição do professor César Fiúza:

Ora, o objetivo do legislador foi o de garantir a cada indivíduo, quando nada, um teto onde morar mesmo que em detrimento dos credores. Em outras palavras, ninguém tem o direito de 'jogar quem quer que seja na rua' para satisfazer um crédito. Por isso o imóvel residencial foi considerado impenhorável. Trata-se, aqui, do princípio da dignidade da pessoa humana. O valor 'personalidade' tem preeminência neste caso, devendo prevalecer em face de um direito de crédito inadimplido. (in **Direito Civil – Curso Completo**. 11. ed. São Paulo: Del Rey, 2008. p. 193-4).

Ressalta-se que o regramento legal vigente deve ser aplicado em consonância com as peculiaridades de cada caso concreto, isto porque o trabalho exercido pelos operadores do direito, imbuídos de prestar a jurisdição com finalidade primordial de concretização da justiça, deve ser feito com respeito às diretrizes interpretativas que efetivem os postulados fundamentais do ordenamento jurídico vigente.

Ao contrário, fosse prestigiado o entendimento de que o magistrado deve aplicar a letra fria da lei, sem analisar as circunstâncias que envolvem cada situação apresentada, o trabalho do julgador estaria esvaziado podendo ser realizado sem qualquer exame valorativo.

Partindo desses pressupostos, juntamente com a análise do conjunto fático-probatório dos autos, entendo que o bem em discussão encontra-se protegido pela benesse legal que impede a sua penhora.

Isto porque hipótese dos autos não se enquadra no art. 3º, V, da Lei n. 8.009/90, que afasta a impenhorabilidade de bem de família em caso de "*execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar*".

Ora, como consta dos autos, se não bastasse o fato de o imóvel objeto de penhora ter sido dado em garantia de empréstimo à pessoa jurídica da qual os filhos dos embargantes são sócios, também não há nenhum indício de que o valor do referido empréstimo tenha sido utilizado em proveito dos embargantes.

Assim, uma vez que a garantia hipotecária sobre o bem de família não foi dada em benefício dos embargantes, mas de pessoa jurídica, não se aplica, por conseguinte, a regra do inciso V do artigo 3º da Lei n. 8.009/90.

Outro não é o entendimento adotado pelo C. Superior Tribunal de Justiça em casos análogos, senão vejamos:

CIVIL E PROCESSUAL. PENHORA. BEM DE FAMÍLIA. ALEGAÇÃO. PRECLUSÃO.

INEXISTÊNCIA. IMÓVEL DOS SÓCIOS DADO EM GARANTIA DE DÍVIDA CONSTITUÍDA POR EMPRESA. ART. 3º, V, DA LEI N. 8.009/90. EXEGESE. PRECEDENTES.

I. Nos termos da jurisprudência do STJ, não há que se falar em preclusão da invocação de bem de família se realizada antes mesmo das praças designadas para a alienação do bem. Precedentes. II. A exceção à impenhorabilidade prevista no art. 3º, inciso V, da Lei n. 8.009/90, não se aplica à hipótese em que a hipoteca foi dada para garantia de empréstimo contraído pela empresa, da qual é sócio o titular do bem. Precedentes. III. Atribuição, contudo, aos executados, das despesas e custas já realizadas atinentes à praça, excluída a comissão. IV. Recurso especial provido para afastar a constrição. (STJ, REsp n. 1035636/PR, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 22.3.2011 – grifei).

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPENHORABILIDADE DE BEM DE FAMÍLIA. ART. 3º, V, da Lei n. 8.009/90. BEM DOS SÓCIOS DE EMPRESA. HIPOTECA DE CONTRATO DA EMPRESA. BENEFICIÁRIOS PRÓPRIOS. NÃO CONFIGURAÇÃO.

1. Acerca do art. 3º, V, da Lei n. 8.009/90, esta Corte tem entendido que ele se aplica aos casos em que os devedores constituidores da hipoteca deram o bem como garantia da própria dívida, constituindo-se nos próprios beneficiários. 2. Não se pode presumir que o mútuo tenha sido concedido em benefício da família. 3. Agravo regimental não improvido. (STJ, AgRg no Ag n. 1126623/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 16.9.2010 – grifei).

FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. HIPOTECA. PESSOA JURÍDICA. RENÚNCIA.

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. Não se aplica a exceção à impenhorabilidade prevista no art. 3º, inciso V, da Lei n. 8.009/90, se a hipoteca garantiu empréstimo feito por pessoa jurídica. Não se pode presumir que este investimento tenha sido concedido em benefício da família (AgRg no Ag n. 711179/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 4.5.2006, DJ de 29.5.2006, p. 235).

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AgRg no Ag n. 482.454/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Vasco Della Giustina - Des. convocado do TJ/RS -, julgado em 6.10.2009, DJ de 20.10.2009 – grifei).

Ainda se não bastasse, não se admite renúncia à impenhorabilidade do bem de família, visto que a norma protetiva tem como escopo resguardar a família, não apenas o direito disponível de propriedade.

Neste sentido, é o REsp n. 507.686/PASSARINHO e REsp n. 351.932, que teve como Relator para acórdão o Min. Castro Filho. Neste último precedente, a Terceira Turma decidiu que:

[...] I – Os bens inalienáveis são absolutamente impenhoráveis e não podem ser nomeados à penhora pelo devedor, pelo fato de se encontrarem fora do comércio e, portanto, serem indisponíveis. Nas demais hipóteses do artigo 649 do Código de Processo Civil, o devedor perde o benefício se nomeou o bem à penhora ou deixou de alegar a impenhorabilidade na primeira oportunidade que teve para falar nos autos, ou nos embargos à execução, em razão do poder de dispor de seu patrimônio.

II – A exegese, todavia, não se aplica ao caso de penhora de bem de família

(artigo 70 do Código Civil anterior e 1.715 do atual, e Lei n. 8.009/90), pois, na hipótese, a proteção legal não tem por alvo o devedor, mas a entidade familiar, que goza de amparo especial da Carta Magna [...].

Quanto aos honorários advocatícios de sucumbência, tenho que a verba fixada na r. sentença deve ser majorada, visto que esta não foi fixada em valor proporcional ao trabalho desempenhado pelo patrono dos embargantes, no patrocínio da causa, considerando não só a forma diligente como conduziu o feito, mas em especial o patrimônio em discussão.

Por outro aspecto, em tais circunstâncias é inequívoco o agravamento da responsabilidade dos advogados das partes, que têm sobre si altíssima responsabilidade quanto ao êxito na causa, além de o seu mandante depositar considerável expectativa quanto ao sucesso na lide.

Não se pode perder de vista que, na hipótese dos autos, os ora recorrentes obtiveram êxito pelo trabalho realizado no juízo de origem, o que resultou na improcedência do pleito do banco exequente.

Disso resulta a necessidade de se valorar adequadamente o trabalho do advogado, a sua responsabilidade, a complexidade da demanda, o tempo exigido para a sua consecução e o serviço prestado.

Embasado nestes fatos, em razão da necessidade de aplicação de critério equitativo e visando a remunerar condignamente o trabalho desenvolvido pelo profissional da advocacia, levando ainda em consideração o grau de zelo do profissional, o tempo, o lugar e a prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado e, por fim, tendo em vista o valor da causa e a possibilidade econômica das partes, majoro a verba honorária para R\$ R\$ 10.000,00 (dez mil reais), guardando compatibilidade com os importes envolvidos na demanda, ou seja, com o bem perseguido em juízo.

Nesse sentido, consigne-se a jurisprudência, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. OFENSA AOS ARTIGOS 20, §§ 3º E 4º, DO CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO EM VALOR IRRISÓRIO REALIZADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. NECESSIDADE DE MAJORAÇÃO RECONHECIDA.

1. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que o montante fixado pelas instâncias ordinárias a título de honorários advocatícios somente pode ser alterado se patente seu exagero ou quando fixado de forma irrisória, sob pena de incidência da Súmula n. 7/STJ. Precedentes.

2. A jurisprudência do STJ tem considerado irrisórios honorários fixados em patamar inferior a 1% sobre o valor da causa. Precedentes.

3. A lei processual estabelece no § 4º do art. 20 do CPC que nas causas em que não há condenação, os honorários advocatícios devem ser fixados consoante apreciação equitativa do Juiz. Nessas situações, o julgador, além de não estar restrito aos limites

percentuais mínimo e máximo previstos para as hipóteses onde há condenação, deve se basear nos seguintes parâmetros previstos no § 3º do art. 20 do CPC: a) o grau de zelo do profissional; b) o lugar de prestação do serviço; c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

4. Consideradas as peculiaridades do processo, mostra-se devida a majoração dos honorários fixados pelo Tribunal de Origem.

5. Recurso especial provido para fixar os honorários devidos aos advogados da recorrente 2% (dois por cento) sobre o valor atualizado da causa. (STJ, REsp n. 1218557/SC, Terceira Turma, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Nancy Andrighi, julgado em 22.2.2011).

Diante dessas razões, acompanhando o voto do relator, conheço do recurso interposto pelo embargante e dou-lhe parcial provimento em maior extensão para, majorar o valor dos honorários advocatícios para a importância de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), e, ainda, conheço do apelo interposto pela Bunge Fertilizantes e nego-lhe provimento.

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques (Vogal)

De acordo com o revisor.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DE BUNGE FERTILIZANTES S.A., NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. E TAMBÉM POR UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DE ORLANDO PIMPIM LIMA E OUTRO, NOS TERMOS DO VOTO DO REVISOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Julizar Barbosa Trindade, Paulo Alfeu Puccinelli e João Batista da Costa Marques.

Campo Grande, 10 de maio de 2011.

\*\*\*

**Segunda Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2011.009965-4 - Campo Grande**  
**Relator Des. Julizar Barbosa Trindade**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – COBRANÇA DE ANUIDADE DE CARTÃO DE CRÉDITO APÓS O PEDIDO DE CANCELAMENTO – INSCRIÇÃO INDEVIDA NOS ÓRGÃOS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO – REPARAÇÃO DEVIDA – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO MANTIDO – RECURSO NÃO PROVIDO.

A inscrição indevida do nome do consumidor nos cadastros restritivos de crédito prescinde da prova dos danos morais alegados, os quais são presumidos e decorrem do próprio fato.

A indenização deve ser fixada em termos razoáveis e que atinja seu duplo objetivo, qual seja a reparação do abalo sofrido e punição ao ofensor.

## 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 maio de 2011.

Des. Julizar Barbosa Trindade – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

Banco IBI S.A. – Banco Múltiplo – interpõe apelação (f. 138-55) contra sentença (f. 130-4) que, na ação declaratória de inexistência de débito c/c indenização por danos morais movida por Ramão Ângelo Pavão, julgou parcialmente procedente o pedido para condená-lo ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigido pelo IGPM/FGV desde a prolação da sentença e juros legais a partir da citação. Custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 20% da condenação, a cargo do recorrente.

Aduz que não houve nenhuma irregularidade no procedimento de cobrança da anuidade do cartão de crédito e que a negativação do nome do apelado foi praticada no exercício regular de direito inerente ao credor, impossível de gerar responsabilização, haja vista a constatação de débito em aberto. Sustenta ausência de prova dos alegados danos morais e, subsidiariamente, requer a redução do *quantum* indenizatório.

Contrarrazões às f. 161-9.

**VOTO**

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator)

Conforme relatado, o Banco IBI S.A. – Banco Múltiplo – interpõe apelação (f. 138-55) contra sentença (f. 130-4) que, na ação declaratória de inexistência de débito c/c indenização por danos morais movida por Ramão Angelo Pavão, julgou parcialmente procedente o pedido para condená-lo ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigido pelo IGPM/FGV desde a prolação da sentença e juros legais a partir da citação. Custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 20% da condenação, a cargo da recorrente.

Aduz que não houve nenhuma irregularidade no procedimento de cobrança da anuidade do cartão de crédito e que a negativação do nome do apelado foi praticada no exercício regular de direito inerente ao credor, impossível de gerar responsabilização, haja vista a constatação de débito em aberto. Sustenta ausência de prova dos alegados danos morais e, subsidiariamente, requer a redução do *quantum* indenizatório.

O apelado ajuizou ação em face do Banco IBI, alegando que teve seu nome indevidamente incluído no rol dos maus pagadores em 22.12.2008 (R\$ 158,00 - f. 15) e 1.2.2009 (R\$ 134,21 – f. 14), visto que os débitos que lhe foram imputados são decorrentes de anuidade do cartão de crédito após o pedido de cancelamento.

Por sua vez, a instituição financeira sustenta a existência de débito no valor de R\$ 134,00, proveniente de compras parceladas no cartão, mais encargos financeiros cobrados em razão do atraso no pagamento das faturas.

A sentença que julgou procedente o pedido não merece modificações.

Estão plenamente evidenciados os pressupostos para a caracterização da relação de consumo, razão pela qual deve ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor, que estabelece, em seu artigo 14: “*O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.*”

A correspondência de f. 35 demonstra o cancelamento do cartão em maio de 2008. Desde então o consumidor não efetuou mais compras a crédito, apenas terminou de realizar o pagamento da operação realizada nas Casas Bahia, sendo 10 parcelas de R\$ 88,10, com término em novembro de 2008.

Ainda, os documentos de f. 16-34 comprovam que a anuidade do cartão de crédito era inserida todos os meses nas faturas e retiradas posteriormente a pedido do consumidor, com emissão de extrato avulso.

O magistrado de primeiro grau observou “*O fato do valor da anuidade ser retirado das faturas por reclamação do autor coaduna-se com a sua afirmação de que efetivamente realizou o pedido de cancelamento do cartão de crédito, de modo que, se fossem provenientes de compras parcelas ou encargos financeiros, como aduz a ré, ela mesma não teria desistido de tais cobranças quando o autor se dirigia mensalmente ao seu estabelecimento.*” (f. 132).

Desse modo, como a negativação foi referente a débito inexistente, o banco responsável deve responder pelos danos decorrentes de sua incúria ao disponibilizar serviço sem as cautelas devidas e imprescindíveis.

### **Dos Danos Morais e seu *Quantum***

A configuração do dano moral decorre do gravame aos sentimentos, ao amor próprio, à dor interna que é imposta, circunstâncias que independem de prova em concreto, bastando a ocorrência do fato abusivo e ilegal.

Nesse sentir, é inegável que o recorrido foi ofendido como pessoa, visto que evidente a situação vexatória por que passou ao ver seu nome indevidamente incluído no rol dos maus pagadores, fato que abalou o seu crédito e sua honorabilidade.

A jurisprudência uníssona é no sentido de ser desnecessária a comprovação de prejuízos sofridos para que fique caracterizado o dano moral. Veja-se julgado em caso análogo:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ENCERRAMENTO DE CONTA-CORRENTE COM QUITAÇÃO DE TODOS OS DÉBITOS PENDENTES. INCLUSÃO INDEVIDA DO NOME DA CLIENTE NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DANO MORAL PRESUMIDO. VALOR DA REPARAÇÃO. CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO. CONTROLE PELO STJ. POSSIBILIDADE. [...]

II - Em casos que tais, o dano é considerado *in re ipsa*, isto é, não se faz necessária a prova do prejuízo, que é presumido e decorre do próprio fato e da experiência comum.

III - Inexistindo critérios determinados e fixos para a quantificação do dano moral, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, atendendo às peculiaridades do caso concreto, o que, na espécie, não ocorreu, distanciando-se o *quantum* arbitrado da razoabilidade. Recurso Especial parcialmente provido. (REsp n. 786.239/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Sidinei Beneti, julgado em 28.4.2009, DJ de 13.5.2009).

O valor da indenização por danos morais deve ser fixado em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a se constituir em um meio de enriquecimento sem causa para o ofendido, com manifestos abusos e exageros, nem para o desprestígio do Poder Judiciário, com condenação a valores irrisórios, devendo o arbitramento operar-se com moderação e proporcionalidade ao grau de culpa, à extensão do dano e à condição social dos envolvidos, sendo o banco pessoa jurídica de indiscutível potencial econômico.

Assim, o valor fixado na sentença singular (R\$ 10.000,00) deve ser mantido, visto que se mostra suficiente para atender suas finalidades e servir de exemplo para o causador do dano não reincidir na prática indevida. Além disso, encontra-se nos limites normalmente adotados por este Tribunal.

### **Conclusão**

Ante o 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, Paulo Alfeu Puccinelli e João Batista da Costa Marques.

Campo Grande, 3 de maio de 2011.

\*\*\*

**Segunda Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2011.010229-8 - Campo Grande**  
**Relator Des. Julizar Barbosa Trindade**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – E-MAIL E PERFIL FALSO EM SÍTIO DE RELACIONAMENTO COM MENSAGENS OFENSIVAS À HONRA E BOA FAMA DA EX-NAMORADA – SITUAÇÃO VEXATÓRIA E HUMILHANTE – VALOR INDENIZATÓRIO REDUZIDO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Mensagens eletrônicas de caráter ofensivo geram dano moral.

O valor da indenização deve ser arbitrada com prudência e moderação, a fim de evitar o enriquecimento sem causa da vítima.

## 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 parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 17 de maio de 2011.

Des. Julizar Barbosa Trindade – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

André Mariani interpõe apelação contra sentença (f. 109-14) que, na ação de indenização por danos morais movida por Morgana Watanabe Domingues, julgou procedentes os pedidos, a fim de condená-lo a pagar R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) a título de dano extrapatrimonial, acrescidos de juros legais a partir do evento danoso e correção monetária desde a publicação da sentença, além de custas processuais e honorários advocatícios de 10% sobre a condenação.

Diz que o *quantum* fixado é por demais oneroso e injusto, visto que, como profissional liberal (dentista), está passando por sérias dificuldades financeiras, além dos problemas de saúde que lhe reduzem a capacidade laboral e, via de consequência, seus ganhos mensais.

Pondera que o arbitramento do dano moral deve seguir padrões de proporcionalidade e adequação, evitando valores abusivos e exagerados que configurem enriquecimento sem causa. Ao final, requer a reforma da sentença para julgar improcedentes os pedidos autorais ou a redução da condenação.

## VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator)

Conforme relatado, André Mariani interpõe apelação contra sentença (f. 109-14) que, na ação de indenização por danos morais movida por Morgana Watanabe Domingues, julgou procedentes os pedidos iniciais, a fim de condená-lo a pagar R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) a título de dano extrapatrimonial, acrescidos de juros legais a partir do evento danoso e correção monetária desde a publicação da sentença, além de custas processuais e honorários advocatícios em 10% sobre a condenação.

Diz que o *quantum* fixado é por demais oneroso e injusto, visto que, como profissional liberal (dentista), está passando por sérias dificuldades financeiras, além dos problemas de saúde que lhe reduzem a capacidade laboral e, via de consequência, seus ganhos mensais.

Pondera que o arbitramento do dano moral deve seguir padrões de proporcionalidade e adequação, evitando valores abusivos e exagerados que configurem enriquecimento sem causa. Ao final, requer a reforma da sentença para julgar improcedentes os pedidos autorais ou a redução da condenação.

A sentença deve ser parcialmente reformada.

A apelada ajuizou a presente ação porque o recorrente, seu ex-namorado, inconformado com o fim do relacionamento, insultou-lhe diversas vezes por meio de e-mails e pelo sítio *orkut*, com a criação de um perfil falso, postando mensagens depreciativas e vulgares, causando-lhe constrangimento e dano à sua honra.

Lendo atentamente os textos *on-line*, verifica-se o nítido propósito de denegrir a imagem da autora, pois são irônicos, de baixo calão e ameaçadores, sendo evidente a grave pressão psicológica a que foi submetida (f. 31-47). O argumento de que assim agiu porque fora traído pela então namorada não justifica medida tão descabida, capaz de macular a boa-fama de qualquer pessoa que viva em sociedade.

Diante da situação humilhante e vexatória a que a apelada foi exposta, o dano moral configurou-se *in re ipsa*, evidenciada pelas circunstâncias do fato, tomando-se como parâmetro a vida comum das pessoas.

Todavia, se de um lado a condenação é necessária, de outro não se pode admitir que dela resulte enriquecimento sem causa, visto que vedado em nosso ordenamento jurídico.

No caso, observadas as particularidades dos fatos, especialmente a condição social e econômica dos litigantes (ele é profissional liberal e ela operária de fábrica), bem como os princípios de moderação e razoabilidade, mostra-se excessivo o valor fixado pelo magistrado de instância singela (R\$ 15.000,00), não se restringindo à compensação dos prejuízos advindos do evento danoso.

Indenizações desse jaez não têm o condão de reparar a dor, mas, de compensá-la de alguma forma, sendo necessário que o julgador analise o caso concreto, privilegiando mais o aspecto moral da reparação do que o seu lado econômico, fato que ocorreria se mantida a sentença.

Em relação à sua fixação, Carlos Roberto Gonçalves<sup>1</sup>, citando Maria Helena Diniz, observa: “*Na quantificação do dano moral, o arbitramento deverá, portanto, ser feito com bom-senso e moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, à gravidade da ofensa e ao nível sócio-econômico do lesante, à realidade da vida e às particularidades do caso sub examine.*”

<sup>1</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*, 10. ed. São Paulo: Saraiva, p. 639.

No mesmo sentido, orienta o Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. INSCRIÇÃO NO SERASA. DANO MORAL. RESSARCIMENTO. VALOR. REDUÇÃO. I. A indenização por dano moral deve ser fixada de modo razoável, evitando-se excesso que cause enriquecimento sem causa, por sua incompatibilidade com a lesão sofrida. II. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (STJ, REsp n. 754.806/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 9.5.2006).

Assim, a minoração é medida que se impõe, fixando a reparação nesta oportunidade em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), valor condizente com a lesão sofrida e a intensidade do dano.

### **Conclusão**

Por todo o exposto, voto por se dar parcial provimento ao recurso, para fixar os danos morais em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), ficando mantida a sentença nos demais termos, inclusive no que concerne à época dos juros e da correção, bem como à sucumbência.

### **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Julizar Barbosa Trindade, Paulo Alfeu Puccinelli e João Batista da Costa Marques.

Campo Grande, 17 de maio de 2011.

\*\*\*

**Quinta Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2010.037075-7 - Campo Grande**  
**Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA – ISS – COMPETÊNCIA – LOCAL DA EFETIVA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO E NÃO O LOCAL ONDE A EMPRESA IMPETRANTE POSSUI SEDE – ACERTADA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA E DEVER DE RETENÇÃO ATRIBUÍDA AO TOMADOR DE SERVIÇOS (DETRAN/MS) – DESNECESSIDADE DE LEI MUNICIPAL ESPECÍFICA PREVENDO TAL RESPONSABILIDADE – INTELIGÊNCIA DO ART. 6º, § 2º, DA LC N. 116/2003 – RECURSO IMPROVIDO.

O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento no sentido de que o ISS deve ser recolhido no local da efetiva prestação de serviços, pouco importando o fato de a empresa prestadora de serviços ter sua sede estabelecida em outro local.

Desse modo, demonstrado que a empresa impetrante presta aos municípios impetrados serviços de gerenciamento eletrônico de trânsito especificados no contrato celebrado com o Detran/MS, o ISS é devido aos municípios onde os serviços foram prestados, local em que ocorreu o fato gerador do imposto.

Não há necessidade de existência de lei municipal especificando a responsabilidade e o dever de retenção do imposto por parte do tomador de serviço, pois o art. 6º, § 2º, da Lei Complementar n. 116/2003 já instituiu a imediata responsabilidade de terceiros pelo recolhimento de todos os serviços que foram realizados em municípios diferentes daqueles em que estabelecida a sede da empresa prestadora de serviços.

## **ACÓRDÃO**

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

Campo Grande, 19 de maio de 2011.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

PERKONS S/A, pessoa jurídica que presta serviços de gerenciamento eletrônico de trânsito, interpõe recurso de apelação contra sentença que denegou o pedido que formulou nos autos do mandado de segurança que impetrou em face do Detran/MS -Departamento de Trânsito do Estado de Mato Grosso do Sul - e dos Secretários Municipais de Receita dos Municípios de Campo Grande, Dourados, Sidrolândia, Maracaju e Ponta Porã.

Afirma que a sentença negou vigência ao artigo 4º da LC n. 116/2003, conferindo-lhe interpretação diversa da doutrina e da jurisprudência, desconsiderando totalmente a natureza dos serviços, deixando de realizar a distinção entre atividades acessórias (disponibilização de bens) e atividade principal dos serviços (processamento das imagens e informações captadas pelos equipamentos), único serviço tributável pelo ISS, bem como o fato incontroverso de que os serviços contratados são prestados em vários municípios, mostrando-se impossível, portanto, a aferição exata do local onde efetivamente ocorreu o fato gerador da obrigação tributária.

Assevera que o conceito de estabelecimento prestador de serviços, nos moldes previstos no artigo 4º da LC Federal n.116/2003, compreende a sede prestadora de serviços, onde estão alocados os recursos para desenvolvimento dos serviços e não se confunde com o local da prestação de serviços. Questiona, ademais, a ausência de prova por parte dos recorridos da existência de estabelecimento prestador de serviços da impetrante em seus limites territoriais, ressaltando, inclusive, que a natureza dos serviços objeto do contrato celebrado com o Detran/MS deixa claro não haver necessidade de estabelecimento prestador de municípios onde os equipamentos eletrônicos de gerenciamento de trânsito foram instalados para a prestação dos serviços.

Salienta que, ao permitir a retenção do ISS com base em uma cláusula do contrato, a despeito da ausência de comprovação de legislação municipal que obrigue o Detran-MS, na qualidade de responsável tributário, a reter o imposto em questão, a sentença acabou por violar o princípio da legalidade, negando vigência aos artigos 5º, inciso II, e 150, inciso I, da Constituição Federal, bem como aos artigos 45, parágrafo único, e 128 do Código Tributário Nacional e 6º da LC n. 116/2003 que preceituam que a responsabilidade tributária e o dever de retenção somente podem ser instituídos pelos municípios e pelo Distrito Federal mediante lei.

Assevera, ainda, que a cláusula contratual citada na sentença (10.13) faz apenas uma previsão genérica da possibilidade de retenção e desconto de tributos e contribuições, quando assim estiver obrigada a contratante, por força de lei, não fazendo qualquer menção expressa à retenção de ISS.

Aduz, quanto ao Município de Campo Grande, que a Lei Complementar Estadual n. 59/2003 em seu art. 37, § 3º, incidiu em ilegalidade ao exigir que os tomadores dos serviços prestados na lista de serviços constante de seu texto (englobando todos os serviços que constituem fato gerador do ISS) retenham, declarem e paguem o ISS referente aos serviços prestados por pessoas físicas ou jurídicas, estabelecidas ou não no Município de Campo Grande, pois desrespeitou os limites impostos pela LC Federal n. 116/2003, que, em seu artigo 6º, § 2º, II, expressamente prevê que a responsabilidade tributária somente pode ser imputada às pessoas jurídicas, ainda que imune ou isentas, quando estas forem tomadoras ou intermediárias dos serviços descritos nos itens 3.05, 7.02, 7.05, 7.09, 7.10, 7.12, 7.14, 7.15, 7.16, 7.17, 7.19, 11.02, 17.05 e 17.10 da lista de serviços, aos quais não se enquadram os serviços que executa.

No que tange ao Município de Maracaju, sustenta que, não obstante este alegue a existência de legislação municipal (LC Municipal n.022/2003) atribuindo responsabilidade tributária ao tomador de serviço para a realização de retenção do ISS, nem sequer indicou o texto de artigo da referida norma que trata da questão, o que fere a disposição do artigo 337 do CPC, bem como os princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF/88).

Quanto ao Município de Dourados-MS, a recorrente sustenta que a figura da responsabilidade tributária do tomador de serviços está prevista no artigo 246 da LC Municipal n. 71/2003, o qual prevê, de acordo com as delimitações impostas pelo artigo 6º da LC n.116/2003, a retenção apenas sobre os serviços que são tributados no local da prestação, ou seja, as exceções previstas nos incisos do artigo 3º da LC Federal n. 116/2003 e, considerando que a sentença declarou que os serviços prestados pela apelante não se enquadram naquelas exceções, bem como que não se configuram como de vigilância,

segurança e monitoramento, previsto no item 1.02, resta evidente que a regra prevista no citado artigo 246 da LC n. 71/2003 do Município de Dourados-MS não pode ser utilizada como fundamento de retenção por parte do Detran/MS.

Quanto aos Municípios de Sidrolândia e Ponta Porã, assevera a ausência de indicação de legislação municipal atribuindo ao tomador de serviços a obrigação de retenção, o que revela que as retenções de ISS realizadas pelo Detran/MS para repasse aos referidos municípios são ilegítimas.

Requer a antecipação dos efeitos da tutela recursal e, ao final, o provimento do recurso, a fim de reconhecer a ilegalidade das retenções de ISS, declarando-se a incompetência dos municípios impetrados para cobrar o ISS sobre serviços prestados pela impetrante apelante ao Detran/MS.

O Município de Campo Grande, o Diretor-Presidente do Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul, o Município de Sidrolândia e o Secretário Municipal de Fazenda e Planejamento de Ponta Porã/MS apresentaram resposta ao recurso respectivamente às f. 410-25, 428-35, 459-72 e 476-9, não tendo os demais recorridos apresentado contrarrazões.

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

## VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator)

A apelante é pessoa jurídica que foi contratada para prestar serviços de gerenciamento eletrônico de trânsito ao Detran/MS, consoante se vê do contrato juntado à f. 44-51.

Impetrou ela mandado de segurança com o objetivo de obter a declaração de ilegalidade do ato de retenção do ISS praticado pelo Diretor Presidente do Detran/MS, autoridade apontada como coatora.

Neste sentido, a apelante sustentou em sua petição inicial, que *“mês a mês, repete-se uma ilegalidade por parte da autoridade coatora indicada, que vem retendo parte dos pagamentos que deveriam estar sendo feitos à IMPETRANTE alegando ser repasse de ISS - Imposto Sobre Serviços, aos municípios onde os equipamentos foram instalados.”* (f. 3)

Argumentou a apelante ser ilegal a retenção do ISS e o repasse feito aos Municípios de Campo Grande, Sidrolândia, Maracaju, Dourados e Ponta Porã, visto que o ISSQN é devido no local onde se encontra estabelecida a sede de sua empresa, qual seja, a cidade de Colombo, localizada no Estado do Paraná.

No entanto, o julgador de primeiro grau não vislumbrou ilegalidade no ato praticado pela autoridade apontada como coatora, o que fez em sentença cujos principais fundamentos passo a transcrever:

No caso, a impetrante executa serviços de gerenciamento eletrônico de trânsito, mediante instalação, manutenção e operação de equipamentos medidores de velocidade, do tipo fixo – ostensivos, veículo de fiscalização com radar estático e equipamento LAP/OCR, bem como software e sistemas especializados para processamento e apoio à emissão das notificações de autuação e imposição de penalidades e, ainda, relatórios estatísticos e gerenciais, instalados nos municípios de Campo Grande, Sidrolândia, Ponta Porã, Dourados, Corumbá, Rio Brillhante, Maracaju, Jardim, Bonito, Ladário, Três Lagoas e Aquidauana, conforme especificações expressas do Anexo I “A” (cláusula 1.1 do contrato de f. 44).

Os serviços executados pela impetrante não estão elencados nas exceções ao *caput*, ou seja, nos incisos I a XXII, do art. 3º, da LC n. 116/2003.

Em assim sendo, aplica-se-lhe o *caput* do art. 3º, da LC n. 116/2003, que considera prestado o serviço e devido o imposto no local do estabelecimento prestador ou, na falta de estabelecimento, no local do domicílio do prestador.

E, para esta hipótese, o art. 4º, da mesma lei, dispõe que:

Art. 4º Considera-se estabelecimento prestador o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas.

Dessa forma, estabelecimento prestador é do local da prestação dos serviços.

Omissis...

Então, o ISS é devido ao município da prestação do serviço que, no caso, são os do Estado de Mato Grosso do Sul, porque neles a impetrante instalou equipamentos, faz manutenção e operação de equipamentos, opera veículo com radar estático, aplica multa e notifica os usuários do serviço público, gerando riquezas.

O fato das autuações de trânsito serem processadas na sede da impetrante, na cidade de Colombo, PR, não significa que os serviços da impetrante sejam prestados naquele município.

Por fim, importa saber se o DETRAN/MS pode reter o ISS e repassá-lo aos municípios impetrados.

Na cláusula 10.13, do contrato de f. 44, ficou estipulado que o Detran faria a retenção, na fonte, dos tributos e contribuições sobre todos os pagamentos à Perkons.

Logo, autorizada pelo contrato, a retenção do ISS sobre os serviços prestados pela Perkons no Estado é legítima.

Ante o exposto, revogo a liminar e denego a ordem pleiteada. (f.283-4).

Apesar dos fundamentos acima expostos, a apelante pede a reforma da sentença em razão dos fundamentos já resumidos no relatório.

Dito isto e após a leitura da sentença recorrida, chego à conclusão de que duas são as matérias devolvidas ao exame deste Tribunal: a) saber de quem é a competência para a cobrança do ISS; e b) saber se o Diretor Presidente do Detran/MS pode reter o ISS e repassá-lo ao municípios impetrados.

Só é possível incursionar no exame da hipótese contida na letra “b” caso se entenda que a competência para a cobrança do ISS pertence aos municípios impetrados.

Feito este esclarecimento, passo ao exame de cada uma das questões, em capítulos separados.

### **Da competência dos Municípios impetrados para a cobrança do ISSQN**

A principal tese defendida pela apelante é no sentido de que o Município de Colombo, localizado no Estado do Paraná, é quem teria competência para cobrar o ISSQN, já que é no referido município que se encontra estabelecida a sede da empresa apelante.

Sucedo que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que cabe ao município dentro do qual ocorreu o fato gerador a competência para tributar as prestações ocorridas em seus limites territoriais, sendo irrelevante o local em que a empresa prestadora de serviços possui a sua sede.

A verdade dessa assertiva pode ser constada por meio da leitura das ementas dos acórdãos abaixo transcritos:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ISS. COMPETÊNCIA. LOCAL DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. QUESTÃO PACIFICADA PELA PRIMEIRA SEÇÃO. REsp n. 1.117.121/SP. APLICAÇÃO DO ART. 543-C DO CPC.

1. A Primeira Seção desta Corte consolidou o entendimento no sentido de que o ISS deve ser recolhido no local da efetiva prestação de serviços, pois é nesse local que se verifica o fato gerador (nos termos do art.12, letra “b”, do DL n. 406/1968 e art. 3º, da LC n. 116/2003).

2. *In casu*, a empresa encontra-se sediada em Belo Horizonte, prestando serviços de manutenção e aluguel de maquinaria e equipamentos para indústrias em diversos outros Municípios, dentre eles à MBR, em sua unidade denominada Mina do Pico, em Itabirito.

Logo, o fato gerador ocorreu no Município de Itabirito e, assim, a ele cabe a cobrança do tributo. Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no Ag n. 1318064/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 5.4.2011, DJ de 13.4.2011).

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA N. 284/STF. ARRENDAMENTO MERCANTIL. CONCEITO DE SERVIÇO. TEMA CONSTITUCIONAL.

1. Não merece conhecimento o recurso especial fundado em alegação genérica ao artigo 535 do CPC. Aplicação da Súmula 284/STF.

2. A discussão em torno do conceito de serviço para fins de incidência do ISS sobre operações de arrendamento mercantil (leasing) é de cunho eminentemente constitucional (art. 156, III, da Constituição Federal). Não cabe a esta Corte, na via do especial, apreciar tal questão, sob pena de usurpar competência conferida ao Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

3. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a cobrança do ISS norteia-se pelo princípio da territorialidade, nos termos encartados pelo art. 12 do Decreto-lei n. 406/68, **sendo determinante a localidade aonde foi efetivamente prestado o serviço e não aonde se encontra a sede da empresa.** (Ag n. 1.173.805/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ de 2.6.2010).

4. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no REsp n. 1102016/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 26.10.2010, DJ de 10.11.2010).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - DESNECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - CABIMENTO - ISS - FATO GERADOR - LOCAL DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO - PRECEDENTES.

1. O mandado de segurança foi impetrado preventivamente para discutir questão de direito, em torno do município competente para cobrar ISS em relação a determinados contratos de prestação de serviços, o que dispensa dilação probatória.

2. Por determinação da Lei Maior, cabe ao Pretório Excelso a análise de violação a preceitos constitucionais.

3. Pacificou-se nesta Corte a jurisprudência no sentido de considerar competente para a cobrança do ISS o município em que ocorre a prestação do serviço, ou seja, se concretiza o fato gerador.

4. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, parcialmente provido. (STJ, REsp n. 929948/PR, Segunda Turma, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Eliana Calmon, julgado em 21.10.2008, DJ de 18.11.2008).

Dito isto, vê-se que razão não assiste à apelante quando sustenta ser do Município de Colombo, localizado no Estado do Paraná, a competência para cobrar o tributo ISSQN, já que os serviços não foram prestados naquele município, consoante bem explicou o Procurador de Justiça em seu parecer:

No caso em tela, a apelante, presta serviços de instalação e manutenção de equipamentos eletrônicos de monitoramento do trânsito em diversos municípios do Estado e alega possuir sede em Colombo/PR, bem como ali seria realizadas as atividades principais (processamento das imagens e informações captadas pelos equipamentos) dos serviços objetos do contrato firmado com o Detran/MS, única serviço tributável pelo ISS.

Ocorre que, diversamente do que entende a recorrente, o próprio contrato acostado aos autos (cópia de f. 44-51) esclarece, em sua cláusula primeira, os serviços a serem prestados:

1.1- O objeto da presente concorrência é a contratação da empresa especializada para prestação de serviços contínuo de gerenciamento eletrônico de trânsito, mediante instalação, manutenção e operação de equipamento eletrônicos medidores de velocidades, do tipo fixo- ostensivos, veículo de fiscalização com radar estático e equipamento LAP/OCR, bem como software e sistemas especializados para processamento e apoio à emissão das notificações de autuação e imposição de penalidade e, ainda, relatórios estatísticos e gerenciais instalados nos municípios de: Campo Grande, Sidrolândia, Ponta Porã, Dourados, Corumbá, Rio Brilhante, Maracaju, Jardim, Bonito, Ladário, Três Lagoas e Aquidauana, conforme especificações expressas no Anexo I “a” deste instrumento.

Vê-se, portanto, que, ao contrário do que quer fazer crer a recorrente a instalação, operação e manutenção de equipamentos eletrônicos nos diversos municípios deste Estado trata-se de prestação de serviços tributáveis pelo ISS.

Assim, de acordo com a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e de sua interpretação conforme a Constituição Federal acima explicitada, o fato gerador do ISS ocorre no local onde a Apelante presta o serviço, *in casu*, cada um dos municípios onde instala, opera e efetua a manutenção dos equipamentos já mencionados acima. (f. 504-5).

Desta forma, a sentença não merece reparos quando reconheceu a competência dos municípios impetrados para a cobrança do ISSQN, tendo agido com acerto o julgador de primeiro grau quando afirmou que “*O fato das autuações de trânsito serem processadas na sede da impetrante, na cidade de Colombo, PR, não significa que os serviços da impetrante sejam prestados naquele município*” (f. 284).

Da possibilidade da retenção do ISS por parte da autoridade apontada como coatora e do repasse desse tributo aos municípios impetrados

Uma vez fixada a competência dos municípios impetrados para a cobrança do ISSQN, resta saber se a autoridade apontada como coatora possui poderes para reter o referido tributo e repassá-los aos entes municipais.

No caso dos autos, consoante bem ponderado na sentença recorrida, a Cláusula 10.13 do contrato de f. 44 autorizou o Detran a fazer a retenção, na fonte, dos tributos e contribuições sobre todos os pagamentos devidos à apelante, razão pela qual não há como se insurgir com a retenção.

Também comungo da opinião externada pelo Procurador de Justiça que, ao emitir o parecer, ressaltou que *“não só nas hipóteses indicadas nos incisos I e II do § 2º do artigo 6º da LC n. 116/2003 será o tomador de serviços responsável pela retenção e recolhimento do ISS, mas também em todos os demais serviços tributados pelo ISS realizados nos limites territoriais de municípios onde a prestadora não possua estabelecimento, nos termos dos artigos 121, § único, II e 128, do CTN”* (f. 507).

### **Outros argumentos deduzidos para demonstrar a impossibilidade da retenção do tributo, argumentos não enfrentados na sentença recorrida**

A apelante, em suas razões, deduz, ainda, outros argumentos para tentar mostrar a ilegalidade da retenção do tributo promovida pela autoridade coatora, quais sejam: 1) a suposta impossibilidade de aferição do local onde efetivamente ocorreu o fato gerador da obrigação tributária; e 2) a inexistência de lei municipal atribuindo responsabilidade tributária e dever de retenção ao contratante Detran/MS pelo recolhimento do tributo.

Muito embora a sentença não tenha examinado referidos argumentos, entendo que eles são insustentáveis, consoante bem demonstrado no parecer ministerial cujos fundamentos adoto como razão de decidir:

Importante destacar ainda a total improcedência da alegada impossibilidade de aferição exata do local onde efetivamente ocorreu o fato gerador da obrigação tributária, sob o fundamento de que os serviços contratados são prestados em vários municípios, tendo em vista que os próprios documentos trazidos aos autos (f. 59-61) pela apelante demonstram que o faturamento se dá de forma separada (inclusive em valores) por atividade prestada em cada município, mostrando-se inequívoco, portanto, que o faturamento do contrato (sobre o qual deve incidir a tributação) é feito de acordo com os serviços prestados em cada um dos municípios envolvidos.

Omissis...

Ainda no que tange à questão da exigência ou não de previsão em lei municipal para a atribuição de responsabilidade tributária e dever de retenção dos valores do ISS devidos, passamos a fazer algumas considerações necessárias.

De início esclarecemos que os estudiosos se dividem quanto à exigência ou não de lei municipal para a fixação da responsabilidade tributária dos serviços dispostos no § 2º do artigo 6º da LC n.116/2003, sustentando alguns que referido diploma legal introduziu automaticamente no ordenamento jurídico a responsabilidade tributária do tomador/intermediário dos serviços especificados passíveis de incidência do ISS, independentemente da edição de lei municipal no mesmo sentido e outros argumentando que a responsabilidade tributária estabelecida na citada norma, depende, para produzir efeitos jurídicos em relação ao responsável, da edição de lei municipal no mesmo sentido.

Para maior clareza, transcreve-se o teor do dispositivo em questão:

Art. 6º Os Municípios e o Distrito Federal, mediante lei, poderão atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação, inclusive no que se refere à multa e aos acréscimos legais.

§ 1º- Os responsáveis a que se refere este artigo estão obrigados ao recolhimento integral do imposto devido, multa e acréscimos legais, independentemente de ter sido efetuada retenção na fonte.

§ 2º- Sem prejuízo do disposto no *caput* e no § 1º deste artigo, são responsáveis:

I- o tomador ou intermediário de serviço proveniente do exterior do País ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior do País;

II- a pessoa jurídica, ainda que imune ou isenta, tomadora ou intermediária dos serviços descritos nos subitens 3.05, 7.02, 7.04, 7.05, 7.09, 7.10, 7.12, 7.14, 7.15, 7.16, 7.17, 7.19, 11.02, 17.05 e 17.10 da lista anexa.

Respeitados os entendimentos diversos e, embora a redação legislativa não se apresente completamente clara, quer-nos parecer que a LC n. 116/2003 em seu art. 6º, § 2º já instituiu a imediata responsabilidade de terceiros, independentemente da edição de lei municipal, que, se editada, apenas irá repetir seu texto, já que o município não poderá eleger o prestador do serviço como sujeito passivo da obrigação, revelando-se completamente desnecessária, assim, a exigência de lei municipal com disposição semelhante.

Partindo-se deste pressuposto e como já pontuado acima, não obstante se verifique que o § 2º do artigo 6º da LC n. 116/2003 tenha estatuído que apenas os serviços provenientes do exterior do País, I) ou os expressamente elencados no inciso II levem à responsabilidade de terceiros, tomadores ou intermediários dos serviços, ao recolhimento do ISS- que não seria devido no local do estabelecimento ou domicílio do prestador – independentemente de lei municipal (corrente a qual nos filiamos), entendemos que, ao adotar-se a definição de local de incidência do ISS como sendo o da efetiva prestação do serviço (entendimento predominante atualmente no STJ, como já dito antes), por decorrência lógica, outra conclusão não se pode encerrar, senão a de que em todos os serviços tributados pelo ISS realizados em território de município diferente do da localidade em que estabelecido o prestador a responsabilidade pelo recolhimento será do tomador (contratante), independentemente da existência ou não de lei municipal.

Tal postura é a única que se coaduna, inclusive, com o fato de que, na maioria dos casos, a empresa prestadora de serviços, estabelecida em município diverso, sequer possui cadastro fiscal junto à municipalidade da prestação de serviços, não havendo qualquer possibilidade de fiscalização da arrecadação do imposto devido, por parte do município onde efetivamente ocorreu o fato gerador do imposto.

Assim, em face de todas as considerações mencionadas e, mormente em razão da adoção do entendimento de que a localidade de incidência/cobrança do ISS é o da ocorrência do fato gerador, os municípios onde foram prestados serviços por empresas estabelecidas em localidade diversa, devem atribuir aos tomadores-contratantes (pessoas físicas ou jurídicas) a responsabilidade pelo recolhimento do tributo mediante a retenção de seu valor independentemente de Lei Municipal específica prevendo tal medida, pois a própria LC Federal n. 116/2003 já fixou tal responsabilidade (art. 6º, § 2º).

Dessa forma, escorreita a atribuição da responsabilidade tributária ao Detran/MS, ao qual cabe o dever de retenção do imposto incidente sobre os serviços que a apelante realiza aos municípios deste Estado e repasse aos sujeitos ativos da obrigação tributária. (f.505-10)

Com estes acréscimos, mantenho a sentença recorrida, negando provimento ao recurso.

Conclusão

Ante o exposto, conheço do recurso interposto por Perkons S.A., mas nego-lhe provimento, com o parecer.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

**POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. DECISÃO COM O PARECER.**

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Luiz Tadeu Barbosa Silva, Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 19 de maio de 2011.

\*\*\*

**Quinta Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2011.007082-9 - Campo Grande**  
**Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO NOSOCÔMIO – ERRO DE DIAGNÓSTICO EM EXAME DE SANGUE – HCV – HEPATITE “C” – DANOS MORAIS CONFIGURADOS – REDUÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – IMPOSSIBILIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

I - À luz da responsabilidade objetiva dos hospitais, inculpada no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, demonstrado pelo autor que o erro de diagnóstico realizado pelo setor de análises clínicas, que lhe apontou como portador de hepatite C, causou-lhe danos morais, impõem-se ao nosocômio a obrigação reparatória correspondente ao prejuízo suportado.

II – Mantém-se o *quantum* indenizatório quando compatível com a extensão do dano causado e, ainda, de modo especial, com o caráter pedagógico e sancionador da pena cominada, em consonância com casos análogos que já passaram pelo crivo da jurisprudência do STJ.

## 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, 31 de março de 2011.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Associação Beneficente de Campo Grande interpõe recurso de apelação em face da sentença (f. 241-8) que julgou procedentes, em parte, os pedidos formulados na inicial da ação de indenização por danos morais e materiais, ajuizada por Anderson Rodrigues de Lima Simões.

Em suas razões recursais (f. 253-8), sustenta, em síntese, que não há nos autos comprovação dos requisitos ensejadores do dano moral indenizável, inexistindo qualquer prova material ou testemunhal apta a demonstrar o nexo causal tampouco a existência de ato comissivo ou omissivo, o que desautoriza a condenação imposta em primeiro grau.

Subsidiariamente, requer a minoração do *quantum* indenizatório para um patamar prudente, razoável e equitativo, conforme as particularidades do caso em si e as atuais condições das partes envolvidas.

Nas contrarrazões (f. 265-8), o apelado refuta as teses expendidas pela apelante e defende a manutenção da sentença.

## VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto pela Associação Beneficente de Campo Grande em relação à sentença (f. 241-8) que julgou procedentes, em parte, os pedidos formulados na inicial da ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada por Anderson Rodrigues de Lima Simões

Sustenta, em suas razões (f. 253-8), que inexistem nos autos qualquer prova material ou testemunhal apta a demonstrar o nexo causal e o ato ilícito, comissivo ou omissivo, panorama que desautoriza a condenação imposta em primeiro grau.

Em caráter subsidiário, requer a minoração do *quantum* indenizatório para um patamar prudente, razoável e equitativo, conforme as particularidades do caso em si e as atuais condições das partes envolvidas.

Razão não lhe assiste.

Necessária uma breve retrospectiva dos fatos.

Segundo a inicial, o autor, em 12.1.2005, ao submeter-se a exame de sangue no Hemosul da Santa Casa de Campo Grande, como condição necessária ao alistamento no serviço militar da Força Aérea Brasileira, foi informado de que a comparação Anti – HCV – atestou resultado positivo para hepatite tipo “C”, diagnóstico atestado pela ré-apelante em 24.7.2006 (f. 23).

Que, em função desse diagnóstico, a junta de serviço militar desta capital acabou por dispensar o alistando, dada a incompatibilidade da atividade militar com relação às limitações impostas pela enfermidade que o teria acometido.

Posteriormente, inconformado e ao mesmo tempo atento à sua saúde, decidiu o autor diligenciar o seu tratamento médico, realizando novo exame de sangue em 11.8.2006, desta vez em laboratório particular (Centro Genomas, f. 24), ocasião em que, para a sua surpresa, o resultado foi negativo para hepatite “C”, diferente do que há menos de 1 (um) mês restou atestado categoricamente pelo nosocômio réu.

A fim de extirpar qualquer dúvida, o autor-apelado voltou a realizar o mesmo exame na própria ré, na data de 21.8.2006, ou seja, naquele mesmo mês, quando se atestou, pela segunda vez, o resultado negativo para Anti – HCV – hepatite “C”.

Porém, já havia o apelado perdido a oportunidade de ingressar nas fileiras da Força Aérea Brasileira (FAB), o que, segundo alega, era um sonho seu. Noticiou que, em razão dos episódios, desenvolveu quadro depressivo de sofrimento, por um mês, pois, não bastasse a frustração experimentada em função do fato do serviço, pensou ainda estar acometido de grave enfermidade, já que percebeu que sempre reuniu todas as condições físicas de exercer a atividade militar, em toda a sua plenitude.

Por tais razões, decidiu pleitear em juízo a compensação por danos morais em R\$ 100.000,00 (cem mil reais) e materiais a título de lucros cessantes, tendo êxito parcial apenas quanto à indenização pelos danos morais, que restou arbitrada pelo juiz *a quo* no importe de R\$ 25.500,00 (vinte e cinco mil e quinhentos reais) (f. 248).

Durante a instrução do feito, a ré apresentou contestação (f. 48-65), alegando, em síntese, que os fatos narrados na inicial são normais à atividade médico-laboratorial, visto que o exame em comento

apresenta alto nível de sensibilidade e de alta especificidade, sendo fato recorrente os resultados “falso-positivos” e “falso-negativos”. Portanto, não nega a ocorrência dos fatos expostos na inicial que, portanto, tornaram-se incontroversos.

### Da Responsabilidade Objetiva

Sabe-se, há muito, que a responsabilidade dos hospitais, mormente a partir da vigência da Lei n. 8.078/90 (CDC), passou a ser objetiva, levando em conta que são fornecedores de serviço e, desse modo, devem responder independentemente de culpa pelo serviço defeituoso prestado ou posto à disposição do consumidor, salvo culpa exclusiva deste último ou inexistência de defeito na prestação do serviço.

A propósito, preleciona Sérgio Cavalieri Filho, *in verbis*:

Os estabelecimentos hospitalares são fornecedores de serviço, e, como tais, respondem objetivamente pelos danos causados aos seus pacientes.

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

Essa responsabilidade, como se constata do próprio texto legal, tem por fundamento ou fato gerador o defeito do serviço, que, fornecido ao mercado, vem dar causa a um acidente de consumo. ‘O serviço é defeituoso, diz o § 1º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais o modo do seu fornecimento, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam e a época em que foi fornecido’. Trata-se, como se vê, de uma garantia de que o serviço será fornecido ao consumidor sem defeito, de sorte que, ocorrido o acidente de consumo, não se discute culpa; o fornecedor responde por ele simplesmente porque lançou no mercado um serviço com defeito <sup>1</sup>.

Arremata o ilustre doutrinador:

E mais, será absolutamente irrelevante saber se o fornecedor tinha ou não conhecimento do defeito, bem como se esse defeito era previsível ou evitável. Em face do **fato do serviço, o defeito é presumido porque o Código diz – art. 14 § 3º, I – que o fornecedor só excluirá a sua responsabilidade se **provar** – ônus seu – **que o defeito inexistente, vale dizer, que o acidente não teve por causa um defeito do serviço****. esta a sua condição de simples concessionária de venda e compra de veículos. <sup>2</sup>

Logo, tal responsabilidade é afastada sempre que comprovada a inexistência de defeito na prestação do serviço ou a culpa exclusiva do consumidor, ou de terceiro, nos termos do art. 14, § 3º, do CDC, o que, contudo, não é a hipótese dos autos.

Nesse sentido:

**RESPONSABILIDADE CIVIL – HOSPITAL – CDC – PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DEFEITUOSA – DANOS MORAIS E DANOS MATERIAIS – CERCEAMENTO DE DEFESA – ILEGITIMIDADE PASSIVA – PRELIMINARES NÃO CONFIGURADAS.**

<sup>1</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 5.ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 382.

<sup>2</sup> Ob. cit. p. 383.

Nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor **a responsabilidade civil do hospital é objetiva, não competindo perquerir da culpa de seus prepostos, somente podendo ser afastada, consoante preceito contido no § 3º, I e II, do citado artigo, ante a comprovação de inexistência de defeito no serviço; culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.** [...] APELO PARCIALMENTE PROVIDO. PRELIMINARES AFASTADAS. (TJRS, AC n. 70009791773, Décima Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Ary Vessini de Lima, Julgado em 21.7.2005).

No caso versando, deduz-se da prova produzida, dos fatos narrados, notadamente dos documentos colacionados, que o tratamento dispensado ao apelado, nas dependências do nosocômio, foi defeituoso e inadequado.

Nesse aspecto, vê-se que a questão trazida a debate foi bem elucidada pela sentença, *in verbis*:

[...] A Santa Casa de Campo Grande é pessoa jurídica de direito privado, que desenvolve atividade filantrópica e sem fins lucrativos, auxiliando o Estado na assistência à saúde da população, podendo ser classificado como terceiro setor.

Tais entidades sendo de utilidade pública ou interesse social recebem recursos orçamentários para consecução de seus objetivos. Assim, executam serviços públicos em regime de parceria como Poder Público por meio de delegação, como autoriza o art. 197 da CF: [...]

A mesma Carta Constitucional esclarece em seu art. 37, § 6º que ‘as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadores de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Tal norma alberga a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, sendo a marca característica deste tipo de responsabilidade a desnecessidade da vítima provar que os danos se deram por culpa ou dolo.

Não se olvide, que a relação entre as partes também é de consumo, tanto que o Código de Defesa do Consumidor define como fornecedor ‘toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços’.

O Código de Defesa do Consumidor fixou em regra a responsabilidade objetiva, pois os riscos da atividade devem ser suportados por quem presta o serviço, dando garantias de que ele seja seguro e eficiente.

À luz dos dispositivos transcritos, é possível dizer que uma vez presente a conduta, o resultado e o nexo causal, surge para o responsável o dever de indenizar.

No caso, a conduta restou demonstrada, pois consta que o autor procurou a ré para fazer exames laboratoriais para ingresso na carreira militar, sendo irrelevante a discussão se envolvia a doação de sangue, fato é que um dos exames deu falso positivo.

Ora, é evidente que houve falha na prestação do serviço de laboratório e análises clínicas da ré, porque uma vez apontando exame de sangue com diagnóstico de uma doença crônica e incurável, gera aflição, um pavor que não se pode mensurar.

Aqui não cabe aferir se houve culpa, a diligência das manipulações ou se foi observado os procedimentos exigidos pela Vigilância Sanitária, como supracitado, tendo

em vista que a análise do elemento subjetivo deve ser discutido pela ré em face dos profissionais farmacêuticos/bioquímicos que atestaram o falso positivo.

O erro do diagnóstico realizado pelo laboratório da ré, onde aferiu falso positivo para hepatite C, gera perturbação grave no psíquico, porque modificaria toda a vida do autor, gerando inclusive um trauma, ensejando reflexões sobre a vida sem saúde.

Destarte, é incontroverso que a conduta da ré resultou nos danos morais suportados pelo autor. [...]

Flagrante, portanto, a responsabilidade do nosocômio réu em indenizar o autor.

Nesse sentido, já se pronunciou, em várias oportunidades, este Tribunal:

APELAÇÃO – DOADOR DE SANGUE - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – DIAGNÓSTICO EQUIVOCADO SOBRE A PRESENÇA DO VÍRUS HIV – **HEMOSUL** – ÓRGÃO DO ESTADO RESPONSÁVEL PELA COLETA DE SANGUE – LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO – PRELIMINAR REJEITADA – RESULTADO SOROPOSITIVO PRECIPITADO CAPAZ DE GERAR DANO MORAL – DESMANTELAMENTO DA ESTRUTURA FAMILIAR – DEVER DE INDENIZAR – 40 SALÁRIOS MÍNIMOS – JUROS DE MORA DE 1% AO MÊS – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

O diagnóstico errado e precipitado da presença do vírus HIV no organismo do examinado mostra-se capaz de gerar danos, sendo que a ressalva quanto à necessidade de realização de novos exames não elide a responsabilidade pelo erro do diagnóstico. (TJMS, AC n. 2009.022306-9, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz, DJ de 29.3.2010).

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO EM DECORRÊNCIA DE EQUIVOCO NO DIAGNÓSTICO DE EXAME LABORATORIAL – PRELIMINAR DE DENUNCIÇÃO À LIDE – REJEITADA – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DOS RÉUS – REJEITADA – EXAME LABORATORIAL – ERRO DE INFORMAÇÃO APONTANDO DOENÇA QUE POSTERIORMENTE SE VIU INEXISTENTE (CÂNCER) QUE OCASIONA DANO MORAL E NÃO MERO DISSABOR – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO LABORATÓRIO – OBRIGAÇÃO DE RESULTADO – DEVER DE INDENIZAR PELO DANO MORAL.

O laboratório, prestador de serviços, tem o dever e a responsabilidade de divulgar informações corretas e precisas, necessárias à exata delimitação do bem objeto do contrato. O diagnóstico inexato fornecido por Laboratório radiológico levando a paciente a sofrimento que poderia ter sido evitado, impõe o dever de indenizar a parte que se viu abalada pela deficiência dos serviços prestados.

A obrigação da ré é de resultado, de natureza objetiva (art. 14 c.c. o 3º do CDC).

Reputa-se como de consumo, e, portanto, sujeita às regras instituídas pelo CDC, a prestação de serviços por Laboratórios de Análises Clínicas, o qual, em razão da responsabilidade objetiva, é obrigada a indenizar a título de danos morais em caso de erro de diagnóstico. [...] (TJMS, AC n. 2008.029031-1, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Dorival Renato Pavan, DJ de 19.3.2009).

Reconhecido, pois, que o ato da ré causou lesão moral ao autor, não vejo como afastar a condenação à reparação correspondente, em proporcionalidade ao grau de dor suportada, uma vez que esta, na sistemática do Código Civil (art. 944), mede-se pela extensão do dano que, no caso versando, se fez integralmente consolidado com o resultado (diagnóstico laboratorial errado).

## Do Quantum Indenizatório

Corolário respectivo dessas premissas está a impossibilidade de se estabelecer valores vultosos, a enriquecer indevidamente a vítima, tampouco ínfimos, com o que não se obteria o escopo de desestimular nova prática da conduta.

Tais critérios, todavia, deverão auxiliar o convencimento do magistrado, uma vez que o seu prudente arbítrio, aliado a um juízo de proporcionalidade e equidade, com base nos parâmetros da jurisprudência, terá o condão de determinar a quantia suficiente para satisfazer os objetivos almejados por esse tipo de reparação.

A esse respeito, explica Carlos Roberto Gonçalves que:

[...] As leis em geral não costumam formular critérios ou mecanismos para a fixação do *quantum* da reparação, e não ser em algumas hipóteses, **preferindo deixar ao prudente arbítrio do juiz a decisão, em cada caso**. Por essa razão, a jurisprudência tem procurado encontrar soluções e traçar alguns parâmetros, desempenhando importante papel nesse particular. [...].

Cabe ao juiz, pois, em cada caso, valendo-se dos poderes que lhe confere o estatuto processual vigente (art. 125 e s.), dos parâmetros traçados em algumas leis e pela jurisprudência, bem como das regras da experiência, analisar as diversas circunstâncias fáticas e fixar a indenização adequada aos valores em causa.<sup>3</sup>

Ora, o *quantum* indenizatório de R\$ 25.500,00 (vinte e cinco mil e quinhentos reais), fixado em primeiro grau, não destoa da jurisprudência do STJ para casos análogos, ou seja, de erro de diagnóstico, como se vê das seguintes ementas:

RESPONSABILIDADE CIVIL – ERRO DE DIAGNÓSTICO EM PLANTÃO, POR MÉDICO INTEGRANTE DO CORPO CLÍNICO DO HOSPITAL – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL [...].

1 – A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade de seu profissional plantonista (CDC, art. 14), de modo que dispensada a demonstração de culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa de médico integrante de seu corpo clínico no atendimento.

2 – A responsabilidade de médico atendente em hospital é subjetiva, a verificação da culpa pelo evento danoso e a aplicação da Teoria da perda da chance demanda necessariamente o revolvimento do conjunto fático-probatório da causa, de modo que não pode ser objeto de análise por este Tribunal (Súmula n. 7/STJ).

3 – Recurso Especial do hospital improvido. Nota: “Indenização por dano moral mantida em 83.000,00 (oitenta e três mil reais)” (STJ, REsp n. 1184128/MS, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJ de 8.6.2010).

CIVIL E PROCESSUAL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS A JULGAMENTO PROCEDIDO PELA TURMA – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – ERRO DE LAUDOS DE EXAMES RADIOLÓGICOS – REEXAME FÁTICO SOBRE O NEXO CAUSAL QUANTO AO AGRAVAMENTO DO ESTADO DE SAÚDE – IMPOSSIBILIDADE – VIABILIDADE, TODAVIA, DE APRECIÇÃO DA RESPONSABILIDADE DA CLÍNICA RÉ QUANTO AO ERRO NO LAUDO RADIOLÓGICO E O DANO MORAL RESPECTIVA E INDIVIDUALMENTE CONSIDERADO – *QUANTUM* DO DANO MORAL.

<sup>3</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil de acordo com o novo código civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 588-9.

[...] Viável, todavia, à Turma, partindo do fato incontroverso posto no aresto recorrido de que o laudo tomográfico estava errado, daí extrair lesão moral à consumidora gravemente doente, que viu-se frustrada, angustiada e vítima de incerteza sobre seu real diagnóstico, a justificar ressarcimento por sua dor.

Redução do *quantum* indenizatório, para compatibilização com a situação acima descrita e o efeito infringente dado aos embargos declaratórios.

Embargos declaratórios acolhidos, nos termos do voto médio. Nota: Indenização por danos morais reduzida para R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) (STJ, ED no REsp n. 594.962/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, Rel. p/Acórdão Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJ de 8.8.2008).

AGRAVO REGIMENTAL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECURSO ESPECIAL – ART. 535, II, DO CPC – OMISSÃO – INEXISTÊNCIA – DANOS MORAIS – PÓLO ATIVO – LEGITIMIDADE DOS HERDEIROS – PRECEDENTES – QUANTUM INDENIZATÓRIO – REEXAME DE PROVA – SÚMULA 7 – DECISÃO AGRAVADA MANTIDA.

[...] É possível a intervenção desta Corte para reduzir ou aumentar o valor indenizatório por dano moral apenas nos casos em que o *quantum* arbitrado pelo Acórdão recorrido se mostre irrisório ou exagerado, situação que não ocorreu no caso concreto. Nota: Indenização por dano moral mantida em R\$ 26.000,00 (vinte e seis mil reais) [...] (STJ, REsp n. 300721, Quarta Turma, Rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, DJ de 29.10.2001).

É cediço que a ordem jurídica tende a obedecer aos precedentes dos Tribunais Superiores. Isso se tornou até regra, como se vê do comando do art. 557, *caput*, e seu § 1º-A, do Código de Processo Civil.

Até porque a segurança das partes que procuram o Poder Judiciário para compor os litígios aconselha que, em tais hipóteses, seja seguida a orientação emanada do Tribunal encarregado da última palavra em matéria de direito infraconstitucional, como ocorre quanto a esta matéria, que passou pelo crivo do Superior Tribunal de Justiça.

Procedimento em sentido contrário só iria contribuir para o desprestígio das decisões judiciais, que ficariam ao sabor da interpretação pessoal de cada julgador, conferindo ainda, ao jurisdicionado, no caso de conhecimento da matéria no STJ, uma frustração considerável, acompanhada de prejuízo repentino resultante, tanto da demora da prestação jurisdicional, quanto da inversão do ônus sucumbencial, às vezes de grande monta.

Ainda que o Tribunal *a quo* formule teses admiráveis e elogiáveis pela consistência de seus fundamentos, certo é que, se elas estiverem em confronto com a jurisprudência sedimentada e às vezes até sumulada dos Tribunais Superiores, serão liminarmente rechaçadas e em poucas linhas, por causa do fenômeno da massificação da jurisprudência pátria como fonte do direito.

Portanto, em nome da segurança jurídica, sou compelido a adotar a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça no que concerne à média do *quantum* indenizatório para casos como o versando, a fim de manter o valor fixado em primeiro grau.

De ver-se que a reparação imposta no juízo *a quo* (R\$ 25.500,00) atende, no caso versando, ao princípio *restitutio in integrum*, pois, o *quantum* compensativo mostra-se compatível com a extensão do dano causado e, ainda, de modo especial, com o caráter pedagógico e sancionador da pena cominada, a evitar que se repitam, no futuro, infortúnios como esse, causado por falha no serviço prestado pelo hospital, além de estar em conformidade, como já dito, além de harmônico com casos análogos já decididos pelo Superior Tribunal de Justiça.

Assim, hei por bem manter o valor arbitrado em primeiro grau.

### **Conclusão**

Posto isto, conheço do recurso interposto, mas nego-lhe provimento, mantendo incólume a sentença.

### **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 31 de março de 2011.

\*\*\*

**Quinta Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2011.009427-6 - Campo Grande**  
**Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – COBRANÇA – CORRETOR – INTERMEDIÇÃO INEXISTENTE – APROXIMAÇÃO ENTRE NEGOCIANTES COM DATA REMOTA – COMISSÃO – DIREITO INEXISTENTE – RECURSO IMPROVIDO.

Comprovado nos autos não ter o corretor nenhuma responsabilidade pela aproximação entre vendedor e comprador e na concretização da transação, não há falar em direito à corretagem.

### 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, 28 de abril de 2011.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Feliz Trindade, inconformado com a sentença que julgou improcedente pedido de cobrança de corretagem formulado em desfavor a Romão Justino Delmondes, Maria de Lourdes Delmondes Simioli, Renny Everson Cavalcante Delmondes, Hélio Taveira Delmondes, Iolanda Taveira Delmondes, Regina Célia de Lima Delmondes e René Alexandre Fletias Delmondes, interpõe recurso de apelação.

Alega equívoco do sentenciante “*em não reconhecer a devida remuneração a que faz jus o apelante pelo serviço de corretagem prestado, tendo ao fundo o contrato firmado pelos requeridos, cujo objeto foi a venda da empresa de transporte coletivo denominada Viação São Francisco Ltda.*” (f. 513), por estar demonstrado nos autos sua participação na aproximação dos apelados, vendedores desta, com o adquirente da empresa, a ponto do registrar que, “*não obstante confirme a existência do contato entre o apelante e o apelado Romão*”, entendeu melhor afirmar que “*não se pode extrair daquelas notícias a confirmação sobre o tal contrato de corretagem conforme veemente assegurado na inicial.*” (f. 515).

Aponta os depoimentos de Carmem Rodrigues e Maria Georgina Costa Paes Imai como basilares à comprovação do ajuste de intermediação entabulado pelo apelante com o apelado Romão Justino Delmondes.

Sustenta que o depoimento de Maria de Lourdes Vieira Pereira merece reservas por ser funcionária da empresa “*e que por certo delimitaram suas falas mediante orientação orquestrada*” (f. 522), e as

contradições nele contidas devem ser vistas como confirmação da “*participação do requerente na intermediação da venda.*” (f. 522).

Indica o depoimento de Hélio Meneghin como apto a demonstrar seu trabalho de intermediador, mesmo porque, as negociais anteriores entre os apelados e Paulo Constantino **ESTAVAM ADORMECIDAS**, logo, “*resultado prático algum teria caso não fosse a intervenção do apelante*” (f. 525), que, inclusive, se fazia presente às reuniões.

Pondera a irrelevância do lapso entre a aproximação dos negociantes e a efetivação da transação, mas tão só o resultado prático oriundo de sua atividade.

Atribui má-fé à conduta dos apelados na indicação do valor do contrato por ser evidente sê-lo ínfimo, requerendo sejam condenados às penas do § 3º do art. 20 do CPC.

Prequestiona os artigos 227, 722, 723, 724 e 726 do Código Civil e 401 do Código de Processo Civil.

As contrarrazões foram juntadas às f. 590-6 em defesa da preservação da sentença.

## VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator)

O recurso busca modificar a reforma da sentença que julgou improcedente pedido cobrança de pagamento de corretagem que, segundo o apelante, lhe é devida por ter sido o responsável pela aproximação e concretização da venda da Viação São Francisco, até então de propriedade dos apelados, para Paulo Constantino.

Para fundamentar seu convencimento ponderou o sentenciante que:

[...] tenho que as provas produzidas em Juízo, que se restringiram a oitiva de testemunhas, não confirmam a versão do requerente.

As testemunhas arroladas pelo autor (f. 230-232 e, 412-413) não foram capazes de demonstrar a alegada autorização para agenciamento da venda.

Ainda que tenha sido confirmada a existência de algum contato entre o autor e o requerido Romão, não se pode extrair daquelas notícias a confirmação sobre o tal contrato de corretagem conforme veementemente assegurado na inicial.

Carmem Rodrigues, ouvida às f. 230, não confirmou nenhuma resposta por parte do primeiro requerido quando o autor se ofereceu para corrigir a venda da empresa.

Nem mesmo aquela que deveria ser a principal testemunha do autor – Hélio Dalmaso Meneghin, empresário procurado pelo requerente para concretização da alienação, ouvido às f. 412 – admite que o demandante figurou como intermediador da venda. Em contrapartida, menciona que as tratativas para a negociação vinham de longa data e que, segundo consta, informou tal fato ao demandante.

Sequer a presença do autor nas reuniões pode ser admitida como prova segura da existência do contrato entre o autor e Romão, segundo as bases da inicial, pois como se extrai do mesmo depoimento, as negociações foram encerradas.

Por outro lado, as testemunhas da parte adversa validaram a tese apresentada pela defesa, ou seja, de que o negócio se deu sem a participação do requerente.

O que se infere de toda instrução é que realmente os contrantes mantinham contato há muitos anos com os representantes do grupo empresarial que adquiriu a empresa de transporte coletivo dos requeridos e que a transferência de cotas societárias da Viação São Francisco sempre foi um negócio pendente entre as partes, o qual somente resolveu-se no ano de 2006, pelos próprios empresários.

Tal situação é estampada nos depoimentos de f. 228; 299; 328 e 412-413.

O autor tem como determinante para o recebimento da pretendida comissão o fato de ter aproximado as partes e, posteriormente ter realizado a suposta mediação. Todavia, isso não restou patente durante a instrução ou sequer foi corroborada por outro meio de prova, especialmente a documental.

Na absoluta falta de provas que demonstrem ter sido da intervenção do autor a opção pelo comprador e o consequente resultado da venda, a conclusão a que se chega é que o pedido do autor está adstrito a esfera das meras alegações.

**Posto isto, julgo improcedente o pedido e decreto a extinção do feito pelo fundamento do art. 269, I, do Código de Processo Civil.** (f. 449-51).

Se equívoco há na avaliação do que dos autos consta, não é do sentenciante, mas do apelante.

Os testemunhos são consentâneos em relação à pretensão do apelado Romão em vender a empresa Viação São Francisco antes mesmo de o apelante ter mantido contato com o apelado Romão para intermediar venda de imóvel desde. Veja-se:

Maria de Lourdes Vieira Pereira

[...] Desde a década de 80 a empresa vinha enfrentando dificuldades financeiras e erm [sic] constantes os comentários de Romão quanto ao interesse de Paulo Constantino adquirir a empresa; que em 1998 em razão de novas dificuldades a depoente recebeu determinação de elaborar planilhas demonstrando a situação financeira da empresa para que fosse exibida para Paulo Constantino [...] (f. 228).

Paulo Constantino:

[...] o depoente não conhece o autor Felix Trindade; que conhece o Romão Justino Delmondes, e seu filho Hélio Taveira Delmondes; que a empresa do depoente atua no transporte rodoviário urbano em Campo Grande/MS; que desde 1975 conhece o Romão e seu filho Hélio, que eram proprietários da empresa Viação São Francisco atuava sempre com dificuldades financeiras; que é uma empresa familiar, e nas reuniões do ramo de transportes, o Sr. Romão e sr. Hélio sempre ofereceram a empresa para o depoente; que no ano de dois mil e seis, acabaram fazendo negócio, e adquiriram a Viação São Francisco; o depoente afirma que não houve nenhum intermediário ou corretor de negócio nessa transação [...] (f. 299).

Paulo Sérgio Bongiovanni:

É um dos compradores da Viação São Francisco. Conheceu os sócios da Viação Helio Del Mondes e Ramon por volta de 1984 quando foi para Campo Grande tomar conta da Viação Cidade Morena e que seu sogro era um dos sócios. Posteriormente em 1998, o poder público realizou uma licitação reduzindo a área de atuação de todas as empresas de ônibus. Este fato trouxe dificuldades para todas as empresas, em especial para a Viação

São Francisco. Assim, por várias vezes em data posterior assinaram com eventual possibilidade de venda. Finalmente, em 2006, o depoente foi procurado pelo filho de Ramon Justino que informava o interesse dos sócios na realização da venda da Viação São Francisco. Após conversar com seu sócio e sogro, Paulo Constantino, o depoente foi até Campo Grande e finalizou o negócio. Não conhece o autor, nunca teve qualquer contato com ele... Todas as negociações referentes a aquisição da Viação São Francisco foram realizadas pelo próprio depoente, não existindo a possibilidade de qualquer assessor seu ou de sua empresa ter mantido contato com o autor ou outro intermediário para a compra da empresa de ambos. (f. 328).

O testemunho de Carmem Rodrigues ao qual o apelante faz alusão não tem a força probante que busca lhe dar, porque a expressão *“aquele negócio está caminhando”* nele constante não tem o condão de levar à conclusão de que se refere ao negócio realizado entre os apelados e Paulo Constantino, deixando mais evidente referir-se à intermediação imobiliária que acabou por ser concluída de 2006, tanto que em seguida verbalizou ***“que não sabe informar a que negócio o autor se referiu tendo tomado a conclusão pessoal de que seria referencia a compra da Viação São Francisco”*** (f. 230), porque desde o ano de 2003 o apelante tratava com o apelado Ramão a venda de um imóvel, e que só veio à conclusão em 2006.

Mais a frente, a testemunha enfatizou que *“Romão não fez nenhuma afirmação clara no sentido de se responsabilizar por honorários de corretagem e também não foram mencionadas quais seriam as bases do negócio tanto que apenas se dispuseram a realizar novo encontro para início das discussões.”* (f. 230)

Estas palavras bem indicam o acerto da sentença e afasta a hipótese de negativa de vigência ao art. 227 do Código Civil e 401 do Código de Processo Civil porque, pelo valor cobrado, não há prová-lo apenas por testemunho, como pretende, mesmo porque nenhum dos que faz alusão tem tal condão, corroborado pelo fato de que, ser uma pessoa do ramo, experiente, e pelo volume do negócio envolvido, fatalmente não deixaria que tratativas ficassem apenas no campo da verbalização.

Maria Georgina Costa Paes Imai (f. 239) não trouxe nenhuma elucidação sobre o caso.

O de Hélio Dalmaso Meneguim também deixa patente que o apelado Romão há muito tempo mantinha contato com Paulo Constantino acerca da venda de sua empresa a este. Veja-se:

[...] o depoente tinha notícias de conversas antigas e que contavam com aproximadamente dez anos de uma oferta ou pelo menos de um interesse da venda da referida Viação ao sogro e mandante, Paulo Constantino,... Que então contactou Paulo e dele recebeu autorização para que conversassem com Romão e Hélio, dois dos requeridos, embora, segundo Paulo já conhecesse as bases da negociação pretendida pelos demandados, que naquela época apesar do interesse em se negociar a empresa havia sempre um desacerto entre os sócios vendedores, o que vinha impedindo a concretização do negócio, que desde aquela época já havia o interesse de Paulo Constantino adquirir a referida empresa... que não participou diretamente das negociações que levaram à aquisição da empresa e nunca tomou conhecimento de ter o autor sido reconhecido como agenciador ou intermediador daquele negócio; que as relações entre Paulo Constantino e os requeridos Romão e Hélio é de longa data por conta da atividade na mesma área em Campo Grande [...] (f. 412).

Estas palavras ditas em juízo somadas às outras deixam claro que o apelante não foi o responsável pela aproximação entre os apelados e Paulo Constantino, o adquirente da empresa daqueles, afastando a hipótese de negativa aos arts. 722 a 725 do Código Civil, que exige o direito à remuneração do corretor desde que faça ligação de uma pessoa a outra para obter um ou mais negócios, afastando tal direito quando *“Iniciado e concluído o negócio diretamente entre as partes”* (art. 726, CC), tal como ocorreu no caso em apreço.

O fato de as negociações anteriores estarem adormecidas não viabiliza o reconhecimento da prestação de serviços do apelante como corretor/intermediador por estar amplamente demonstrado nos autos que a negociação entre os apelados e Paulo Constantino são remotas e que não obteve o negócio nem para vendedor nem para comprador.

A respeito, há precedentes deste Sodalício:

Segundo a jurisprudência sobre o tema, o contrato de corretagem tem como pressuposto a aproximação das partes, intermediação e conclusão do negócio, com a participação ativa do corretor durante todas as fases.

Compete ao autor, a teor do disposto no inc. I, do art. 333, do CPC, trazer a certeza dos fatos constitutivos do direito reclamado, não o fazendo, o mesmo não se desincumbe, por via de consequência, de seu ônus probatório.

Se as provas produzidas nos autos são capazes de comprovar, sem margem de dúvida, que a venda do imóvel resultou da atuação decisiva de intermediação, não há que se falar em pagamento da remuneração correspondente.<sup>1</sup>

A comissão é devida quando a compra e venda é realizada entre as partes em decorrência do serviço de corretagem, não apenas em função da mera aproximação dos contratantes. Inexistente a exclusividade para a intermediação, e não demonstrado que a negociação teve êxito em razão da atuação efetiva do corretor, que sequer foi responsável pela aproximação das partes, já que a intervenção de terceiro é que foi preponderante para a realização do negócio, é de ser julgado improcedente o pedido inicial da ação de cobrança de comissão.<sup>2</sup>

Pelas razões expostas, conheço do recurso, mas **nego-lhe provimento**.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Luiz Tadeu Barbosa Silva, Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 28 de abril de 2011.

\*\*\*

<sup>1</sup> TJMS, AC N. 2010.016201-9, 4ª TC, Rel. Des. Rêmolo Letteriello, julgado em 8.2010.

<sup>2</sup> TJMS, AC N. 2005.009201-5, 4ª TC, Rel.Des. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, julgado em 26.9.2006.

**Terceira Turma Cível**  
**Reexame de Sentença n. 2011.003333-3 - Campo Grande**  
**Relator Des. Marco André Nogueira Hanson**

EMENTA – REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – REMOÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO LOTADO NO INTERIOR PARA A CAPITAL – MOTIVO DE SAÚDE – PROBLEMA DE SAÚDE DOS GENITORES – DEPENDÊNCIA DOS PAIS EM RELAÇÃO À PARTE AUTORA IMPETRANTE – ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE VAGA – DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – IRRELEVÂNCIA – DIREITO LÍQUIDO E CERTO DE REMOÇÃO – SENTENÇA DE CONCESSÃO DA ORDEM MANDAMENTAL – REEXAME NÃO PROVIDO.

A existência de vaga e/ou o interesse da Administração Pública são prescindíveis em caso de remoção a pedido do servidor público por motivo de saúde, consoante legislação de regência e jurisprudência majoritária do e. 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 e com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 5 de abril de 2011.

Des. Marco André Nogueira Hanson – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson

O Juízo da 5ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Campo Grande, nos autos do mandado de segurança (feito de n. 001.10.037455-8) que Kathianne Kelly Chaves de Oliveira move em face da Diretoria da Agência Estadual de Defesa Sanitária, Animal e Vegetal Iagro, submete sua sentença de concessão da ordem mandamental ao reexame deste egrégio Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, f. 2.

Apesar de intimadas (f. 215), ambas as partes não se insurgiram contra a sentença proferida (f. 217), porém o juízo sentenciante sujeitou seu *decisum* ao reexame necessário, como sói ocorrer (f. 163). A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela manutenção da sentença de concessão da ordem mandamental, pois “*a impetrante faz prova da enfermidade de seus genitores através dos documentos dos autos*” (f. 227).

## VOTO

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

O Juízo da 5ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Campo Grande, nos autos do mandado de segurança (feito de n. 001.10.037455-8) que Kathianne Kelly Chaves de Oliveira move em face da Diretoria

da Agência Estadual de Defesa Sanitária, Animal e Vegetal Iagro, submete sua sentença de concessão da ordem mandamental ao reexame deste egrégio Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, f. 2.

Nos termos da inicial, Kathianne Kelly Chaves de Oliveira impetrou este mandado de segurança (feito n. 001.10.037455-8, da Quinta Vara de Fazenda Pública de Campo Grande) em face da Diretoria da Agência Estadual de Defesa Sanitária, Animal e Vegetal Iagro, com a tese de que seus pais sofrem patologias graves e dependem de tratamento especializado nesta capital, para onde pediu transferência, f. 2.

Em suma, na petição inicial, a parte autora Kathianne Kelly Chaves de Oliveira alegou que é servidora pública estadual lotada na agência do Iagro, na cidade de Costa Rica-MS. Aduziu que os seus pais padecem de anomalias graves, como Alzheimer e Aneurisma, a depender de tratamento especializado em Campo Grande-MS, fato que justificou seu pedido de licença para tratamento médico dos pais (ver f. 3).

Assentou que, em razão dessa situação, formulou pedido administrativo de sua transferência da agência do Iagro em Costa Rica-MS para Campo Grande-MS, mas que tal pleito foi indeferido (f. 23). Com base nesses argumentos, a parte autora formulou pedido mandamental para que o Judiciário determine que as autoridades da Agência Estadual de Defesa Sanitária, Animal e Vegetal realize sua transferência (à f. 8).

O juízo *a quo* proferiu sentença de concessão da ordem (f. 161):

Diante do exposto, julgo procedente a presente ação mandamental para o fim tornar definitiva a liminar de f. 80. O impetrado está isento do pagamento das custas processuais. Também não pagará honorários por força do que prescrevem as súmulas n. 512 do STF e n. 105 do STJ. Certificado o decurso de prazo para interposição de apelação, remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal de Justiça para o reexame da sentença, nos termos do art. 14, § 1º, da Lei n. 12.016/09. Transitada em julgado, arquivem-se, com as cautelas e anotações de estilo. P. R. I. Oportunamente, arquite-se. Fernando Paes de Campos Juiz de Direito.

Apesar de intimadas (f. 215), ambas as partes não se insurgiram contra a sentença proferida (f. 217), porém o juízo sentenciante sujeitou seu *decisum* ao reexame necessário, como sói ocorrer (f. 163). A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela manutenção da sentença de concessão da ordem mandamental, pois “*a impetrante faz prova da enfermidade de seus genitores através dos documentos dos autos*” (f. 227).

Os autos denotam que a parte autora Kathianne Kelly Chaves de Oliveira é servidora pública estadual lotada perante a Agência Estadual de Defesa Sanitária, Animal e Vegetal (Iagro-MS, f. 14 e f. 31), bem como que seus pais figuram como dependentes seus (f. 27). Outrossim, os autos indicam que a autoridade impetrada não impugnou especificamente a existência da patologia dos pais da impetrante (f. 108).

Assim, a parte autora tem direito líquido e certo à remoção vindicada por motivo de saúde, já que seus pais (seus dependentes) estão acometidos de graves patologias e necessitam de tratamento especializado apenas disponibilizado em Campo Grande, Mato Grosso do Sul, o que, por si só, elimina os motivos insertos na decisão administrativa emitida pela Agência de Defesa Sanitária, Animal e Vegetal (ver f. 23).

Portanto, a sentença reexaminada deve ser mantida, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. REMOÇÃO POR MOTIVO DE SAÚDE DO FILHO. CABIMENTO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. AFERIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE, NA HIPÓTESE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DESTE TRIBUNAL. 1. A remoção por motivo de saúde do servidor, cônjuge, companheiro ou dependente que viva às suas expensas e conste do seu assentamento funcional, independe do interesse da Administração. Precedente. 2. Tendo a Corte de origem concluído, após análise do acervo probatório dos autos, que restou preenchido o requisito do art. 36, parágrafo único, inciso III, alínea b, da Lei n. 8.112/90, não pode esta

Corte entender diversamente sem reexaminar as provas carreadas, o que não é possível na estreita via do apelo nobre, a teor do enunciado n. 7 da Súmula deste Tribunal Superior. Precedentes. 3. Decisão mantida por seus próprios fundamentos. 4. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no REsp n. 863.298, Quinta Turma, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Laurita Vaz, julgado em 24.11.2008).

Posto isso, com o parecer, conheço do reexame e nego-lhe provimento.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

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, 5 de abril de 2011.

\*\*\*

**Terceira Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2011.006718-3 - Campo Grande**  
**Relator Des. Marco André Nogueira Hanson**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS – PRELIMINARES – JULGAMENTO *EXTRA PETITA* E CERCEAMENTO DE DEFESA – AFASTADAS – VENDA DE VEÍCULO COM DEFEITOS – FORNECEDOR QUE NÃO SANA OS VÍCIOS NO PRAZO DE 30 DIAS CONSOANTE PREVISÃO DO CDC – ADQUIRENTE QUE TRANSFERE O BEM POR PREÇO INFERIOR AO DA AQUISIÇÃO EM FACE DOS DEFEITOS EXISTENTES – DEVER DO FORNECEDOR DE ARCAR COM A DIFERENÇA – SENTENÇA MANTIDA.

### 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 as preliminares e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 5 de abril de 2011.

Des. Marco André Nogueira Hanson – Relator

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson

Diogo Automóveis Ltda., inconformada com a sentença proferida nos autos da ação contendo pedidos de rescisão contratual c/c indenização por perda e danos por vício redibitório que lhe promove Fábio Roberto Delfino perante o Juízo da 4ª Vara Cível Residual da Comarca da Capital, interpõe recurso de apelação requerendo sua reforma nesta instância.

Em suas razões (f. 172-96), depois de fazer um relato dos fatos dos autos e transcrever na íntegra a sentença invectivada, aduz que sua condenação a reparar danos ao apelado restou injusta, visto que sempre agiu de boa-fé no negócio que fez com aquele, consistente na venda de um veículo Kia Sportage usado e que, além disso, o juiz *a quo* deixou de apreciar os documentos que apresentou em sua defesa, os quais não foram impugnados pela parte adversa.

Refere que tais documentos comprovam que fez o conserto do motor do veículo vendido, com atestadas trocas de peças, fatos inobservados pelo julgador.

Na sequência, suscitada preliminar de julgamento *extra petita*, por ter o juiz declarado que os defeitos do veículo perduram no tempo, fato que não foi abordado pelo comprador, que apenas alegou que o passara diante a terceira pessoa com abatimento de R\$ 10.000,00 pelos defeitos existentes. Requer, por tal razão, a declaração de nulidade da sentença.

Segue, asseverando que a referida continuidade dos defeitos não pode ser averiguada, uma vez que o veículo havia sido alienado a terceiro, impossibilitando a realização de perícia e que o apelado não comprovou suas alegações quanto a esse aspecto da demanda.

Sustenta, em seguida, que a sentença fundou-se em documento juntado às f. 105-7 (Contrato de Transferência de Financiamento de Veículo) pelo apelado, do qual ao apelante o magistrado não deu oportunidade de se manifestar, mais uma razão para se anular a sentença, mesmo porque o aludido documento foi feito de forma unilateral, sem qualquer participação da apelante.

Requer, ao final, o provimento do apelo para se julgar improcedentes os pedidos deduzidos na inicial ou, alternativamente, que seja declarada a nulidade da sentença pelos defeitos apontados, com inversão dos ônus sucumbenciais.

Em suas contrarrazões (f. 203-28), o apelado combate os fundamentos do recurso e conclui requerendo a majoração dos honorários para 20% sobre o valor da condenação, bem assim a condenação da apelante às penas cominadas ao litigante de má-fé.

## VOTO

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

Para melhor compreensão sobre os fatos que deram ensejo à propositura da presente ação, cumpre esclarecer que o apelado Fábio Roberto Delfino adquiriu da apelante Diogo Automóveis Ltda., mediante contrato de compra e venda, um veículo usado marca Kia, modelo Sportage, cor prata, ano/modelo 1994/1995, a diesel, pelo valor total de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), assumindo um financiamento de 21 parcelas, no valor, cada uma, de R\$ 278,85, totalizando R\$ 5.800,00.

Para pagamento dos R\$ 25.000,00, foi dado em troca um veículo VW/Gol 2001/2001, no valor de R\$ 17.000,00; uma moto Titan 97/98, no valor de R\$ 1.650, R\$ 550,00 em dinheiro e mais o valor do financiamento.

O bem foi entregue em 16.2.2006, apresentando, dois dias após, defeitos mecânicos, assim sucedendo continuamente, até que no dia 22.5.2006 foi colocado numa oficina para refazer o motor, lá permanecendo até a data da propositura desta ação.

Assim, sentindo-se lesado em seu direito, o apelado buscou a rescisão do contrato, com substituição do veículo por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso ou, alternativamente, a restituição do valor atualizado e perdas e danos.

No decorrer da lide, o apelado alienou o veículo a terceiro (cf. f. 67 e 106), com abatimento de R\$ 10.000,00 do preço que pagara em face dos defeitos mencionados, circunstância que gerou a superveniente falta de interesse de agir em relação ao pedido de rescisão contratual, assim declarado na sentença recorrida.

Pois bem.

Malgrado a recorrente tenha principiado suas razões aduzindo razões de mérito, no corpo do recurso trouxe matérias prejudiciais ao seu exame, as quais, por força dessas prejudicialidades, examino por primeiro.

## DO JULGAMENTO *EXTRA PETITA*

Consoante entendimento da recorrente, a sentença hostilizada, ao consignar que os defeitos ocultos do veículo perduram no tempo, teria incorrido em julgamento de questão não debatida nos autos. Todavia, equivocou-se ao eleger esse tema como fundamento de nulidade, pois o que o magistrado ponderou é que todo

e qualquer defeito, segundo preconizado no CDC, deveria ser sanado no prazo máximo de trinta dias, e não foi o que ocorreu, conforme se pode observar da cronologia dos fatos dantes já narrados.

A propósito, e por pertinente, transcrevo da sentença o seguinte:

[...] em que pese a desnecessidade no que se refere ao pedido de rescisão contratual, não se olvide que o caso dos autos reclama típica e manifesta relação de consumo ante à prestação de serviço pela requerida ao requerente, quanto aos efeitos decorrentes dos prejuízos que decorreram dos defeitos do veículo objeto da venda. Não se pode esquecer que o prestador/fornecedor de serviços responde pela reparação dos danos causados aos consumidores [...]. A requerida, nessas condições, conforme se verifica dos autos, disponibilizou os reparos no veículo pelo que, já se pode afirmar que existiam no veículo e, diante desses defeitos no veículo, competia à requerida, na forma da lei especial acima mencionada, a reparação dos defeitos, no prazo de 30 dias (f. 141-2).

Veja-se, nesse passo, que os defeitos vieram à tona dois dias depois da entrega do veículo – 18.2.2006 –, e até o dia 28.6.2006 (aproximadamente quatro meses – 120 dias – depois) não tinham sido sanados, de modo que agiu corretamente o magistrado ao eleger a lei que estabelece o prazo de 30 dias para o fornecedor reparar os defeitos preexistentes à venda, sem que com isso tenha incorrido em julgamento fora do contexto instrutório dos autos.

Destarte, inócorre o malfadado julgamento *extra petita*.

#### **DO CERCEAMENTO DE DEFESA (JUNTADA DE DOCUMENTO SEM OPORTUNIZAR VISTA AO APELANTE)**

A tese defendida pela apelante, nesse ponto, mostra-se absolutamente descontextualizada dos autos.

Explica-se: o documento por ela referido – Contrato de Transferência de Financiamento de Veículo (f. 106-7) – foi apresentado logo após o apelado, então reconvinde, ter apresentado contestação à reconvenção apresentada pela ora apelante. Ocorre que, depois da apresentação do indigitado documento, o juiz do feito despachou às f. 108, conclamando A RECONVINTE a se manifestar nos autos. A intimação desse despacho se deu através do DJ n. 1767, f. 114-30, que circulou no dia 10.7.2008, da qual constou, corretamente, os nomes dos procuradores da apelante (reconvinde), tudo conforme se infere da certidão de f. 109. O silêncio, entretantes, foi a resposta. Logo, não há falar em falta de oportunidade para conhecimento do documento apresentado pelo autor/apelado e, por conseguinte, em cerceamento de defesa.

#### **NO MÉRITO**

Relativamente à matéria de fundo, melhor sorte não aguarda a apelante.

A uma porque, eficaz e válido o documento apresentado pelo recorrido às f. 106-7, deve prevalecer sua cláusula quarta, que serviu de fundamento para a condenação da apelante, no tanto em que dispôs, *in verbis*:

O segundo contratante (no caso, o terceiro adquirente) é conhecedor dos problemas mecânico (*sic*) que o veículo apresentou e seu histórico, nesses últimos 16 meses, motivo pelo qual está comprando o veículo por R\$ 15.000,00 valor esse inferior ao valor de mercado, se responsabilizando que em hipótese alguma haverá desistência no negócio, nem reclamação em juízo ou fora deles.

Aliás, é de bom alvitre que se esclareça desde logo que a conjugação do verbo “apresentar” no passado contido nessa cláusula, não traz qualquer significância que possa interferir no desate da lide, como sugerido nas razões do apelo.

Em conclusão, correta a sentença ao eleger o indigitado documento como arrimo para a solução da lide em favor do apelado.

A duas, porque a sentença, pelos seus próprios fundamentos, mostra-se consentânea com a realidade fática estampada nos autos ao apregoar que:

Como já posto anteriormente, não resta dúvidas quanto aos defeitos/vícios na qualidade do veículo – produto vendido pela empresa requerida ao requerente. E diante desses vícios, conforme se verifica do contrato de f. 106-107, o requerente quando da venda do bem teve como perdas e danos, o que deverá ser reparado, a diferença entre o valor que havia pago e o valor que procedeu à venda, levando em consideração para isso, também, a defasagem do valor do bem, de um ano para outro, observando para isso a tabela FIPE. Em razão dos problemas mecânicos do bem, o requerente de vendê-lo abaixo do valor de mercado, ou seja, por quinze mil reais, enquanto o preço médio de mercado desse tipo de veículo, segundo a tabela FIPE, era, tendo como referência o mês de maio de 2007, vinte e quatro mil duzentos e oitenta e quatro reais, considerando aí a defasagem de valor do ano de 2006 para o ano de 2007 (f. 143).

Diante dessas considerações, o juiz singular condenou a apelante a compor danos da ordem de R\$ 9.284,00 (nove mil, duzentos e oitenta e quatro reais).

Em terceiro lugar, há de se ter presente que a orientação da jurisprudência predominante segue o seguinte norte:

Não havendo nos autos prova de que o defeito foi ocasionado por culpa do consumidor, subsume-se no caso vertente na regra contida no *caput* artigo 18 da Lei n. 8078/90, a qual consagra a responsabilidade objetiva dos fornecedores de bens de consumo duráveis pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, impondo-se o ressarcimento integral dos prejuízos sofridos. (STJ, REsp n. 760262, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 3.4.2008, DJ de 15.4.2008, RSTJ 212/374 – *in site* do STJ).

Constatado o vício de qualidade ou quantidade no produto, que o torne impróprio ou inadequado para o consumo, o § 1º do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor concede ao fornecedor a oportunidade de saná-lo, no prazo de 30 dias, sendo facultado ao consumidor, em caso de não reparação do defeito, optar por uma dentre três alternativas: a substituição do produto por outro da mesma espécie em perfeitas condições de uso, a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos, ou abatimento proporcional do preço.

O objetivo do dispositivo legal em comento é dar conhecimento ao fornecedor do vício detectado no produto, oportunizando-lhe a iniciativa de saná-lo, fato que prescinde de notificação formal do responsável, quando este, por outros meios, venha a ter ciência da existência do defeito. (STJ, REsp n. 435852/MG, Terceira Turma, Rel. Min. Castro Filho, julgado em 23.8.2007 – *in site* do STJ).

*In casu*, sobejam provas nos autos de que a apelante, logo em seguida à venda, tomou conhecimento dos defeitos mecânicos existentes no veículo, tanto que arcou com parte da solução de algum deles, chegando mesmo a autorizar que ele fosse levado à oficina de sua confiança para “fazer” o motor. Só que não tomou, como lhe cabia, as providências necessárias para a solução do problema que ainda persistia, naquele prazo de 30 dias.

Tais as circunstâncias, caem por terra todas as alegações do recorrente tendentes a modificar a sentença, visto que ele examinou, com a necessária profundidade, o âmago da questão posta a julgamento, apresentando-se despiciendas outras considerações para se concluir pela sua manutenção.

Em vista do exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

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, 5 de abril de 2011.

\*\*\*

**Terceira Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2011.009910-4 - Ponta Porã**  
**Relator Des. Marco André Nogueira Hanson**

EMENTA – PROCESSO CIVIL – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL – EM FACE DO ESTADO – SUPOSTA CONDUTA OMISSIVA – NA CONSERVAÇÃO DA RODOVIA BR 463 – KM 109 – CRIAÇÃO DE PASSAGEM EM RODOVIA – QUEBRA DE GUIA DE CONCRETO – PEDRAS NA RODOVIA – VEÍCULO EM ALTA VELOCIDADE – ARREMESSO DE PEDRA – CASCALHO – DANO À PESSOA DE OUTRO VEÍCULO – PERDA DA VISÃO DO OLHO ESQUERDO – ÁREA – PERÍMETRO URBANO – RESPONSABILIDADE DE MANUTENÇÃO – CONSERVAÇÃO – DO MUNICÍPIO – REJEIÇÃO DO PEDIDO INICIAL QUANTO AO ESTADO – RECURSO DA PARTE AUTORA NÃO PROVIDO.

É o município parte legítima para responder por ação de indenização na qual o autor imputa-lhe responsabilidade por acidente ocorrido em perímetro urbano, por ser de sua atribuição a fiscalização pertinente. Os requisitos básicos da responsabilidade civil extracontratual objetiva são: conduta humana, dano e nexos causal entre eles. O dever de indenizar só é imposto ao responsável pela causa direta ou imediata do dano, pois o ordenamento jurídico brasileiro encampou a teoria da causalidade direta ou imediata de Agostinho Alvim.

## 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, 3 de maio de 2011.

Des. Marco André Nogueira Hanson – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson

A parte autora Alcindo Balbuena da Silva, nos autos da ação indenizatória (feito de n. 019.04.003763-9, da Terceira Vara Cível da Comarca de Ponta Porã, Estado de MS) que move em face da pessoa jurídica Estado de Mato Grosso do Sul, inconformado com a sentença de improcedência do pedido constante da petição inicial e com sua condenação quanto às verbas de sucumbência, interpôs apelação cível.

Nas suas razões (f. 277), a parte autora afirmou que “*houve um equívoco pela nobre magistrada ao prolatar tal sentença, uma vez que o veículo do requerente transitava por via urbana, mas o acidente ocorreu quando o mesmo já se encontrava na rodovia (acostamento), até porque o veículo que causou o dano (camionete) se deslocava em alta velocidade, coisa impossível de acontecer em via urbana municipal*” (f. 280).

Nas contrarrazões (f. 291), o Estado pugnou pelo não provimento.

## VOTO

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

### 1. Da síntese do processo

A parte autora Alcindo Balbuena da Silva, nos autos da ação indenizatória (feito de n. 019.04.003763-9, da Terceira Vara Cível da Comarca de Ponta Porã, Estado de MS) que move em face da pessoa jurídica Estado de Mato Grosso do Sul, inconformado com a sentença de improcedência do pedido constante da petição inicial e com sua condenação quanto às verbas de sucumbência, interpôs apelação cível.

Consta que Alcindo Balbuena da Silva ajuizou esta ação indenizatória (feito n. 019.04.003763-9, da 3ª Vara Cível de Ponta Porã, MS) em face do Estado de Mato Grosso do Sul, com a alegação de que, “*no momento em que adentrava na rodovia BR 463 e KM 109[...] em que passou uma camionete, foi arremessada pelo pneu uma pedra que adentrou pela janela de seu veículo, vindo a atingir seu olho esquerdo*”.

O Estado apresentou petição de contestação e arguiu sua ilegitimidade passiva *ad causam*, já que a responsabilidade pela manutenção da rua Coronel Orlando Sapucaia, onde ocorreu o sinistro, é de responsabilidade do Município de Ponta Porã. No mérito, sustentou que “*o autor incorre em engano, pois não restou demonstrado qualquer ato omissivo ou comissivo por parte do Estado-réu*” (ver f. 67).

O juízo de primeiro grau proferiu sentença de improcedência (f. 269):

Entretanto, o deslinde dessa questão se dá por um outro prisma. É que no fim da fase instrutória, o ente público estadual trouxe aos autos cópia da Lei Municipal n. 3.060/97, que estabelece os limites do perímetro urbano do município (f. 206) e, analisando-se detidamente o mapa que acompanha o documento, identifica-se que o local onde o demandante afirma ter ocorrido o acidente (km 109 da BR 463), se localiza dentro do perímetro urbano (f. 207). Outrossim, a Agesul noticia no ofício juntado às f. 205 que o Km 109 da BR 463, se localiza no perímetro urbano do município de Ponta Porã. Acrescente-se que o acidente ocorreu em 26.2.2004, e sendo a Lei Municipal de 1997, evidente que estava em plena vigência, sendo, portanto, de responsabilidade do Município o trecho da rodovia[...] Assim, ainda que o trecho da Rodovia 463 (Km 109) não estivesse dentro do perímetro urbano, tal narrativa leva a insuperável dúvida acerca do local do acidente. Por fim, resta esclarecer que este juízo não está a reconhecer a ilegitimidade do ente estadual para ocupar o pólo passivo, a autorizar a extinção prematura do feito, mas enfrentando o mérito, reconhecendo a impossibilidade de se responsabilizar o Estado do Mato Grosso do Sul pelos danos sofridos pelo demandante em decorrência do acidente ocorrido, motivo pelo qual o veredicto é de improcedência do pedido. ISSO POSTO, julgo improcedente o pedido contido na inicial, determinado a extinção do feito, com base no art. 269, inciso I do Código de Processo Civil. Condene o demandante no pagamento das custas e dos honorários advocatícios, que fixo no percentual de 10% sobre o valor da causa, atualizada pelo IGPM/FGV na forma da Súmula n. 14 do STJ, o que faço com base no disposto no art. 20, parágrafos 3º e 4º do Código de Processo Civil, considerando o trabalho e o tempo despendido pelos procuradores. Suspendo a exigibilidade da sucumbência imposta em razão do contido no art. 12 da Lei n. 1.060/50. Publique-se. Registre-se. Intime-se. Arquivem-se. Comarca de Ponta Porã, 17 de setembro 2010.

Nas suas razões (f. 277), a parte autora afirmou que “*houve um equívoco pela nobre magistrada ao prolatar tal sentença, uma vez que o veículo do requerente transitava por via urbana, mas o acidente ocorreu quando o mesmo já se encontrava na rodovia (acostamento), até porque o veículo que causou o dano (camionete) se deslocava em alta velocidade, coisa impossível de acontecer em via urbana municipal*” (f. 280).

## 2. Da apelação cível

É incontroverso que, em 26.2.2004, por volta das 17h30min., um veículo camionete, não identificado, que transitava em alta velocidade na Rodovia 463, Km 109, possibilitou o arremesso de uma pedra de cascalho (que estava no asfalto), que atingiu o olho esquerdo da parte autora Alcindo Balbuena da Silva, cujo veículo Kadet Chevrolet encontrava-se na rua Cel. Orlando Sapucaia, em Ponta Porã, para a travessia.

Os fatos estão registrados no documento do boletim de ocorrência emitido pela Polícia Militar de Mato Grosso do Sul (f. 30) e no documento de atestado médico (f. 33), o qual declarou que a parte autora sofreu perda total da visão do olho esquerdo em decorrência do sinistro em questão. Com base em tal acontecimento, a parte autora ajuizou a presente indenizatória em face do Estado de Mato Grosso do Sul.

Na petição inicial, a parte autora alegou que o sinistro ocorreu porque o Estado de Mato Grosso do Sul não conserva bem a rodovia onde os fatos ocorreram – má-conservação (f. 5). Aduziu que o Estado criou uma passagem entre as duas pistas e quebrou as guias, momento em que gerou um grande buraco na beira da rodovia, o qual foi tampado com pedras de cascalho, a fim de amenizar o problema (o buraco).

Alegou que *“exatamente uma dessas pedras foi atirada pelo pneu de um veículo que passava pela rodovia, que atingiu o olho do requerente. Com a passagem de veículos pelo local, as pedras foram espalhadas pelo asfalto da rodovia e quando os veículos passam, as mesmas são atiradas por todo lado, sendo que uma dessas pedras veio a atingir o rosto do requerente, fazendo-o perder a visão [...] sem sinalização”* (f. 5).

Ou seja, a parte autora sustentou que o Estado de Mato Grosso do Sul externou conduta omissiva ao deixar de conservar bem a Rodovia 463 e Km 109, quisesse por meio de retirada das pedras de cascalho deixadas na referida rodovia quando da quebra das guias. Assentou *“o acidente só aconteceu porque existe uma passagem levando a espalhar pedra [...] sendo atiradas quando passa algum veículo”*, f. 6.

De fato, em que pese o documento de f. 24 (não impugnado) materializar informação de que o Estado de Mato Grosso do Sul seja responsável pela manutenção da Rodovia 463, no Km 109, a sua ilegitimidade passiva *ad causam* é patente. Isso porque toda a área em discussão constitui-se em perímetro urbano do município de Ponta Porã, consoante ofício da Agesul (f. 205), corroborado pela Lei Municipal n. 3.060/97.

Aliás, o juízo *a quo* externou a seguinte fundamentação, *in verbis*:

De início, cumpre assentar que o ente público estadual sustentou na contestação, que o acidente ocorreu em via urbana, mais precisamente na Rua Cel. Sapucaia, donde pretendia convergir para adentrar na Rodovia, e que, portanto, a responsabilidade sobre os fatos era do Município. Diante de tal alegação, este juízo, por ocasião do saneamento do feito, concluiu que era necessário adentrar-se na fase instrutória, para apurar exatamente o local do acidente, se na via pública urbana ou na rodovia, a fim de equacionar a quem pertencia a responsabilidade civil sobre o infortúnio. Entretanto, o deslinde dessa questão se dá por um outro prisma. É que no fim da fase instrutória, o ente público estadual trouxe aos autos cópia da Lei Municipal n. 3.060/97, que estabelece os limites do perímetro urbano do município (f. 206) e, analisando-se detidamente o mapa que acompanha o documento, identifica-se que o local onde o demandante afirma ter ocorrido o acidente (km 109 da BR 463), se localiza dentro do perímetro urbano (f. 207). Outrossim, a Agesul noticia no ofício juntado às f. 205 que o Km 109 da BR 463, se localiza no perímetro urbano do município de Ponta Porã. Acrescente-se que o acidente ocorreu em 26.2.2004, e sendo a Lei Municipal de 1997, evidente que estava em plena vigência, sendo, portanto, de responsabilidade do Município o trecho da rodovia. Grifo. Logo, o Estado de Mato Grosso do Sul é parte ilegítima para figurar no polo passivo do presente processo, na medida em que o município de Ponta

Porã assumiu a responsabilidade pela conservação de parte da Rodovia BR 463, que se encontra em seu perímetro urbano, como narrado na parte da fundamentação lançada pelo juízo de primeiro grau à luz da jurisprudência desta Corte de Justiça, *in litteris*:

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – ACIDENTE OCORRIDO EM CONSEQUÊNCIA DE ATROPELAMENTO DE ANIMAL DENTRO DE PERÍMETRO URBANO – LEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO – RECURSO IMPROVIDO. É o município parte legítima para responder por ação de indenização na qual o autor imputa-lhe responsabilidade por acidente ocorrido em perímetro urbano, por ser de sua atribuição a fiscalização pertinente. (TJMS, AC n. 2001.005361-9, Primeira Turma, Rel. Des. Ildeu de Souza Campos, julgado em 6,11.2001).

Ademais, também por outro ângulo, a pretensão da parte autora não procede no mérito, uma vez que o depoimento da testemunha de f. 239, devidamente compromissada, revela que as pedras existentes na localidade dos fatos surgiram porque populares fizeram um atalho para atravessar de uma pista para outra (f. 240), de modo que os autos não demonstram a conduta lesiva do Estado.

A respeito do tema, Celso Antônio Bandeira de Mello leciona:

Parece-nos que a solução correta do problema, à luz dos princípios inerentes ao Estado de Direito – prescindido-se, pois, de disposições particulares porventura estabelecidas nos Direitos Positivos Constitucionais –, exige o *discrimen* de três situações distintas, a saber: b) Danos por omissão do Estado. 53. Quando o dano foi em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 996-7).

Por isso, o nexos de causalidade entre conduta e dano não restou demonstrado. Aliás, “projétil ou pedra disparados da via pública[...] a jurisprudência mais recente equiparou esse fato ao fortuito externo” (SCHWARTZ, Diego. A responsabilidade civil em virtude do arremesso de objetos contra o veículo de transporte. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br>. Acesso em 14.4.2011>).

Portanto, o recurso não deve ser provido, conforme jurisprudência:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO – NEXO DE CAUSALIDADE – AUSÊNCIA DE PROVA – CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA – INEXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR. Os requisitos básicos da responsabilidade civil extracontratual objetiva são: conduta humana, dano e nexos causal entre eles. O dever de indenizar só é imposto ao responsável pela causa direta ou imediata do dano, pois o ordenamento jurídico brasileiro encampou a teoria da causalidade direta ou imediata de Agostinho Alvim. (TJMS, AC n. 2007.025760-0, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, julgado em 16.9.2008).

RESPONSABILIDADE CIVIL. EMPRESA DE TRANSPORTE. TRANSPORTE COLETIVO. ARREMESSO DE PROJÉTEL. CASO FORTUITO. NEXO DE CAUSALIDADE. RESPONSABILIDADE CIVIL. GARRAFA ATIRADA DO INTERIOR DE ÔNIBUS. CASO FORTUITO. FORTUITO EXTERNO. EXCLUSÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE. Não há como se responsabilizar a transportadora se o fato que ocasionou o evento danoso não guarda conexão com os riscos de sua atividade, constituindo em um verdadeiro fortuito externo, que é causa de exclusão do nexos de causalidade. Provimento do 1. Recurso, prejudicado o 2. (TJRJ, AC n. 8509/1997, Sexta Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Zveiter, julgado em 3.3.1998).

### **3. Do dispositivo**

Posto isso, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

### **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Relator, o Exmo. Sr. Des. 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, 3 de maio de 2011.

\*\*\*

**Terceira Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2011.004207-1 - Campo Grande**  
**Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS – AGRAVO RETIDO – NÃO CONHECIDO (ART. 523, CPC) – MÉRITO – ATO NOTARIAL – AVERBAÇÃO DE CONTRATO DE PARCERIA PECUÁRIA COM GARANTIA HIPOTECÁRIA EM MATRÍCULA “FRIA” – PERDA DA GARANTIA HIPOTECÁRIA – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO – NECESSIDADE DE DEMONSTRAR O ATO DANOSO E O PREJUÍZO – ÔNUS DA PROVA DOS AUTORES DA DEMANDA – ART. 333, CPC – ÔNUS NÃO CUMPRIDO – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Pelo que se extrai do disposto no art. 523 do CPC, a não reiteração do agravo retido em razões recursais ou contrarrazões de apelação implica desistência tácita do recurso, impedindo o seu conhecimento pelo Tribunal.

Mesmo sendo o caso de responsabilidade objetiva do Estado, cabe ao autor da ação provar a ação ou omissão e o dano resultante da conduta do réu, sendo que apenas a culpa é presumida.

O artigo 333 do CPC 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.

## 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 conhecimento ao agravo retido e, no mérito, improver o recurso.

Campo Grande, 14 de junho de 2011.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

Pedro da Cruz Gonçalves e Sebastião Paulo Pereira, irresignados com a sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados na Ação de reparação de danos materiais e morais que promoveram em face do Estado de Mato Grosso do Sul, interpõem recurso de apelação, objetivando a sua reforma.

No apelo de f. 682-98, aduzem que “*é fato incontroverso que o Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Pedro Gomes – MS efetuou o registro de parceria pecuária através da escritura pública de matrícula imobiliária de n. 3.800, mesmo tendo conhecimento do cancelamento da mesma, o que ocorreu na data de 22.2.1994*” (f. 683-4).

Declaram que o “*Tabelião da comarca de Pedro Gomes, jamais poderia usar de seu poder e dar validade a um negócio que foi realizado na data de 19.5.1994, quando a referida escritura de n. 3.800 já havia sido cancelada, sendo demonstrado de forma cristalina e com provas robustas que o Tabelião foi o principal responsável, pela realização do negócio jurídico, posto que havia garantido a licitude da negociação entre as partes*” (f. 684).

Mencionam o fato de que o Tabelião do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Pedro Gomes perdeu o posto em face das irregularidades apresentadas no Cartório, chegando, inclusive, a ser preso.

Obtemperam que “*os autores imputam fato omissivo aos agentes delegados do Estado, os Notários e Registradores, que, em seu entender deveriam ter adotado cautelas maiores para impedir a ocorrência da fraude, tendo em vista que o Tabelião de Pedro Gomes -MS forneceu documento relativo a matrícula 3.800, dando vazão a realização do negócio jurídico na data de 19.5.2004, quando a mesma já havia sido anulada na data de 22.2.1994, ou seja, mesmo tendo conhecimento do ato anulatório da Corregedoria de Justiça do Estado, deu aval e garantia para a realização de um negócio jurídico, com documento público nulo*” (f. 691)

Destacam a responsabilidade civil objetiva do Estado em face dos atos praticados por notários e registradores.

Afirmam que o contrato entabulado entre as partes foi sim de parceria pecuária, não prevalecendo a conclusão da juíza *a quo* de que se tratava de vaca papel ou que referido pacto na verdade seria de mútuo.

Ao final, pedem a reforma integral da decisão de primeira instância, reconhecendo-se a responsabilidade objetiva do Estado pelo ilícito realizado pelo Tabelião do Cartório de Registro de Imóveis de Pedro Gomes-MS, que efetuou registro sobre matrícula de imóvel que estava cancelada desde 22.2.1994. Pedem seja reconhecido que seu contrato é de parceria pecuária. Pugnam, ainda, pela inversão dos ônus da sucumbência.

Intimado, o apelado ofertou contrarrazões (f. 708-10), rebatendo as teses de defesa e pedindo a manutenção da sentença vergastada.

## VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação interposto por Pedro da Cruz Gonçalves e Sebastião Paulo Pereira, irrisignados com a sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados na ação de reparação de danos materiais e morais que promoveram em face do Estado de Mato Grosso do Sul.

No apelo de f. 682-98, aduzem que “*é fato incontroverso que o Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Pedro Gomes – MS efetuou o registro de parceria pecuária através da escritura pública de matrícula imobiliária de n. 3.800, mesmo tendo conhecimento do cancelamento da mesma, o que ocorreu na data de 22.2.1994*” (f. 683-4).

Declaram que o “*Tabelião da comarca de Pedro Gomes, jamais poderia usar de seu poder e dar validade a um negócio que foi realizado na data de 19.5.1994, quando a referida escritura de n. 3.800 já havia sido cancelada, sendo demonstrado de forma cristalina e com provas robustas que o Tabelião foi o principal responsável, pela realização do negócio jurídico, posto que havia garantido a licitude da negociação entre as partes*” (f. 684).

Mencionam o fato de que o Tabelião do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Pedro Gomes perdeu o posto em face das irregularidades apresentadas no Cartório, chegando, inclusive, a ser preso.

Obtemperam que “os autores imputam fato omissivo aos agentes delegados do Estado, os Notários e Registradores, que, em seu entender deveriam ter adotado cautelas maiores para impedir a ocorrência da fraude, tendo em vista que o Tabelião de Pedro Gomes -MS forneceu documento relativo a matrícula 3.800, dando vazão a realização do negócio jurídico na data de 19.5.2004, quando a mesma já havia sido anulada na data de 22.2.1994, ou seja, mesmo tendo conhecimento do ato anulatório da Corregedoria de Justiça do Estado, deu aval e garantia para a realização de um negócio jurídico, com documento público nulo” (f. 691)

Destacam a responsabilidade civil objetiva do Estado em face dos atos praticados por notários e registradores.

Afirmam que o contrato entabulado entre as partes foi sim de parceria pecuária, não prevalecendo a conclusão da juíza *a quo* de que se tratava de vaca papel ou que referido pacto na verdade seria de mútuo.

Ao final, pedem a reforma integral da decisão de primeira instância, reconhecendo-se a responsabilidade objetiva do Estado pelo ilícito realizado pelo Tabelião do Cartório de Registro de Imóveis de Pedro Gomes-MS, que efetuou registro sobre matrícula de imóvel que estava cancelada desde 22.2.1994. Pedem seja reconhecido que seu contrato é de parceria pecuária. Pugnam, ainda, pela inversão dos ônus da sucumbência.

Intimado, o apelado ofertou contrarrazões (f. 708-10), rebatendo as teses de defesa e pedindo a manutenção da sentença vergastada.

Desde já, faz-se necessário esclarecer que, com relação ao agravo retido, interposto pelo Estado do Mato Grosso do Sul (f. 297-312), não houve o cumprimento do disposto no *caput* do artigo 523 do Código de Processo Civil, vale dizer, o agravante/recorrente não fez requerimento expresso para que o Tribunal o conhecesse, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação.

Tal lição é bastante clara no escólio de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: “A não reiteração do agravo retido em razões ou contra-razões de apelação implica desistência tácita do recurso, impedindo o seu conhecimento pelo tribunal.”<sup>1</sup>

Então, por ausência de pedido do agravante/recorrente em reafirmar seu interesse na apreciação do agravo retido, deixo de conhecê-lo.

Visto isso, passo ao mérito recursal.

Pois bem. O presente recurso cuida da pretensão de reparação dos danos morais e materiais que teriam sofrido os apelantes em razão da prática de ato notarial ilícito, consistente na averbação de hipoteca para garantia do contrato de parceria pecuária que os recorrentes celebraram com Jonas Fernandes Leite e sua esposa Mafalda Silvierio Leite, na Matrícula n. 3800, sendo certo que tal matrícula era falsa, sobreposta a outra, vale dizer, sem valor algum. Com isso, diante da inadimplência dos parceiros pecuários, os apelantes teriam ficado sem a garantia do negócio. Assim, buscam os recorrentes, com o ajuizamento da presente ação, ser reparados dos danos materiais consistentes nos animais dados em parceria (600 vacas nelore), mais a renda (bezerros), mais a multa contratual de 20%, totalizando o prejuízo de R\$ 1.598.700,00. Pretendem, ainda, ser indenizados pelos danos morais.

1 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. São Paulo: RT, 2006.

A juíza de primeira instância julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial, destacando que:

[...] ainda que se reconheça que a responsabilidade civil do Estado e de seus agentes é objetiva, independente de comprovação de dolo ou culpa, tal não significa que não precise provar a ilicitude ou erro da conduta e o nexo causal dela com o dano sofrido.

Com efeito, há-se ser provada a existência de ato ilícito ou falha de serviço e de danos, ligados por nexo de causalidade entre si.

E no caso dos autos não se provou ato ilícito ou falha dos serventuários, titulares ou agentes dos cartórios, nem se provou a existência de nexo de causalidade necessário entre qualquer ato ilegal, culposo ou doloso deles e o dano dos autores, o que impede a responsabilização civil do Estado por conduta de seus agentes

[...]

Os serventuários ou titulares das serventias não poderiam, no caso dos autos, ter recusado a lavratura de escritura de parceria pecuária com pacto de hipoteca (em garantia) relativa a imóvel que na época não se sabia que tivesse qualquer irregularidade em sua matrícula, nem muito menos o Oficial do Registro poderia recusar o registro correspondente.

Pois bem, o cerne da questão posta em discussão cinge-se em saber se há o dever de indenizar do Estado, sendo ou não devida a reparação dos prejuízos materiais e morais descritos na exordial.

Como é cediço, vigora no nosso ordenamento jurídico a responsabilidade civil objetiva do Estado pelos atos lícitos e ilícitos praticados por seus agentes e que causem danos aos administrados. A responsabilidade objetiva surge em razão da enorme interferência do Estado na vida em sociedade, somada ao fato de que nem sempre é possível a prova do dolo ou culpa na prática de atos ou, nem sempre, necessariamente, o ato precisa estar viciado de dolo ou culpa para produzir danos.

Assim, considerando que o Estado é uma pessoa jurídica e que não possui vontade nem ação própria, no sentido de manifestação psicológica e física, suas ações se constituem pela própria atuação de seus agentes, na medida em que estes se apresentem revestidos desta qualidade.

Em resumo, o Estado como pessoa jurídica é intangível e só faz presente no mundo jurídico por meio de seus agentes, pessoas físicas cuja conduta é a ele imputada. Conclui-se, então, que é o Estado responsável pelos atos praticados por seus agentes bem como pelos eventuais danos causados a terceiros, desde que o ato, lícito ou ilícito, tenha sido praticado no exercício da atividade pública.

A responsabilidade civil do Estado pelos atos praticados por seus agentes está expressamente prevista na Constituição Federal:

Art. 37. [...]

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

Vale destacar que deve ser considerado agente público todo aquele que toma decisões ou realiza atividade da alçada do Estado, preposto que está ao desempenho de uma finalidade pública, isto é, havida pelo Estado como pertinente a si próprio. Nessa qualidade, ingressam desde as mais altas autoridades até os mais modestos trabalhadores que atuam pelo aparelho estatal.

Considerando que a responsabilidade do Estado é objetiva, para gerar seu dever de reparar os danos, bastaria a comprovação do dano e da existência de nexo de causalidade entre a conduta do Poder Público e a lesão ocorrida.

No entanto, tenho que os recorrentes não demonstram nenhum desses requisitos.

Com relação à conduta do Estado, os recorrentes declararam ser “*fato incontroverso que o Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Pedro Gomes – MS efetuou o registro de parceria pecuária através da escritura pública de matrícula imobiliária de n. 3.800, **mesmo tendo conhecimento do cancelamento da mesma, o que ocorreu na data de 22.2.1994***” (f. 683-4).

Vê-se da matrícula do imóvel carregada aos autos que não há qualquer averbação de seu cancelamento ocorrido na mencionada data de 22.2.1994, vale dizer, antes de averbado o contrato de parceria pecuária com pacto adjeto de hipoteca.

O artigo 232 da Lei de Registros Públicos é claro em esclarecer que as averbações devem obedecer a uma ordem cronológica. Vejamos: “*Art. 232 - Cada lançamento de registro será precedido pela letra “ R “ e o da averbação pelas letras “ AV “, seguindo-se o número de ordem do lançamento e o da matrícula (ex: R-1-1, R-2-1, AV-3-1, R-4-1, AV-5-1, etc.).*”

Essa, aliás, é uma das características do registro, qual seja, sua organização sequencial, vale dizer, “*toda a vida jurídica do imóvel é anotada junto à matrícula que identifica e individualiza a coisa; cada alteração ou ocorrência, para ser oponível contra todos, tem de constar do registro, ordenado de modo seqüencial e cronológico*”<sup>2</sup>.

Sendo assim, se o cancelamento da matrícula foi averbado após o registro do contrato de parceria pecuária, obedecendo à ordem sequencial de averbações, não há cogitar que a matrícula estava cancelada quando da anotação do contrato.

Aliás, o próprio recorrente – Sebastião Paulo Pereira –, ao ser ouvido em juízo, reconheceu que “*quando foi feito o contrato a matrícula do imóvel ainda não estava cancelada*” (f. 470).

Vige em nosso ordenamento o princípio da fé-pública dos registros, nos termos do art. 252 da Lei de Registros Públicos: “*Art. 252 - O registro, enquanto não cancelado, produz todos os efeitos legais ainda que, por outra maneira, se prove que o título está desfeito, anulado, extinto ou rescindido.*”

A respeito deste dispositivo legal, preleciona Francisco Eduardo Loureiro:

Pelo princípio da fé-pública, positivado no § 2º do artigo em exame, se presume pertencer o direito real à pessoa em cujo nome está o registro. O registro, enquanto não for cancelado, produz todos os efeitos, como reza o art. 252 da Lei n. 6.015/73. Em razão da natureza causal do registro, a presunção é meramente relativa, pois anulado ou resolvido o direito constante do título, cancela-se o registro dele produto. O cancelamento, se não for voluntário, depende de decisão judicial, e, segundo o preceito em estudo, deve ser provido por meio próprio<sup>3</sup>.

Sendo assim, enquanto não havia sido cancelada a Matrícula n. 3800, pela decisão de f. 213-8, os registros e averbações nela contidos tinham presunção de veracidade, não havendo qualquer ilegalidade no registro de hipoteca, realizado sob a ordem do art. 167, I, número 2, da Lei n. 6.015/73.

2 MATIELLO, Fabrício Zamprogna. *Código Civil Comentado*. São Paulo: LTr, 2007. p. 780.

3 PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil Comentado - doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Manole, 2007. p. 1082.

Com isso, tenho que os recorrentes não comprovaram o fato lesivo imputado à Administração Pública, visto que a matrícula foi cancelada muito após o registro do contrato, mais especificadamente em junho de 2004 (f. 213-8), cancelamento que foi averbado na Matrícula n. 3800 em 14 de outubro de 2004 (f. 49).

Como bem decidiu a juíza de primeira instância “*os serventuários ou titulares das serventias não poderiam, no caso dos autos, ter recusado a lavratura de escritura de parceria pecuária com pacto de hipoteca (em garantia) relativa a imóvel que na época não se sabia que tivesse qualquer irregularidade em sua matrícula, nem muito menos o Oficial do Registro poderia recusar o registro correspondente. Se o ato notarial e o ato registral foram praticados conforme determina a Lei dos Registros Públicos, não podem os cartorários nem o Estado ser responsabilizados por eventuais anos a terceiro, quando na data em que praticaram tais atos não havia indício de irregularidade na documentação do imóvel.*” (f. 671).

Se não bastasse isso, tenho que os apelantes também não demonstraram o prejuízo mencionado na exordial.

Os apelantes narram na inicial que os parceiros criadores somente pagaram a primeira renda vencida em novembro de 1994, e, “*a partir da segunda renda, os parceiros criadores não conseguiram cumprir o contrato e nem devolveram as matrizes representadas pelas 600 (seiscentas) vacas aneladas. Assim, só restava aos parceiros proprietários, efetuar a notificação judicial dos devedores para o fim de constituí-los em mora, o que foi feito através do processo n. 96.0002530-4, com tramites pela Comarca de Campo Grande-MS. (em anexo)*” (f. 4).

No entanto, os recorrentes não demonstram a inadimplência dos parceiros criadores tampouco ajuizaram ação visando a cobrar o contrato de parceria pecuária, ou executar a garantia hipotecária consistente no imóvel matriculado sob n. 3800. Aliás, nem mesmo demonstram que interpelaram judicialmente os devedores para pagarem, conforme mencionaram em várias oportunidades no processo, especialmente ao serem ouvidos em juízo.

Frise-se que “*o não atendimento da dívida determina a excussão da hipoteca, mediante processo de execução hipotecária, segundo disposições contidas no Código de Processo Civil, aplicáveis a todas as execuções. Se levado a hasta pública o imóvel, após a penhora e a avaliação, o valor apurado destina-se a satisfazer a dívida. O produto que sobrar voltará ao devedor, ou servirá para solver as hipotecas posteriores*”<sup>4</sup>.

No mínimo os recorrentes deveriam ter demonstrado que os parceiros criadores eram realmente inadimplentes, o que não foi feito nos autos, situação que somente então justificaria eventual busca pela garantia hipotecária.

Pelas provas carreadas aos autos, não é possível verificar se realmente, após quase dez anos entre a contratação e a anulação da matrícula, houve o inadimplemento dos parceiros criadores, o que implicaria a necessidade de os apelantes recorrerem à garantia do pacto.

Ora, o cancelamento da matrícula, por si só, mesmo que tivesse ocorrido antes da averbação da parceria pecuária com garantia hipotecária, não geraria o dano propalado pelos apelantes, caso os parceiros criadores viessem a pagar a dívida.

Por isso é curial que se comprove se realmente houve o inadimplemento, inclusive após tentar receber o crédito em juízo, pois o pagamento da dívida, pelos parceiros criadores, afastaria qualquer hipótese de dano.

4 RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 1071

O prejuízo aqui, vale esclarecer, não é presumido com a simples irregularidade da matrícula. Para que o dano ocorra, é necessário que os credores realmente não tenham recebido seu crédito, o que os levaria a executar a garantia hipotecária nas vias judiciais. Somente após essas diligências é que o prejuízo se evidenciaria pela inexistência da garantia.

Visto isso, tenho que os apelantes não cumpriram com o ônus que lhes competia. Em nosso ordenamento jurídico existe uma regra geral dominante no sistema probatório: à parte que alega a existência de determinado fato, para dele derivar a existência de algum direito, incumbe o ônus de demonstrar sua existência. Em 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<sup>5</sup>.*

Dessa forma, em nosso ordenamento jurídico encontra-se o rígido princípio romano sobre o ônus da prova, segundo o qual a prova incumbe invariavelmente a quem alega e nunca a quem nega (*actore non probante réus absolvitur*).

O artigo 333, do CPC, 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 allegata 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.<sup>6</sup>

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, tem, portanto, o ônus suma importância.

No caso em epígrafe, como dito alhures, considerando que a responsabilidade do Estado é objetiva, caberia ao autor da ação “*provar a ação ou omissão e o dano resultante da conduta do réu, porque sua culpa já é presumida*”<sup>7</sup>. Entretanto, se os recorrentes se mantiveram inertes, incidirá o princípio de que: *o que não está nos autos não está no mundo (quod non est in actis non est in mundo)*, impossibilitando o juiz de decretar a procedência do pedido indenizatório formulado na demanda.

5 ROSENBERG, Leo. La carga de la prueba. Buenos Aires: Ejea apud SILVA, Ovidio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*, 5. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 345. v. 1.

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

7 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 21

Diante do exposto, conheço do presente recurso, e nego-lhe provimento, mantendo-se inalterada a sentença vergastada.

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

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível – Ordinário – interposto por Pedro da Cruz Gonçalves contra decisão proferida pelo Juiz da 3ª Vara da Fazenda Pública e de Reg. Públicos da Comarca de Campo Grande, nos autos da Reparação de Danos movida contra Estado de Mato Grosso do Sul.

Acompanho o preclaro Relator para negar provimento ao apelo, uma vez que da matrícula do imóvel colacionada aos autos constata-se que o cancelamento da matrícula foi averbado após o registro do contrato de parceria pecuária, obedecendo à ordem sequencial de averbações, não havendo cogitar que a matrícula estava cancelada quando da anotação do contrato.

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

De acordo com o voto do relator.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

**POR UNANIMIDADE, NEGARAM CONHECIMENTO AO AGRAVO RETIDO E, NO MÉRITO, IMPROVERAM O 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, 14 de junho de 2011.

\*\*\*

**Terceira Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2011.010255-9 - Campo Grande**  
**Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO DE BEM MÓVEL – PRELIMINAR – ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* – SUCESSÃO EMPRESARIAL – AFASTADA – MÉRITO – REVELIA – INOCORRÊNCIA – USUCAPIÃO DE BEM MÓVEL – ÔNUS DA PROVA DO AUTOR – VEÍCULO OBJETO DE CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL – IMPOSSIBILIDADE DE AQUISIÇÃO PRESCRITIVA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

A empresa sucessora de outra é legitimada para atuar no polo passivo de demandas que tenham por objeto contratos celebrados com a pessoa jurídica sucedida.

Não há falar em revelia se a peça de defesa foi apresentada dentro do prazo legal, mormente considerando que a Defensoria Pública goza de prazo em dobro, nos termos do artigo 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/50.

No ordenamento jurídico brasileiro, existe uma regra geral dominante no sistema probatório, qual seja, à parte que alega a existência de determinado fato incumbe o ônus de comprovar a sua existência.

Em conformidade com os artigos 1.260 e 1.261 do CC, somente mediante provas fáticas poder-se-á analisar se a posse exercida pelo autor preenche ou não os requisitos esculpido pela lei, quais sejam, (a) posse exercida com *animus domini*, mansa, pacífica e ininterrupta e (b) decurso de lapso de 3 (três) anos (quando houver justo título) ou de 5 (cinco) anos (quando não houver justo título).

O veículo financiado mediante contrato de alienação fiduciária ou arrendamento mercantil não pode ser objeto de usucapião, uma vez que em ambos os casos a posse indireta é do credor fiduciante ou arrendante.

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, rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 14 de junho de 2011.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

Altinor Corrêa da Silva, irredimido com sentença que julgou improcedente o pedido formulado nos autos da ação de usucapião extraordinária de bem móvel ajuizada em face de Fibra Asset

Management Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários Ltda., interpõe recurso de apelação, objetivando a sua reforma.

No apelo de f. 191-5, o recorrente alega, preliminarmente, a ilegitimidade passiva da empresa que atuou no polo passivo, já que a parte requerida inicialmente foi a empresa Fibra Leasing S.A. – Arrendamento Mercantil –, inscrita no CNPJ n. 58.616.418/0001-08.

No mérito, sustenta que houve revelia, uma vez que a contestação foi apresentada após o transcurso do prazo legal.

Ressalta que adquiriu o veículo objeto de discussão por meio de um contrato de compra e venda, datado de 28 de outubro de 1998, e que efetuou o pagamento de 10 (dez) prestações, quando recebeu a visita de uma pessoa comunicando que a partir daquela data as prestações seriam pagas, por meio de boletos bancários, para um escritório de cobrança sediado em Goiânia-GO.

Argumenta que referidos boletos nunca chegaram em sua residência e que tentou continuar os pagamentos com o mesmo carnê, mas o Banco Itaú S.A. recusou-se a receber.

Informa que, *“a partir do momento em que o apelante obteve a posse do veículo usucapindo, ninguém lhe reclamou a propriedade, tornando a posse mansa, pacífica, ininterrupta e com animus domini pelo lapso de tempo superior a 5 (cinco) anos, requisitos autorizadores para o direito da usucapião especial”* (f. 193).

Por fim, pede o conhecimento e o provimento do recurso, a fim de reformar a sentença recorrida com o julgamento procedente da pretensão deduzida na inicial.

Intimada, a recorrida apresentou contrarrazões (f. 204-9), pleiteando a manutenção da sentença recorrida com o não provimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça deixou de apresentar parecer (f. 215-7), em razão da desnecessidade de intervenção do Ministério Público no feito.

## VOTO

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

Cuida-se de recurso de apelação interposto por Altinor Corrêa da Silva em face da sentença que julgou improcedente a pretensão deduzida na inicial da ação de usucapião extraordinário de bem móvel proposta em face de Fibra Asset Management Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários Ltda.

Nas razões recursais que devolve a este Sodalício, o apelante alega, preliminarmente, a ilegitimidade passiva da empresa que atuou no polo passivo, já que a parte requerida inicialmente foi a empresa Fibra Leasing S.A. – Arrendamento Mercantil –, inscrita no CNPJ n. 58.616.418/0001-08.

No mérito, sustenta que houve revelia, uma vez que a contestação foi apresentada após o transcurso do prazo legal.

Ressalta que adquiriu o veículo objeto de discussão por meio de um contrato de compra e venda, datado de 28 de outubro de 1998 e que efetuou o pagamento de 10 (dez) prestações, quando recebeu a visita de uma pessoa comunicando que a partir daquela data as prestações seriam pagas, por meio de boletos bancários, para um escritório de cobrança sediado em Goiânia-GO.

Argumenta que referidos boletos nunca chegaram em sua residência e que tentou continuar os pagamentos com o mesmo carnê, mas o Banco Itaú S.A. recusou-se a receber.

Informa que, “a partir do momento em que o apelante obteve a posse do veículo usucapindo, ninguém lhe reclamou a propriedade, tornando a posse mansa, pacífica, ininterrupta e com animus domini pelo lapso de tempo superior a 5 (cinco) anos, requisitos autorizadores para o direito da usucapião especial” (f. 193).

Intimada, a recorrida pugnou pela manutenção da sentença recorrida.

A Procuradoria-Geral de Justiça deixou de apresentar parecer, em razão da desnecessidade de intervenção do Ministério Público no feito.

Por ordem de prejudicialidade, início pela análise da preliminar agitada nas razões recursais.

### **Da preliminar**

#### **Da ilegitimidade passiva *ad causam***

A primeira tese devolvida no presente recurso está relacionada à ilegitimidade passiva da empresa Fibra Asset Management Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários Ltda., considerando que a ação foi proposta contra a empresa Fibra Leasing S.A. – Arrendamento Mercantil. Referida prefacial não deve ser acolhida.

Para que o processo seja eficaz para atingir o fim buscado pela parte, não basta tão somente a simples validade da relação processual regularmente estabelecida entre os interessados e o juiz, fazendo-se mister que a lide seja deduzida em juízo com observância de alguns requisitos básicos denominados de condições da ação.

Conforme leciona Giuseppe Chiovenda, “as condições da ação são as condições necessárias a que o juiz declare existente e atue a vontade concreta de lei invocada pelo autor; vale dizer, as condições necessárias para obter um pronunciamento favorável.”<sup>1</sup>

Deve-se anotar, ainda, a lição do nunca assaz citado Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, que sustentam ser o mérito (pedido), via de regra, a última questão a ser examinada pelo juiz, tanto do ponto de vista lógico quanto do cronológico, devendo, preliminarmente, o juiz examinar as questões preliminares, “que dizem respeito ao próprio direito de ação (condições da ação) e à existência e regularidade da relação jurídica processual (pressupostos processuais)”<sup>2</sup>.

Dessa forma, o exame do pedido depende da análise das condições da ação que, presentes ou ausentes, possibilitam ou impedem o seu exame, visto que a ausência de uma ou mais das condições da ação implica a ocorrência do fenômeno da carência da ação, ficando o juiz impedido de examinar o mérito, por conseguinte deve extinguir o processo sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 267, IV, do CPC.

Logo, a razão de ser das condições da ação é de que dão a oportunidade ao juiz de matar o processo desde o nascimento. A condição da ação é uma técnica processual para afastar os processos que fatalmente não teriam chance de prosperar ante a presença de alguma irregularidade. Ela funciona como uma peneira de modo a afastar ações sem sucesso de mérito.

1 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed., Campinas: Bookseller, 2000. p. 89. v. 1.

2 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*. 6. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 593.

Nesse sentido, leciona Ada Pellegrine Grinover:

[...] as condições da ação são elementos ou requisitos que limitam o exercício do direito de ação, em cada caso concreto; elementos e requisitos estes para que se exerça, de maneira concreta, na espécie, o direito de se obter o provimento jurisdicional: a sentença de mérito, no processo de conhecimento, e o provimento satisfativo, no processo de execução. Convém, também, registrar as palavras precisas de Sérgio Shimura (**Título executivo**. São Paulo. Editora Saraiva, 1997; p. 20): Condições da ação servem de limite à prestação integral do serviço jurisdicional, em cada caso concreto, evitando o desperdício de atividades inúteis e desnecessárias.<sup>3</sup>

São três as condições que permitem a regular admissibilidade da ação, quais sejam, interesse de agir, possibilidade jurídica do pedido e legitimidade das partes.

No tocante à legitimidade *ad causam*, para que o autor e o réu sejam partes legítimas, é fundamental que, quanto ao primeiro, haja uma ligação entre ele e o objeto do direito afirmado em juízo, ou seja, em princípio deve ser titular da situação jurídica afirmada em juízo, conforme disposto no artigo 6º do CPC, enquanto ao réu é preciso que exista relação de sujeição diante da pretensão do autor.

Logo, como regra, parte legítima para exercer o direito de ação é aquele que se afirma titular de determinado direito que precisa da tutela jurisdicional como aquele a quem caiba a observância do dever correlato àquele hipotético direito, ou seja, são os titulares dos interesses em conflito.

Merece destaque o escólio de Cândido Rangel Dinamarco:

Legitimidade *ad causam* é qualidade para estar em juízo, como demandante ou demandado, em relação a determinado conflito trazido ao exame do juiz. Ela depende sempre de uma necessária relação entre o sujeito e a causa e traduz-se na relevância que o resultado desta virá a ter sobre sua esfera de direitos, seja para favorecê-la ou para restringi-la. Sempre que a procedência de uma demanda seja apta a melhorar o patrimônio ou a vida do autor, ele será parte legítima; sempre que ela for apta a atuar sobre a vida ou patrimônio do réu, também esse será parte legítima. Daí conceituar-se essa condição como relação de legítima adequação entre o sujeito e a causa.<sup>4</sup>

No caso dos autos, verifica-se que a atuação da empresa Fibra Asset Management Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários Ltda. se no polo passivo da presente demanda somente ocorreu em razão de ser a sucessora por incorporação da empresa Fibra Leasing S.A. Arrendamento Mercantil (inicialmente requerida), conforme comprova o documento de f. 172.

Assim, considerando que a empresa apelada sucedeu à Fibra Leasing S.A. – Arrendamento Mercantil – em suas atividades, adquirindo seu ativo e passivo, tenho que o feito pode ter por alvo a empresa ora apelada.

Aliás, em casos semelhantes, já decidiu nosso Tribunal de Justiça. Vejamos:

**APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – EMBARGANTE – BANCO EM LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL – FATO NOTÓRIO – LEGITIMIDADE PASSIVA DO BANCO SUCESSOR – SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO AFASTADA – INAPLICABILIDADE DAS NORMAS DOS ART. 18 E 22 DA LEI N. 6.024/74 – RECURSO IMPROVIDO.** Como notório o Banco Bank Brasil, ora apelante, é verdadeiro do Banco do Brasil S.A., de modo que responde pela obrigação do sucedido e, por isso, é parte legítima para arcar com os honorários advocatícios aqui

3 GRINOVER, Ada Pellegrine. **As condições da ação penal**. São Paulo: José Bushatsky, 1977. p. 26.

4 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 306. v. 2.

executados. Por tais motivos, afasta-se a tese de que execução embargada deve ser suspensa (artigos 18 e 22 da Lei n. 6.024/74), uma vez que como já afirmado o banco apelante atua como sucessor do banco liquidado, respondendo pelo ativo e passivo deste último. Recurso improvido. (TJMS, AC n. 2007.005742-6, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, julgado em 11.4.2007).

Desse modo, deve ser rejeitada a alegação agitada nas razões recursais.

Passo, então, à análise do mérito recursal.

### **Do mérito**

A análise do mérito do presente recurso reclama alguns esclarecimentos. Em 23 de setembro de 1997, o Sr. Igor Eudociak Américo adquiriu o veículo Ford/Escort 1.8 GL, ano/modelo 1993/1994, placa HRA 4778 mediante contrato de arrendamento mercantil firmado com a empresa Fibra Leasing S.A. – Arrendamento Mercantil.

Após o pagamento de 8 (oito) prestações, o então adquirente cedeu a posse do veículo mediante contrato de promessa de compra e venda para o apelante, Sr. Altinor Corrêa da Silva, o qual assumiu o pagamento das demais prestações.

Segundo se narra na petição inicial, após a aquisição da posse do veículo, o apelante efetuou o pagamento das prestações em atraso e, mediante uma composição amigável, parcelou o restante da dívida em 26 (vinte e seis) parcelas iguais e sucessivas no valor de R\$ 495,10 (quatrocentos e noventa e cinco reais e dez centavos).

Após o pagamento de 10 (dez) prestações do carnê no Banco Itaú S.A., o recorrente diz ter recebido a visita de uma pessoa afirmando ser proprietária de um escritório de cobrança localizado na cidade de Goiânia-GO e dizendo que a empresa Fibra Leasing havia falido, devendo as prestações ser pagas por meio de boletos bancários a favor de seu escritório.

Ainda se narra na exordial que referidos boletos nunca chegaram as suas mãos, sendo que ainda houve a tentativa de pagamento das prestações por meio dos carnês emitidos pelo Banco Itaú, mas que a instituição financeira se recusou a recebê-las.

Assim, considerando que está na posse mansa e pacífica do veículo desde 28 de outubro de 1998, o apelante entende ter preenchido os requisitos da usucapião extraordinária.

Quando da prolação da sentença recorrida, o douto magistrado *a quo* entendeu ser o caso de julgamento improcedente, considerando que “*a posse exercida pelo autor sobre o automóvel objeto desta lide é e sempre foi precária, pois não tem ânimo de dono o adquirente de bem móvel sob gravame de arrendamento mercantil, já que ciente da posse indireta da empresa arrendadora*” (f. 184).

Pois bem, a *vexata quaestio* posta em discussão cinge-se em saber se restaram preenchidos os requisitos da prescrição aquisitiva referente ao veículo Ford/Escort 1.8 GL, ano/modelo 1993/1994, placa HRA 4778.

Desde já, consigno não haver a revelia afirmada nas razões recursais. Isto porque a empresa requerida foi citada por editais publicados em 5.12.2006, 7.12.2006 e 9.12.2006 (f. 34-6), sendo-lhe nomeado curador especial (f. 63).

Note-se que os autos foram enviados à Defensoria Pública em 26 de outubro de 2007 e a peça de defesa foi apresentada em 29 de outubro de 2007. Dessa forma, considerando que é de 15 (quinze) dias o

prazo para apresentar defesa (artigo 297 do CPC), somando-se ao fato de que a Defensoria Pública goza de prazo em dobro (artigo 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/50), evidencia-se a tempestividade da contestação.

Como é cediço, no ordenamento jurídico brasileiro, existe uma regra geral dominante no sistema probatório, qual seja, à parte que alega 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.<sup>5</sup>

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 allegata 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.<sup>6</sup>

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, tem, portanto, o ônus suma importância.

Importante também esclarecer que a usucapião pode ser apresentada como meio de aquisição do domínio da coisa pela sua posse continuada durante certo lapso e com concurso dos requisitos que a lei estabelece para este fim. É a prescrição aquisitiva da propriedade pela posse ininterrupta durante determinado prazo sob as condições legais que lhe são inerentes.

Conforme ressalta Arnaldo Rizzardo:

Cuida-se de um modo originário de aquisição, pelo qual a pessoa que exerce a posse em um imóvel, por certo prazo previsto em lei, adquire-lhe o domínio, desde que sua posse tenha satisfeito certos requisitos, ou seja, revele que sempre foi pacífica, mansa e ininterrupta, sem oposição alguma do titular do domínio e com o *animus domini*.<sup>7</sup>

5 ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Ejea apud SILVA, Ovidio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*, 5. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 345. v. 1.

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

7 RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 248.

A possibilidade de de posse continuada gerar a propriedade justifica-se pelo sentido social e axiológico da coisa, premiando-se aquele que se utiliza utilmente do bem, em detrimento daquele que deixa escoar o tempo sem dele utilizar-se ou, não se insurgindo, que outro o faça como se dono fosse. Destarte, não haveria justiça em suprimir-se o uso e gozo do bem (imóvel ou móvel) de quem dele cuidou, produziu ou residiu por longo espaço de tempo, sem oposição. Observa Miguel Maria de Serpa Lopes a esse respeito que, “*encarado sob este aspecto, o usucapião pode ser admitido na lei sem vulneração aos princípios de justiça e equidade*”.<sup>8</sup>

A usucapião de bem móvel encontra-se atualmente disciplinada nos seguintes termos, *in verbis*:

Art. 1.260. Aquele que possuir coisa móvel como sua, contínua e incontestadamente durante três anos, com justo título e boa-fé, adquirir-lhe-á a propriedade.

Art. 1.261. Se a posse da coisa móvel se prolongar por cinco anos, produzirá usucapião, independentemente de título ou boa-fé.

Art. 1.262. Aplica-se à usucapião das coisas móveis o disposto nos art. 1.243 e 1.244.

A matéria já era trazida no Código Civil de 1916, que dispunha o seguinte:

Art. 618. Adquirirá o domínio da coisa móvel o que a possuir como sua, sem interrupção, nem oposição, durante 3 (três) anos.

Parágrafo único. Não gera usucapião a posse, que se não firme em justo título, bem como a inquinada, original ou supervenientemente, de má-fé.

Art. 619. Se a posse da coisa móvel se prolongar por 5 (cinco) anos, produzirá usucapião independentemente de título e boa-fé.

Parágrafo único. As disposições dos art. 552 e 553 são aplicáveis ao usucapião das coisas móveis.

Dessa forma, analisando os supracitados dispositivos, constata-se que a lei dispensou a exigência de justo título, razão pela qual somente mediante provas fáticas poder-se-á analisar se a posse exercida pelos autores preenche ou não os requisitos esculpido pela lei, quais sejam, (a) posse exercida com *animus domini*, mansa, pacífica e ininterrupta e (b) decurso de lapso de 3 (três) anos (quando houver justo título) ou de 5 (cinco) anos (quando não houver justo título).

De acordo com as provas colhidas nos autos, constata-se que não restaram preenchidos os requisitos em questão. Conforme já dito alhures, o veículo que se pretende usucapir é objeto de um contrato de arrendamento mercantil (*leasing*).

O entendimento jurisprudencial consolidado no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o bem objeto de contrato de alienação fiduciária não pode ser usucapido porque, ocorrendo o inadimplemento, a posse exercida pelo adquirente ou pelo cessionário passa a ser injusta. O mesmo raciocínio utilizado para os bens objeto de contrato de alienação fiduciária também deve ser aplicado aos contratos de arrendamento mercantil, uma vez que em ambos a posse indireta é do credor fiduciante ou arrendante.

Nesse sentido, transcrevo o seguinte julgado:

CIVIL.USUCAPIÃO.VEÍCULO.ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA.INADIMPLEMENTO.PRESCRIÇÃO AQUISITIVA.IMPOSSIBILIDADE.POSSE INJUSTA.

8 LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil. 3. ed.. São Paulo: RT, 1985. p. 544. v. 6

**I- A posse de bem por contrato de alienação fiduciária em garantia não pode levar a usucapião, seja pelo adquirente, seja por cessionário deste, porque essa posse remonta ao fiduciante, que é a financiadora, a qual, no ato do financiamento, adquire a propriedade do bem, cuja posse direta passa ao comprador fiduciário, conservando a posse indireta (IHERING) e restando essa posse como resolúvel por todo o tempo, até que o financiamento seja pago.**

**II- A posse, nesse caso, é justa enquanto válido o contrato. Ocorrido o inadimplemento, transforma-se em posse injusta, incapaz de gerar direito a usucapião. Recurso Especial não conhecido”** (STJ, REsp n. 844098/MG, Terceira Turma, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Nancy Andrighi, Relator p/Acórdão Min. Sidnei Beneti, julgado em 6.11.2008, DJ de 6.4.2009).

Outros Tribunais pátrios vêm adotando o mesmo posicionamento, *in verbis*:

USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO - VEÍCULO AUTOMOTOR - AUSÊNCIA DE *ANIMUS DOMINI* - VEÍCULO OBJETO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - POSSE CONTESTADA - INADMISSIBILIDADE - TEORIA DA IMPROCEDÊNCIA *PRIMA FACIE* - POSSIBILIDADE - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - REQUERENTE REPRESENTADO POR ADVOGADO PARTICULAR - POSSIBILIDADE.

[...]

Para o reconhecimento do usucapião extraordinário de bem móvel, exige a lei (art. 1.281 do CC/02) a posse efetiva, independente de boa-fé, por lapso temporal não inferior a cinco anos, além da prova de que o efetivo exercício da posse ocorreu sempre com *animus domini*, único elemento de qualificação da posse mansa e pacífica.

Tendo o veículo objeto do pedido de usucapião sido resultante de arrendamento mercantil, não encontrado em face de ajuizamento de ações judiciais, conforme mostrado pela exordial e documentos que a instruem, não gera posse para fins de usucapião, podendo, na análise da exordial, ser aplicada pelo Juiz a teoria da improcedência *prima facie*, por impossibilidade jurídica relativa do pedido, com julgamento meritório, em exceção à regra processual. (TJMG, AC n. 475.840-3, Terceira Câmara Cível do Tribunal de Alçada, Rel. Des. Afrânio Vilela, julgado em 2.2.2005).

Logo, sendo injusta ou precária a posse exercida pelo apelante sobre o bem em questão, não está presente o primeiro requisito da usucapião, qual seja, o *animus domini*.

Devo destacar que o simples fato de o recorrente não saber para quem deveria efetuar o pagamento das parcelas avençadas não justifica a sua inadimplência, já que caberia ao devedor procurar meios, ainda que judiciais, de realizar o pagamento das prestações ajustadas.

Logo, não restando comprovados os requisitos da usucapião de bem móvel, é certo que o apelante deixou de cumprir com o ônus da prova que lhe tocava (artigo 333, I, do CPC), incidindo o brocardo *quod non est in actis non est in mundo* (o que não está nos autos não está no mundo).

Ante o exposto, conheço do presente recurso de apelação e nego-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença recorrida.

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

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível – Proc. Especiais – interposto por Altinor Corrêa da Silva contra decisão proferida pelo Juiz da 14ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da Usucapião movida contra Fibra Asset Management Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários Ltda.

Acompanho o preclaro Relator para rejeitar a preliminar de ilegitimidade passiva e, no mérito, negar provimento ao apelo, já que ausente o primeiro requisito necessário à usucapião, qual seja, *animus domini*.

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

De acordo com o relator.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

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

Campo Grande, 14 de junho de 2011.

\*\*\*

**Terceira Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2011.012155-9 - Coxim**  
**Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – EXECUÇÃO GARANTIDA POR HIPOTECA DEVIDAMENTE REGISTRADA – DIREITO DE SEQUELA – PREFERÊNCIA – EXCESSO DE PENHORA – QUESTÃO A SER ANALISADA NOS AUTOS DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – PEDIDO DE ANÁLISE DE QUESTÃO NÃO ENFRENTADA EM INSTÂNCIA SINGELA – IMPOSSIBILIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E IMPROVIDO.

A alegação de posse e propriedade do imóvel é insuficiente para obstar a penhora, legitimamente realizada em razão da garantia hipotecária oferecida e devidamente registrada antes da dação em pagamento ocorrida posteriormente.

O direito de sequela concede ao credor a possibilidade de perseguir o bem em poder de quem quer que ele se encontre.

A alegação de existência de excesso de penhora é questão que deve ser analisada nos autos de cumprimento de sentença e não presentes embargos de terceiro.

Não deve ser conhecida questão não apreciada pelo magistrado de primeira instância, sob pena de supressão de instância e ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição.

Recurso parcialmente conhecido e improvido.

## **ACÓRDÃO**

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

Campo Grande, 14 de junho de 2011.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

Raul de Souza Barbosa e Waldiza Pereira da Silva apelam da sentença que rejeitou os pedidos contidos nos embargos de terceiro opostos em face de Antonio Guedes de Melo e Wilson Pereira Rodrigues.

No apelo de f. 270-5, os recorrentes afirmam que, nos termos do art. 1.488 do Código Civil, é possível fracionamento da hipoteca buscando uma forma de materializar o princípio da função social dos contratos, previsto no art. 5º, XXII e XXIII, da Constituição Federal.

Alegam que o valor do imóvel ultrapassa o valor da dívida e, mesmo tendo o douto magistrado afirmado que nos autos “*não há a exata noção de qual o tamanho do débito e o valor atual da dívida, em algum momento tal quantum deverá ser apurado.*”

Sustentam que os apelantes são proprietários de parte do bem, conforme a matrícula colacionada aos autos, razão pela qual é justo que os recorridos persigam os bens dos verdadeiros devedores e não de terceiros.

Mencionam que não deram causa à constrição que recaiu sobre o bem que lhes pertence em parte, razão pela qual deve ser desconstituída a penhora efetivada.

Ressaltam que pagaram pelo imóvel em discussão, realizaram benfeitorias na parte que lhes cabe, o que deverá ser levado em consideração.

Rematam, pedindo pelo conhecimento e provimento ao recurso para, em reformando a sentença, afastar a constrição do imóvel, ou, ainda, caso este vá à hasta pública, que lhe sejam devolvidos o valor referente ao imóvel.

Intimados, os recorridos apresentaram contrarrazões às f. 279-88, rebatendo os fundamentos do apelo e pugnando pelo improvimento do recurso com a manutenção da sentença.

## VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação interposto por Raul de Souza Barbosa e Waldiza Pereira da Silva contra a sentença que rejeitou os pedidos contidos nos embargos de terceiro opostos em face de Antonio Guedes de Melo e Wilson Pereira Rodrigues

No apelo de f. 270-5, os recorrentes afirmam que, nos termos do art. 1.488 do Código Civil, é possível fracionamento da hipoteca buscando uma forma de materializar o princípio da função social dos contratos, previsto no art. 5º, XXII e XXIII, da Constituição Federal.

Alegam que o valor do imóvel ultrapassa o valor da dívida e, mesmo tendo o douto magistrado afirmado que nos autos “*não há a exata noção de qual o tamanho do débito e o valor atual da dívida, em algum momento tal quantum deverá ser apurado.*”

Sustentam que os apelantes são proprietários de parte do bem, conforme a matrícula colacionada aos autos, razão pela qual é justo que os recorridos persigam os bens dos verdadeiros devedores e não de terceiros.

Mencionam que não deram causa à constrição que recaiu sobre o bem que lhes pertence em parte, razão pela qual deve ser desconstituída a penhora efetivada.

Ressaltam que pagaram pelo imóvel em discussão, realizaram benfeitorias na parte que lhes cabe, o que deverá ser levado em consideração.

Rematam, pedindo pelo conhecimento e provimento ao recurso para, em reformando a sentença, afastar a constrição do imóvel, ou, ainda, caso este vá à hasta pública, que lhe sejam devolvidos o valor referente ao imóvel.

Intimados, os recorridos apresentaram contrarrazões às f. 279-88, rebatendo os fundamentos do apelo e pugnando pelo improvimento do recurso com a manutenção da sentença.

Na sentença vergastada (f. 263-6), o douto julgador de instância singela, entendeu que “*a averbação anterior ao registro da dação em pagamento é justamente a que constituiu garantia real sobre o bem imóvel em discussão*”, não podendo o autor alegar o desconhecimento da lei ou da existência da garantia hipotecária, bem como entendeu que a alegada possibilidade de divisão do imóvel é questão que não deve ser decidida nos presentes autos, ante a impossibilidade de saber a exata noção do tamanho do débito, razão pela qual deve ser pugnada na fase de cumprimento de sentença.

Entendeu, ainda, o douto julgador que os embargantes, quando adquiriram o imóvel, já tinham ciência do débito e da garantia prestada, razão pela qual rejeitou *in totum* os pedidos contidos nos presentes embargos.

A questão posta em discussão cinge-se em saber se é possível o fracionamento da hipoteca recaída sobre o imóvel que lhes pertence em parte, bem como se é possível a desconstituição da constrição, visto que não foram os embargantes, ora recorrentes, que lhe deram causa.

Pois bem, como é cediço, os embargos de terceiro são remédio processual posto à disposição de quem, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial. Têm por finalidade a proteção da posse ou propriedade daquele que, não tendo sido parte no feito, tem um bem de que é proprietário ou possuidor, apreendido por ato judicial originário de processo de que não foi parte.

O artigo 1.046 do Código de Processo Civil, de clareza solar, disciplina quem é legitimado a propor os embargos de terceiro, bem como os casos em que é cabível:

Art. 1046. Quem, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, seqüestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer lhe sejam mantidos ou restituídos por meio de embargos.

Na forma estabelecida neste dispositivo, são os embargos de terceiro, ação de conhecimento que objetiva a proteção da posse de bem, ou direito de posse, da constrição judicial injusta. Busca o senhor ou legítimo possuidor, por meio deles, evitar a alienação do bem ou conseguir sua liberação.

Portanto, evidencia-se que basta a ameaça ao direito de posse ou propriedade para que o terceiro possa vir, mediante embargos de terceiro, defender a reintegração ou manutenção de sua posse no bem objeto de constrição. Isso porque a mera ameaça ao direito de posse ou propriedade já caracteriza turbação e, assim, atende às exigências da lei.

Como explica Humberto Theodoro Júnior:

Os próprios termos do enunciado legal deixam claro que a relação nele contida é de caráter meramente exemplificativo. Se o fim do instituto é preservar a incolumidade dos bens de terceiro em face do processo de que não participa, qualquer ato executivo realizado ou ameaçado, indevidamente, pode ser atacado por via dos embargos de terceiro.

[...]

A ameaça, em si, já é a turbação de que fala o art. 1.046, pois leva o terceiro a se avizinhar, diante da sentença, da sua natural eficácia constritiva. No caso de sentença constitutiva, ela mesma produz de imediato o prejuízo ao direito do terceiro, representado pela invasão, indevida, de sua esfera jurídica.<sup>1</sup>

1 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 280. v. 3.

E, ainda, Marcus Vinicius Rios Gonçalves:

Os embargos de terceiros são a ação atribuída àquele que não é parte, para fazer cessar a constrição judicial que indevidamente recaiu sobre um bem do qual é proprietário ou possuidor<sup>2</sup>.

Transportando tais conceitos para o caso em epígrafe, tem-se que na Matrícula n. 5.863 (f. 118-22) do imóvel que alegam os embargantes, ora recorrentes, lhes pertencer, consta que, por meio de escritura pública, foi dado em dação em pagamento aos apelantes Raul de Souza Barbosa e Waldisa da Silva Barbosa, referente a uma dívida que Hyde Alcides de Rezende e Alcenir Martins Rezende possuíam, originária de arrendamento de 1.100 (mil e cem vacas).

Verifica-se, ainda, que consta na referida matrícula as seguintes condições: “*O senhor Alcenir Martins Rezende, através da referida escritura, torna ciente da existência da hipoteca constante do R-04 desta matrícula.*”

Com isso, tenho que agiu com acerto o magistrado *a quo* em não acolher os embargos, já que antes de o imóvel ser adquirido pelos recorrentes, por meio de dação em pagamento dos seus devedores em abril de 1998 (R-05/5.863), já estava devidamente contristado desde novembro de 1993 (R-04/5.863), não merecendo prosperar a sua pretensão de desconstituir a penhora do imóvel objeto de garantia hipotecária de dívida executada.

Por mais que se reconheça a condição de possuidores/proprietários dos apelantes, fato é que tal direito pessoal não pode se sobrepor ao direito real de garantia representado pelo crédito hipotecário, direito esse que confere aos embargados, ora recorridos, o direito de sequela, através do qual é possível perseguir a coisa hipotecada nas mãos de quem quer que seja, para nela valer a sua garantia.

A respeito do tema, orienta Arnaldo Rizzardo:

A hipoteca adere ao imóvel, acompanhando-o em seu futuro, não importando a transferência de domínio. Enquanto não satisfeita a dívida, perdura o ônus, sejam quais forem as transformações que ocorrerem ao imóvel<sup>3</sup>.

Complementando o ensino, Maria Helena Diniz:

A hipoteca é um direito real de garantia de natureza civil, que grava coisa imóvel ou bem que a lei entende por hipotecável, pertencente ao devedor ou a terceiro, sem transmissão de posse ao credor, conferindo, a este, o direito de promover a sua venda judicial, pagando-se, preferentemente, se inadimplente o devedor<sup>4</sup>.

Francisco Eduardo Loureiro também nos traz que:

O art. 1.227 do Código Civil de 2002 é claro ao dispor que o registro é constitutivo dos direitos reais sobre imóveis, adquiridos por atos derivados e inter vivos. Disso decorre, segundo Clóvis Bevilacqua, que sem inscrição não há hipoteca: o instrumento público pelo qual se constitui é apenas uma declaração de vontade, criadora de um direito que se perfaz, tornando-se real, com a inscrição. Antes da inscrição, a escritura documenta uma obrigação, é título de direito pessoal. A inscrição dá-lhe força contra todos, com direito de sequela e preferência. (**Direito das coisas**. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1951, v. II, p. 269).<sup>5</sup>

2 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Novo Curso de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 386.

3 RIZZARDO, Arnaldo. Direito das Coisas. Rio de Janeiro: Forense, p. 1074.

4 DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro - direito das coisas. São Paulo: Saraiva. p. 369.

5 LOUREIRO, Francisco Eduardo. Código Civil Comentado. São Paulo: Manole. p. 1421.

Nessa linha de raciocínio, a alegação de posse do imóvel é insuficiente para obstar a penhora, legitimamente realizada em razão da garantia hipotecária oferecida e devidamente registrada, que concede ao credor a possibilidade de perseguir o bem em poder de quem quer que ele se encontre, prevalecendo sobre eventual direito pessoal que a ela sejam opostos.

Neste sentido, segue julgado do STJ:

EMENTA. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. PENHORA EM EXECUÇÃO HIPOTECÁRIA. NÃO PODE SER OPOSTO O COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA, ALIAS NÃO REGISTRADO, CONTRA PENHORA EM EXECUÇÃO POR CRÉDITO HIPOTECÁRIO. PREVALENCIA DO DIREITO REAL DE GARANTIA CONTRA O DIREITO PESSOAL DO POSSUIDOR. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (STJ, REsp n. 2414/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Athos Carneiro, julgado em 5.6.1990, DJ de 6.8.1990, p. 7340).

A respeito desse assunto, esta Egrégia Terceira Turma Cível também já decidiu:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIROS – AQUISIÇÃO DE BEM IMÓVEL – EXECUÇÃO GARANTIDA POR HIPOTECA – DIREITO DE SEQUELA – IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUIR O BEM DA PENHORA – PRESCRIÇÃO AQUISITIVA – EXISTÊNCIA DE RITO PRÓPRIO – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

A alegação de posse do imóvel é insuficiente para obstar a penhora, legitimamente realizada em razão da garantia hipotecária oferecida e devidamente registrada, que concede ao credor a possibilidade de perseguir o bem em poder de quem quer que ele se encontre (direito de sequela).

A ação de usucapião tem rito próprio e incompatível com os presentes embargos de terceiros. (TJMS, AC n. 2009.032687-7, Camapuã, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 29.3.2010).

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE EMBARGOS DE TERCEIRO – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – JULGAMENTO CONFORME ESTADO DA LIDE – NULIDADE DA SENTENÇA – PROVAS DOCUMENTAIS DO FATO – PRELIMINAR AFASTADA – CONSTRIÇÃO JUDICIAL SOBRE BEM IMÓVEL – PACTO ADJETO DE HIPOTECA ANTERIOR AO CONTRATO DE AQUISIÇÃO CELEBRADO PELA EMBARGANTE – DIREITOS REAIS – INCIDÊNCIA DO DIREITO DE SEQUELA – RECURSO IMPROVIDO.

Constantes dos autos elementos de prova documental suficientes para formar o convencimento do julgador, não ocorre cerceamento de defesa se julgada antecipadamente a controvérsia.

A apelante foi negligente ao adquirir o direito sobre o imóvel *sub judice*, pois era objeto de pacto adjeto de hipoteca, e, como é cediço, a hipoteca é direito real que recai sobre a coisa, a qual incide o direito de seqüela, transferindo seu ônus para quem se encontra com o imóvel, tornando a avença celebrada entre a apelante e o executado sem efeito perante o apelado, por isso os embargos opostos são improcedentes. (TJMS, AC n. 2003.003206-1, Campo Grande, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Hamilton Carli, julgado em 5.4.2004).

Merece destaque, ainda, a conclusão do magistrado *a quo*:

Não há como se alegar a própria torpeza para afastar a hipoteca sobre o imóvel, por expressa vedação legal, qual seja, a do artigo 1.419 do CC, com a seguinte redação:

“Nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação.” Assim, não se pode alegar o desconhecimento da lei ou do mesmo da existência da garantia hipotecária.

Por derradeiro, tenho que não assiste razão aos recorrentes quanto à alegada possibilidade de fracionamento do imóvel contristado, com base no art. 1.488<sup>6</sup>, do Código Civil, visto que “o valor do imóvel ultrapassa o valor da dívida e, mesmo tendo o douto magistrado afirmado que nos autos não há a exata noção e qual o tamanho do débito e o valor atual da dívida, em algum momento tal quantum deverá ser apurado”.

Ora, corroboro com o entendimento do magistrado de instância singela, no sentido de que a existência de excesso de penhora é questão que deve ser analisada nos autos de cumprimento de sentença e não nos presentes embargos.

Ora, em que pese o dispositivo supracitado prever a possibilidade de desmembramento do ônus, importando em diminuição da garantia, tenho que, primeiramente, deve-se observar o direito de sequela dos recorridos, visto que o registro da hipoteca deu-se há quase cinco anos antes da dação em pagamento realizada em favor dos recorrentes.

Quanto à afirmação dos recorrentes de que realizaram benfeitorias no imóvel descrito nos autos, tenho que é questão que não deve ser analisada, porquanto não foi apreciada pelo magistrado *a quo* e o seu conhecimento implicaria ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição e acarretaria supressão de instância.

Logo, tenho que a sentença deve ser integralmente mantida.

Ante o exposto, conheço em parte do recurso interposto e nego-lhe provimento.

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

Trata-se de Apelação Cível - Proc. Especiais interposta por Raul de Souza Barbosa contra decisão proferida pelo Juiz da 1ª Vara da Comarca de Coxim, nos autos da Embargos de Terceiro movida contra Antonio Guedes de Melo.

A questão posta em discussão cinge-se em saber se é possível o fracionamento da hipoteca recaída sobre o imóvel que lhes pertence em parte, bem como se é possível a desconstituição da constrição, visto que não foram os embargantes, ora recorrentes, que lhe deram causa.

Em que pesem as alegações dos apelantes, certo é que, quando da efetivação da dação em pagamento realizada em seu favor, tinham conhecimento da garantia hipotecária que pendia sobre o imóvel, resultando a alegação de posse e propriedade do imóvel insuficientes para impor óbice à penhora.

Acompanho o douto relator para conhecer de parte do recurso e, na parte conhecida, negar-lhe provimento.

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

De acordo com o voto do Relator.

6 Art. 1.488. Se o imóvel, dado em garantia hipotecária, vier a ser loteado, ou se nele se constituir condomínio edilício, poderá o ônus ser dividido, gravando cada lote ou unidade autônoma, se o requererem ao juiz o credor, o devedor ou os donos, obedecida a proporção entre o valor de cada um deles e o crédito.

§ 1º O credor só poderá se opor ao pedido de desmembramento do ônus, provando que o mesmo importa em diminuição de sua garantia.

§ 2º Salvo convenção em contrário, todas as despesas judiciais ou extrajudiciais necessárias ao desmembramento do ônus correm por conta de quem o requerer.

§ 3º O desmembramento do ônus não exonera o devedor originário da responsabilidade a que se refere o art. 1.430, salvo anuência do credor.

## **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, 14 de junho de 2011.

\*\*\*

**Quarta Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2008.036295-9 - Campo Grande**  
**Relator Des. Paschoal Carmello Leandro**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE ALIENAÇÃO JUDICIAL PARA FINS DE EXTINÇÃO DE CONDOMÍNIO – BEM INDIVISÍVEL – POSSÍVEL OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO AQUISITIVA (USUCAPIÃO) – IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE NESTA DEMANDA – DIREITO À AMPLA DEFESA – OBSERVÂNCIA DEVIDA – VIA INADEQUADA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

Nos termos do art. 1320 do CC, “*A todo tempo será lícito ao condômino exigir a divisão da coisa comum, respondendo o quinhão de cada um pela sua parte nas despesas da divisão.*”

Entretanto, verificado na hipótese a possível ocorrência de usucapião do bem indivisível, impossível proceder à alienação judicial do bem, sob pena de tolher o direito à defesa do posseiro de boa-fé.

À luz da aplicação do princípio da causalidade, atribui-se a condenação dos ônus sucumbenciais àquele que deu causa à propositura da ação.

## **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 maio de 2011.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Trata-se de apelação interposta em face da sentença proferida pelo Juízo da 8ª Vara Cível Residual da Comarca de Campo Grande, que julgou extinta, sem resolução do mérito, a ação de alienação judicial para extinção de condomínio que Lucia Martins Coelho Barbosa move em face de Manoel Ignácio de Souza Junior e outros.

Em suas razões recursais, sustenta a apelante que providenciou uma certidão atualizada da matrícula do imóvel em litígio justamente para verificar a atual titularidade do bem em relação a seus condôminos, e que esta era a única atitude que se poderia exigir da recorrente, já que qualquer alteração de titularidade do bem necessariamente deve ser registrada/averbada à margem da matrícula do imóvel, ato que cabe exclusivamente ao proprietário ou sucessores, e não a terceiros.

Alega que, se fosse possível extinguir o condomínio por outros meios, não haveria a necessidade de se requerer a alienação judicial do bem, uma vez que, extinto o condomínio, o imóvel passaria a ter um único proprietário, o que tornaria desnecessária a medida pretendida.

Sustenta que o fruto da alienação judicial do imóvel, inclusive a cota-parte da qual a ocupante Ana Gomes se diz possuidora por usucapião, deverá ficar depositado em juízo, cabendo a esta procurar os meios judiciais adequados para ter declarado seu dever de usucapião sobre a parte do bem que ocupa, visto que a apelante sempre usou de sua cota-parte. Assim, conclui que a *“possibilidade da ocorrência da prescrição aquisitiva em favor da ocupante, relativa à parte do imóvel não ocupado pela apelante, em detrimento aos co-proprietários do imóvel, réus da presente ação, não é obstáculo para o prosseguimento da ação, nos moldes propostos na inicial, devendo a sentença ser reformada também quanto a esse tópico.”*

Aduz, ainda, ser indevida a fixação de honorários advocatícios em favor do patrono da requerida Ana Gomes, pois esta compareceu em juízo apenas para levantar a questão da usucapião em seu favor, o que foi afastada pela sentença, não fazendo jus à verba advocatícia.

Ao final, requer provimento ao recurso, para que seja reformada a sentença, determinando o normal prosseguimento do feito na forma pleiteada na inicial.

Contrarrazões pela curadoria de ausentes, pugnando pelo improvimento do apelo.

Instada a se manifestar, A Procuradoria-Geral de Justiça deixou de emitir parecer, por não vislumbrar a presença de interesse público relevante.

## VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator)

Trata-se de apelação interposta em face da sentença proferida pelo juízo da 8ª Vara Cível Residual da Comarca de Campo Grande, que julgou extinta, sem resolução do mérito, a ação de alienação judicial para extinção de condomínio que Lucia Martins Coelho Barbosa move em face de Manoel Ignácio de Souza Junior e outros.

Extraí-se dos autos que a autora, ora apelante, ingressou em juízo com a presente ação de jurisdição voluntária, pretendendo a alienação judicial de bem imóvel do qual é condômina juntamente com os requeridos, ora apelados.

Sustentou que sua cota ideal refere-se a 240 m<sup>2</sup>, do total de 400 m<sup>2</sup>, onde se encontra edificada a casa de n. 793, sendo certo que nos 160 m<sup>2</sup> restantes há ainda outra casa de n. 793, casa 1, que é ocupada, não se sabe a que título, pela Sra. Ana Gomes.

E que, diante da indivisibilidade do referido imóvel, uma vez que respeitadas as proporções dos condôminos – as áreas não alcançam a fração mínima exigida para terrenos naquela localidade (360 m<sup>2</sup>) – é que requer seja procedida a avaliação do bem e sua posterior alienação judicial, com o consequente rateio do preço, além de requerer que seja observado o direito de preferência em seu favor, uma vez que detém maior quinhão dentre os condôminos.

Após diversos percalços para a citação dos vários requeridos, foi-lhes nomeado curador especial, que contestou por negativa geral.

A requerida Ana Gomes, citada pessoalmente, compareceu aos autos para oferecer contestação cumulada com reivindicatória de usucapião, uma vez que, segundo ela, mantém a posse pacífica e contínua do imóvel desde 1954, ou seja, há mais de 50 anos.

Em réplica, a requerente afirmou que a usucapião relativa à requerida Ana Gomes em nada modifica ou impede sua pretensão de extinguir o condomínio, pois a prescrição aquisitiva alegada diz respeito à área de 160 m<sup>2</sup> restante, e não à de 240 m<sup>2</sup>, que lhe pertence.

Em sentença, o magistrado singular reconheceu a inadequação da via eleita para análise do pedido de aquisição do bem em razão da prescrição aquisitiva, uma vez que não se trata de ação possessória, nas quais é admitida a alegação da usucapião como matéria de defesa. Outrossim, extinguiu sem resolução do mérito a ação, em razão do reconhecimento da impossibilidade jurídica do pedido, porque pretende a alienação de bem comum sem a prévia extinção do condomínio, bem como porque a possível prescrição aquisitiva a correr em favor de Ana Gomes prejudica o acolhimento da pretensão autoral, em razão da própria indivisibilidade do imóvel.

Como relatado, em suas razões recursais sustenta a apelante que providenciou uma certidão atualizada da matrícula do imóvel em litígio justamente para verificar a atual titularidade do bem em relação a seus condôminos, e que esta era a única atitude que se poderia exigir da recorrente, já que qualquer alteração de titularidade do bem necessariamente deve ser registrada/averbada à margem da matrícula do imóvel, ato que cabe exclusivamente ao proprietário ou sucessores, e não a terceiros.

Alega que, se fosse possível extinguir o condomínio por outros meios, não haveria a necessidade de se requerer a alienação judicial do bem, uma vez que extinto o condomínio, o imóvel passaria a ter um único proprietário, o que tornaria desnecessária a medida pretendida.

Sustenta que o fruto da alienação judicial do bem, inclusive a cota-parte da qual a ocupante Ana Gomes se diz possuidora por usucapião, deverá ficar depositado em juízo, cabendo a esta procurar os meios judiciais adequados para ter declarado seu dever de usucapião sobre a parte do bem que ocupa, visto que a apelante sempre usou de sua cota-parte. Assim, conclui que a *“possibilidade da ocorrência da prescrição aquisitiva em favor da ocupante, relativa à parte do imóvel não ocupado pela apelante, em detrimento aos co-proprietários do imóvel, réus da presente ação, não é obstáculo para o prosseguimento da ação, nos moldes propostos na inicial, devendo a sentença ser reformada também quanto a esse tópico.”*

Aduz, ainda, ser indevida a fixação de honorários advocatícios em favor do patrono da requerida Ana Gomes, pois esta compareceu em juízo apenas para levantar a questão da usucapião em seu favor, o que foi afastada pela sentença, não fazendo jus à verba advocatícia.

Ao final, requer provimento ao recurso, para que seja reformada a sentença, determinando o normal prosseguimento do feito na forma pleiteada na inicial.

A irresignação recursal não merece prosperar.

De fato, não há dúvidas de que ao condômino é dado o direito de requerer a extinção do condomínio a qualquer tempo, nos termos do que dispõe o *caput* do art. 1.320 do Código Civil: *“A todo tempo será lícito ao condômino exigir a divisão da coisa comum, respondendo o quinhão de cada um pela sua parte nas despesas da divisão.”*

Em se tratando de imóvel indivisível, como no caso dos autos, aplica-se o disposto no art. 1322 do mesmo *codex*, que prevê:

Quando a coisa for indivisível, e os consortes não quiserem adjudicá-la a um só, indenizando os outros, será vendida e repartido o apurado, preferindo-se, na venda, em condições iguais de oferta, o condômino ao estranho, entre os condôminos aquele que tiver na coisa benfeitorias mais valiosas, e, não as havendo, o de quinhão maior.

No caso em análise, entretanto, em que pese a previsão legal de extinção do condomínio, com a conseqüente alienação judicial do bem, verifica-se que o acolhimento da pretensão autoral esbarra no direito de defesa de terceiros interessados na relação jurídica ora discutida.

De acordo com a matrícula colacionada aos autos (f. 11-3), o imóvel objeto do litígio originariamente pertencia a Sra. Jeromyta Maria de Souza, o qual, após seu falecimento, foi transmitido, por herança, a 11 (onze) herdeiros.

Em outubro de 1985, a Sra. Lucia Martins Coelho Barbosa, ora apelante, juntamente com seu marido Eduardo Olimpio Machado Neto, adquiriram o imóvel em maior fração - 240 m<sup>2</sup>, sobre o qual havia a casa n. 793 – em condomínio com os demais proprietários/herdeiros.

Posteriormente, em razão de sua separação do Sr. Eduardo, passou a apelante a ter a totalidade da propriedade que mantinha em comunhão com ex-marido, conforme assento no registro do imóvel.

Na definição da ilustre civilista Maria Helena Diniz,

[...] o condomínio ocorre quando o mesmo bem pertence a mais de uma pessoa, cabendo a cada uma delas igual direito, idealmente, sobre o todo e cada uma de suas partes. Concede-se a cada consorte uma cota ideal qualitativamente igual da coisa e não uma parcela materialmente desta; por conseguinte, todos os condôminos têm direitos qualitativamente iguais sobre a totalidade da coisa, sofrendo limitação na proporção quantitativa em que concorrem com os outros comunheiros na titularidade sobre o conjunto. Deveras, as cotas-partes são qualitativa e não quantitativas iguais, pois, sob esse prisma, a titularidade dos consortes é suscetível de variação. Só dessa forma é que se poderia justificar a coexistência de vários direitos sobre um mesmo bem. (in **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1 – destaquei).

Assim, ao contrário do que tenta fazer crer a apelante, esta não possui parte material (60% como alega) do imóvel em questão, mas sim uma cota ideal qualitativamente maior que a dos demais condôminos, haja vista a indivisibilidade do bem, em função da política de parcelamento do solo urbano.

Decorre daí que a existência de possível prescrição aquisitiva a correr em favor de pessoa que se encontra na posse do imóvel há longa data – no caso a Sra. Ana Gomes, que sustenta estar na posse pacífica e contínua de parte do imóvel desde 1954 – prejudica sem sombra de dúvida o acolhimento da pretensão autoral, na medida em que conceder a alienação judicial do bem, ao menos por ora, sem que antes seja analisada a possível ocorrência da usucapião alegada, implicaria tolher o direito de defesa da mencionada posseira de boa-fé.

Como bem salientou o douto magistrado sentenciante, “*em função da indivisibilidade do bem, qualquer questão que recaia sobre ele, o faz sobre o todo considerado e interessa a todos os consortes.*”

Deste modo, é evidente que eventual declaração de usucapião em favor da posseira Ana Gomes afetará todos os condôminos, inclusive, a ora recorrente.

Conclui-se, portanto, que, do modo como se apresenta a questão, o acolhimento da pretensão autoral trará mais prejuízo do que solução às partes, sendo a manutenção da sentença que reconheceu a impossibilidade jurídica do pedido e a inadequação da via eleita medida que se impõe.

Por derradeiro, no que se refere aos honorários advocatícios em favor do patrono da requerida Ana Gomes, a sentença igualmente não merece reparos, na medida em que, aplicando-se o princípio da causalidade, que norteia a sucumbência, deve arcar com os ônus sucumbenciais aquele que deu causa ao ajuizamento da ação.

Lecionando acerca do referido princípio, Nelson Nery Junior, em sua obra, ensina-nos que:

**Pelo princípio da causalidade, aquele que deu causa à propositura da demanda ou à instauração de incidente processual deve responder pelas despesas daí decorrentes.** [...] O fato de, por exemplo, o réu reconhecer o pedido de imediato (CPC 269 II), ou deixar de contestar tornando-se revel, não o exime do pagamento dos honorários e custas, porque deu causa à propositura da ação (CPC 26). (in **Código de Processo Civil Comentado**. 9. ed. São Paulo: RT. p. 192).

Dessa forma, considerando que foi a requerente, ora recorrente, quem deu causa ao ajuizamento da presente ação, deve ela ser condenada ao pagamento dos honorários advocatícios a que faz jus o patrono da requerida Ana Gomes, por ter assistido os interesses desta.

Neste sentido, é pacífico o entendimento assente na jurisprudência pátria:

PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO REVISIONAL – SFH – REAJUSTAMENTO DAS PRESTAÇÕES – SUPERVENIENTE LIQUIDAÇÃO DO CONTRATO E ADJUDICAÇÃO DO IMÓVEL – PERDA DO OBJETO DA AÇÃO – EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO – CONDENAÇÃO DA AUTORA AO PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS – IMPOSSIBILIDADE – PRECEDENTES.

À luz do princípio da causalidade, as custas e honorários advocatícios devem ser suportados pela parte que deu causa à extinção do processo sem julgamento do mérito ou a que seria perdedora se o magistrado chegasse a julgar o mérito da causa.

Impossível imputar à parte autora os ônus da sucumbência se quando do ajuizamento da demanda existia o legítimo interesse de agir, era fundada a pretensão, e a extinção do processo sem julgamento do mérito se deu por motivo superveniente que não lhe possa ser atribuído.

Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp n. 188.743/SE, Segunda Turma, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, julgado em 15.8.2002, DJ de 7.10.2002 – destaqueei).

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA C/C TUTELA ANTECIPADA E DANOS MORAIS – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – AFASTADA – DANOS MORAIS – DEMORA DA RETIRADA DE NOME EM ÓRGÃO DE RESTRIÇÃO DE CRÉDITO – AUSÊNCIA DA COMPROVAÇÃO DA OCORRÊNCIA DE DANO – ÔNUS QUE INCUMBIA AO AUTOR – ART. 333, I, DO CPC – VERBA HONORÁRIA DEVIDA – PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE – RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.

[...]

Deve ser condenado ao pagamento de verba honorária aquele que deu causa ao ajuizamento da ação, em face do princípio da **causalidade**. (TJMS, AC n. 2007.003069-5, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, julgado em 12.3.2007 – destaqueei).

APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – COMPENSAÇÃO E DEVOLUÇÃO DE CHEQUE

FRAUDADO – CONTA BANCÁRIA ENCERRADA HÁ MAIS DE SEIS ANOS – OMISSÃO E NEGLIGÊNCIA DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA – ARTIGOS 186 E 927 DO CÓDIGO CIVIL – LANÇAMENTO INDEVIDO DO NOME DO CONSUMIDOR NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – DANOS MORAIS QUE INDEPENDEM DE PROVA – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – REDUÇÃO – FIXAÇÃO EM SALÁRIOS MÍNIMOS – INDEVIDA – ÔNUS SUCUMBENCIAIS – PRINCÍPIO DA **CAUSALIDADE** – RECURSO PRINCIPAL PARCIALMENTE PROVIDO – RECURSO ADESIVO IMPROVIDO – SENTENÇA REFORMADA EM PARTE.

[...]

À luz da aplicação do princípio da causalidade, atribui-se a condenação dos ônus sucumbenciais àquele que deu causa à propositura da ação. (TJMS, AC n. 2007.003734-5, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, julgado em 22.5.2007 – destaquei).

Destarte, nada há no julgado que seja merecedor de reparos, devendo ser mantido intacto por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, conheço o recurso e nego-lhe provimento, mantendo-se intacta a sentença recorrida.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Paschoal Carmello Leandro, Dorival Renato Pavan e Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 17 de maio de 2011.

\*\*\*

**Quarta Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2008.037250-3 - Campo Grande**  
**Relator Des. Paschoal Carmello Leandro**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* – AFASTADA – INCIDÊNCIA DE ISSQN SOBRE LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO VOLUNTÁRIO E NECESSÁRIO IMPROVIDOS.

O contribuinte de direito, isto é, a pessoa obrigada ao pagamento do tributo é quem possui legitimidade ativa *ad causam* para ajuizar ação objetivando repetir indébito tributário.

O contrato de locação de bens móveis não está sujeito à incidência de Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar a preliminar e negar provimento aos recursos, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 29 de março de 2011.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Município de Campo Grande interpõe recurso de apelação contra sentença prolatada pelo juízo da 1ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, que julgou parcialmente procedente a pretensão formulada na ação declaratória promovida por A 3 A Informática Ltda., a fim de “condenar o Réu a restituir, à Autora, as importâncias recolhidas a título de Imposto sobre Serviços de qualquer natureza (ISSQN) incidentes sobre a locação de bens móveis, no período correspondente a 10 anos anteriores ao ajuizamento da ação.”

Alega o apelante, preliminarmente, ilegitimidade ativa *ad causam*. No mérito, requer a reforma da sentença, sustentando, em apertada síntese, que possui o direito de reter o ISSQN sobre a locação de bens móveis, como também sobre os demais serviços prestados pela recorrida.

Em contrarrazões, a apelada pugna pela improvidos do recurso.

A sentença está sujeita ao reexame obrigatório.

## VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator)

Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação interposto por Município de Campo Grande contra sentença prolatada pelo Juízo da 1ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, que julgou parcialmente procedente a pretensão formulada na ação declaratória promovida por A 3 A Informática Ltda., a fim de “condenar o Réu a restituir, à Autora, as importâncias recolhidas a título de Imposto sobre Serviços de qualquer natureza (ISSQN) incidentes sobre a locação de bens móveis, no período correspondente a 10 anos anteriores ao ajuizamento da ação.”

Alega o apelante, preliminarmente, ilegitimidade ativa *ad causam*. No mérito, requer a reforma da sentença, sustentando, em apertada síntese, que possui o direito de reter o ISSQN sobre a locação de bens móveis, como também sobre os demais serviços prestados pela recorrida.

Passo ao exame da preliminar suscitada pelo recorrente.

Afirma o apelante que a recorrida não possui legitimidade ativa para ajuizar a presente demanda, postulando a repetição de indébito tributário, sob o argumento de que o valor pago a título de ISSQN é repassado ao consumidor final no preço do serviço.

A preliminar merece ser rejeitada, pois, ainda que seja o consumidor final do serviço quem suporte a carga econômica do tributo, tal fato é irrelevante para o direito tributário, porquanto não é ele a pessoa que arca com a exação perante o Fisco, não se encontrando, assim, na condição de sujeito passivo da obrigação tributária, como contribuinte ou responsável, conforme disposto no art. 121 do Código Tributário Nacional, mas, sim, o contribuinte de direito, ou seja, a pessoa obrigada ao pagamento do tributo que, nos caso destes autos, é a empresa apelada, consoante previsto no art. 5º da Lei Complementar n. 116, de 31 de julho de 2003, o qual dispõe acerca do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, a seguir transcrito: “Art. 5º Contribuinte é o prestador do serviço.”

Superada a preliminar supra, passo a apreciar a questão de fundo.

Com relação à possibilidade de incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza sobre a locação de bens móveis, malgrado o Decreto-Lei n. 406/1968 e a Lei Complementar Federal n. 56/1987 mencionassem o referido negócio jurídico como hipótese de incidência do ISSQN, vale lembrar que o Pretório Excelso, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 116121/SP, declarou a sua inconstitucionalidade. Além disso, a Lei Complementar Federal n. 116/2003, mencionada alhures, suprimiu a expressão “locação de bens móveis”.

Aliás, nesse sentido, recentemente, decidiu este Egrégio Tribunal de Justiça:

EMENTA—APELAÇÃO CÍVEL—AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA – LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS – MÁQUINAS COPIADORAS E FOTOCOPIADORAS – INCIDÊNCIA DE ISSQN – IMPOSSIBILIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal, indevida é a incidência de ISSQN sobre a atividade de locação de bens móveis, que, aliás, se tornou definitivamente inexigível com o advento da Lei Complementar n. 116/03. (TJMS, AC n. 2008.015971-6, Primeira Turma, Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, julgado em 14.12.2010).

Por derradeiro, no que diz respeito à alegação do apelante de que deve ser reconhecido o seu direito de reter o ISSQN sobre os demais serviços prestados pela recorrida, cuida-se de afirmação totalmente impertinente, visto que o magistrado de primeira instância afastou a incidência do citado tributo apenas quanto à locação de bens móveis, consignando na fundamentação da sentença (f. 495) que os demais serviços prestados pela empresa devem ser tributados na forma da legislação. Veja-se:

Frise-se que a inconstitucionalidade dos dispositivos em epígrafe deve ser declarada somente em relação à locação de bens móveis; os demais serviços prestados pela Autora, que se referem à manutenção e prestação de assistência técnica aos bens locados, dentre outros que constam nos contratos juntados juntamente com a inicial (f. 193-211), devem ser tributados na forma da lei.

Posto isso, conheço dos recursos voluntário e necessário, mas nego-lhes provimento, mantendo a sentença inalterada.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

**POR UNANIMIDADE REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.**

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Paschoal Carmello Leandro, Dorival Renato Pavan e Josué de Oliveira.

Campo Grande, 29 de março de 2011.

\*\*\*

**Quarta Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2009.005031-8 - Campo Grande**  
**Relator Des. Paschoal Carmello Leandro**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C CANCELAMENTO DE PROTESTO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – DUPLICATA MERCANTIL CEDIDA À EMPRESA DE *FACTORING* – DESFAZIMENTO DO NEGÓCIO QUE DEU CAUSA À EMISSÃO DO TÍTULO – ENVIO DA DUPLICATA PARA PROTESTO POR PARTE DA FATURIZADORA MESMO NOTIFICADA DA RESILIÇÃO DO CONTRATO – MÁ-FÉ CONFIGURADA – PROTESTO INDEVIDO – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – REDUZIDO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Age em manifesta má-fé o cessionário de duplicata mercantil que é notificado acerca do desfazimento do negócio que deu causa à emissão do título e mesmo assim o envia a protesto por falta de pagamento.

O protesto indevido constitui ato lesivo à honra, ensejando indenização por danos morais.

Em sede de indenização por danos morais, deve ser observado o critério da razoabilidade, para que o valor arbitrado não seja extremamente elevado a ponto de promover o enriquecimento ilícito, tampouco de valor ínfimo, que não sirva para minimizar a dor resultante do dano causado.

## ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 17 de maio de 2011.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Nova Matre Factoring Fomento Mercantil Assessoria e Negócios Ltda. interpõe recurso de apelação contra sentença prolatada pelo Juízo da 7ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, nos autos de ação declaratória de inexistência de débito c/c cancelamento de protesto com pedido de antecipação de tutela e indenização por danos morais ajuizada por Thiene Engenharia e Comércio Ltda. em desfavor da primeira e de Engewal Válvulas Industriais Ltda., julgou procedentes os pedidos formulados na exordial, a fim de: “I. Declarar a inexigibilidade da duplicata de n. 583, no valor de R\$ 22.982,00, originada pela fatura de n. 583, com vencimento na data de 22.9.2006 em face da requerente (f. 47). II. Condenar as requeridas no pagamento de verba indenizatória a título de danos morais no valor equivalente a 40 salários-mínimos, sendo que para apuração do quantum indenizatório será considerado o valor do salário mínimo vigente no momento da liquidação da sentença. III. Confirmar a liminar de cancelamento do protesto ora discutido.”

Alega a apelante, preliminarmente, nulidade da sentença, sob o argumento de que o julgador singular violou os artigos 131 e 458, ambos do Código de Processo Civil. No mérito, pleiteia a reforma da decisão, aduzindo, em apertada síntese, que: 1) adquiriu duplicata legítima, acompanhada de nota fiscal e canhoto comprobatório de entrega da mercadoria, de modo que a devolução dos produtos não pode lhe prejudicar, pois é terceira de boa-fé; 2) o crédito foi criado validamente, para que pudesse exercer o seu direito de enviá-lo ao Cartório de Protestos e posteriormente exigi-lo da recorrida; 3) a apelada não lhe comunicou acerca de qualquer objeção que evitasse o encaminhamento do título ao Cartório de Protestos; 4) a apelada não sofreu danos morais, pois o protesto do título jamais se formalizou, por ordem de decisão judicial; 5) em caso de manutenção da sentença, a condenação por danos morais deve ser reduzida para dez salários-mínimos.

Em contrarrazões, a apelada pugna pelo improvimento do recurso.

## VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Nova Matre Factoring Fomento Mercantil Assessoria e Negócios Ltda. contra sentença prolatada pelo Juízo da 7ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, nos autos de ação declaratória de inexistência de débito c/c cancelamento de protesto com pedido de antecipação de tutela e indenização por danos morais ajuizada por Thiene Engenharia e Comércio Ltda. em desfavor da primeira e de Engewal Válvulas Industriais Ltda., julgou procedentes os pedidos formulados na exordial, a fim de: *“I. Declarar a inexigibilidade da duplicata de n. 583, no valor de R\$ 22.982,00, originada pela fatura de n. 0583, com vencimento na data de 22.9.2006 em face da requerente (f. 47). II. Condenar as requeridas no pagamento de verba indenizatória a título de danos morais no valor equivalente a 40 salários-mínimos, sendo que para apuração do quantum indenizatório será considerado o valor do salário mínimo vigente no momento da liquidação da sentença. III. Confirmar a liminar de cancelamento do protesto ora discutido.”*

Alega a apelante, preliminarmente, nulidade da sentença, sob o argumento de que o julgador singular violou os artigos 131 e 458, ambos do Código de Processo Civil. No mérito, pleiteia a reforma da decisão, aduzindo, em apertada síntese, que: 1) adquiriu duplicata legítima, acompanhada de nota fiscal e canhoto comprobatório de entrega da mercadoria, de modo que a devolução dos produtos não pode lhe prejudicar, pois é terceira de boa-fé; 2) o crédito foi criado validamente, para que pudesse exercer o seu direito de enviá-lo ao Cartório de Protestos e posteriormente exigi-lo da recorrida; 3) a apelada não lhe comunicou acerca de qualquer objeção que evitasse o encaminhamento do título ao Cartório de Protestos; 4) a apelada não sofreu danos morais, pois o protesto do título jamais se formalizou, por ordem de decisão judicial; 5) em caso de manutenção da sentença, a condenação por danos morais deve ser reduzida para dez salários-mínimos.

Passo ao exame da preliminar de nulidade da sentença.

Assevera a apelante que a sentença padece de nulidade, sob a alegação de que o magistrado singular não teria analisado os fatos narrados na sua peça de defesa, bem como a prova documental colacionada nos autos, afrontando os artigos 131 e 458, ambos da lei adjetiva.

A preliminar merece ser afastada, pois, de uma simples leitura do decisório recorrido (f. 116-23), constata-se que o julgador *a quo* dirimiu todas as questões postas pelos litigantes, indicando de forma clara os motivos que formaram o seu convencimento, fazendo menção a diversos documentos anexados no presente processo, *verbi gratia*, os de f. 16-7, 50, 82 e 86-7, observando, dessa forma, os artigos acima

mencionados que tratam, respectivamente, do princípio do livre convencimento motivado e dos requisitos essenciais da sentença.

Superada a prejudicial supra, passo a apreciar o mérito.

Verifica-se dos autos, em resumo, que a autora Thiene Engenharia e Comércio Ltda., agora apelada, adquiriu produtos da ré Engewal Válvulas Industriais Ltda., que totalizavam a importância de R\$ 22.982,00, os quais foram devolvidos a esta em razão de apresentarem vícios de qualidade.

Verifica-se, ainda, que a empresa Engewal Válvulas Industriais Ltda. emitiu uma duplicata mercantil baseada no crédito decorrente da venda das mercadorias supra referidas, negociando tal título com a empresa Nova Matre Factoring Fomento Mercantil Assessoria e Negócios Ltda., ora recorrente.

Em vista da devolução dos produtos, a demandada Engewal Válvulas Industriais Ltda. enviou a notificação de f. 16 à apelante Nova Matre Factoring Fomento Mercantil Assessoria e Negócios Ltda., comunicando-a acerca da devolução das mercadorias por defeito de fabricação e solicitando a ela que o valor referente à duplicata mercantil que lhe fora cedida fosse cobrado exclusivamente dela (da ré Engewal), de modo que reconheceu o aludido crédito em favor da empresa faturizadora no instrumento particular de confissão de dívida de f. 17.

Sucedo que, mesmo informada acerca do desfazimento do negócio realizado entre a demandante Thiene Engenharia e Comércio Ltda. e a requerida Engewal Válvulas Industriais Ltda., a apelante Nova Matre Factoring Fomento Mercantil Assessoria e Negócios Ltda. enviou a duplicata ao Cartório do 2º Ofício de Protesto de Títulos da Comarca de Campo Grande, que protestou o título por falta de pagamento.

Diante disso, é forçoso concluir que a alegação de terceiro de boa-fé da recorrente é totalmente temerária, pois, consoante acima relatado, ela foi notificada previamente a respeito da rescisão do negócio celebrado entre a Thiene Engenharia e Comércio Ltda. e a Engewal Válvulas Industriais Ltda., com a consequente devolução dos produtos defeituosos e mesmo assim enviou ao Cartório de Protesto a duplicata sacada exclusivamente em razão da venda de tais mercadorias, agindo em manifesta má-fé.

Por outro lado, com relação à afirmação da recorrente de que a apelada não teria sofrido danos morais, sob o argumento de que o protesto do título jamais se formalizou, por ordem de decisão judicial, de uma simples leitura da certidão de f. 18, constata-se que ela não se mostra verdadeira, porquanto em tal documento de emissão do Cartório do 2º Ofício de Protesto de Títulos da Comarca de Campo Grande, consta que a duplicata mercantil em questão foi protestada na data de 16.10.2006 por ausência de pagamento.

Em relação ao *quantum* indenizatório a título de dano moral, vê-se que o juiz de primeira instância o fixou em quarenta salários-mínimos, no valor vigente na data da liquidação sentença, o que corresponde, na data de hoje (2.5.2011), a R\$ 21.800,00, já que o valor nominal do salário-mínimo é de R\$ 545,00.

Cumprido frisar que não há no ordenamento jurídico parâmetros legais rígidos para o valor a ser fixado nas indenizações por dano moral, sendo uma questão subjetiva que deve apenas obedecer a alguns critérios estabelecidos pela doutrina e pela jurisprudência, devendo constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante.

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. (in **Reparação civil por danos morais**. 3. ed. São Paulo: RT, 1993. p. 233).

Sobre a matéria, esta Corte já decidiu que:

**DANO MORAL – CRITÉRIO PARA FIXAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO – PRUDENTE ARBITRÍO 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. (TJMS, AC n. 2003.008512-2, Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, DJ de 30.9.2003).

Rui Stocco, em sua obra, traz algumas recomendações a serem seguidas pelo órgão judicante no arbitramento, para atingir a homogeneidade pecuniária na avaliação do dano moral. Veja-se:

a) o Magistrado nunca deverá arbitrar a indenização tomando como base apenas as possibilidades do devedor;

b) também não deverá o julgador fixar a indenização com base somente nas necessidades da vítima;

c) não se deve impor uma indenização que ultrapasse a capacidade econômica do agente, levando-o à insolvência;

d) a indenização não pode ser causa de ruína para quem paga, nem fonte de enriquecimento para quem recebe;

e) deverá o julgador fixá-la buscando o equilíbrio através de critério equitativo e de prudência, segundo as posses do autor do dano e as necessidades da vítima e de acordo com a situação sócio-econômica de ambos;

f) na indenização por dano moral o preço de afeição não pode superar o preço de mercado da própria coisa;

g) 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. (in **Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: RT, 2001. p. 1030).

Ante a tudo o que foi demonstrado, observando os precedentes judiciais e examinando as peculiaridades do caso em tela, com a atenção voltada à capacidade econômica das partes e ao caráter pedagógico da medida, tenho que a indenização a título de danos morais deve ser minorada para o montante

de R\$ 10.000,00, quantia esta que é suficiente para compensar o dano causado à imagem da recorrida Thiene Engenharia e Comércio Ltda.

Por todo o exposto, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento para, reformando em parte a sentença, reduzir o valor da indenização por danos morais para o importe de R\$ 10.000,00, mantendo-se o decisório recorrido nos seus demais termos.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

**POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.**

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Paschoal Carmello Leandro, Dorival Renato Pavan e Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 17 de maio de 2011.

\*\*\*

**Segunda Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2010.039002-7 - Campo Grande**  
**Relator Des. Paulo Alfeu Puccinelli**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DANOS MATERIAIS E MORAIS – MOVIMENTAÇÃO EMPREENDIDA EM CONTA-CORRENTE PELA VIA ELETRÔNICA (*INTERNET*) – ATOS ALHEIOS À CORRENTISTA – FALHA DO SERVIÇO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO BANCO – DANO MORAL PURO, QUE INDEPENDE DE PROVA PARA A SUA INDENIZAÇÃO – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Incumbe ao banco dotar seus sistemas eletrônicos de segurança e eficiência, de molde a impedir que seja o consumidor lesado, pelo simples fato de utilizar os meios que lhe são postos à disposição. Se o sistema eletrônico, em razão de alguma falha, permite que um terceiro tenha acesso à conta do cliente, causando-lhe prejuízo, resta ao banco a responsabilidade objetiva de reparar os danos daí decorrentes.

A quantificação dos danos morais deve considerar os critérios da razoabilidade, ponderando-se as condições econômicas do ofendido e do ofensor, o grau da ofensa e suas consequências, tudo na tentativa de evitar a impunidade dos ofensores bem como o enriquecimento sem causa do ofendido.

## 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 do Banco Itaú e prover parcialmente o apelo de Vera Lúcia Pick, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 12 de abril de 2011.

Des. Paulo Alfeu Puccinelli – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli

Vera Lúcia Pick e Banco Itaú S/A, inconformado com a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 15ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande nos autos da Ação Declaratória de Inexistência de ato Jurídico e Nulidade de Débito c/c Indenização por Perdas e Danos e Pedido de Antecipação de Tutela, que Vera Lúcia Pick promove em face de Banco Itaú S/A que julgou procedente os pedidos feitos na inicial para declarar nulo o contrato de empréstimo vinculado à Conta-corrente n. 07581-1, Agência n. 3260 do Banco Itaú-S/A, no valor de R\$ 4.000,00, bem como para ser restaurado o *status quo*, devolvendo-se integralmente o limite da conta-corrente da autora (também no valor de R\$ 4.000,00), ainda condenou a requerida ao

pagamento da indenização por danos morais no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), por considerar que este valor é razoável para indenizar o dano experimentado pela autora, e que, se for fixada em valor menor, a indenização não exercerá seu caráter punitivo.

Em suas razões recursais, o banco apelante alega que o sistema do banco é altamente seguro e só pode ser submetido à falha se o próprio usuário colocá-lo em risco.

Argumenta que a responsabilidade do banco em manter a inviolabilidade de seus sistemas esgota-se no momento em que o próprio usuário se descuida e quebra toda garantia fornecida pela instituição financeira.

Sustenta que não se verifica nos autos fatos que demonstram que a autora foi exposta a qualquer situação vexatória, constrangedora, ou que abalasse sua honra ou dignidade, capaz de ensejar a indenização concedida.

Aduz que, se mantido o valor do dano moral, deve ser minorado, em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Por sua vez, a autora em Recurso Adesivo afirma que o banco requerido deve ser condenado à reparação dos danos materiais por ela experimentados, consistentes no ressarcimento dos valores indevidamente transferidos de sua conta, inclusive taxas, juros, impostos e demais encargos cobrados sobre este valor, bem como as parcelas debitadas do crediário automático ilicitamente contratado.

Esclarece que o *quantum* indenizatório deverá ser majorado devendo levar em conta, além do valor movimentado à revelia da apelante, a capacidade financeira do banco apelado, como forma de servir, ainda que minimamente, de desestímulo à reiteração do ato ilícito, ou de estímulo à tomada de providências para evitar sua repetição.

## VOTO

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli (Relator)

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Banco Itaú S/A e Vera Lúcia Pick, objetivando a reforma da sentença que julgou procedentes os pedidos feitos na ação indenizatória.

Cumpra-se ressaltar que o que está sendo analisado no caso em tela é a reparação de danos morais e materiais que a requerente Vera Lúcia Pick alega ter sofrido pela instituição Banco Itaú S/A, em razão da movimentação em sua conta-corrente e empréstimo feito através da *internet* sem o seu conhecimento por terceiros.

Extrai-se dos autos que a requerente é cliente do banco requerido desde 1982, através da Conta-corrente n. 07581-1, agência 3260, sendo que em novembro de 2006, foi surpreendida com movimentações em sua conta-corrente alheias a sua vontade, como a movimentação no valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) à conta de pessoas estranhas e um empréstimo vinculado no valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais).

Inicialmente, verifica-se que a prestação de serviço bancário configura relação de consumo, sendo amparada pelas regras do Código de Defesa do Consumidor, sendo que o § 2º do artigo 3º do referido *Codex* caracteriza serviço como:

Art. 3º - Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção,

montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

A aplicação do CDC em relação às instituições financeiras está sedimentada pela Súmula n. 297 do STJ.

A responsabilidade do fornecedor nas relações de prestação de serviços – qual seja, na relação banco-correntista – também é regulada pelo Código de Defesa do Consumidor, precisamente no *caput* de seu art. 14, que dispõe:

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.

Desse modo, mostra-se desnecessária a análise da culpa do banco-apelante, pois se trata de responsabilidade objetiva, pela má prestação de serviços.

Nesse sentido, segundo entendimento de Rui Stoco<sup>1</sup>:

Será objetiva com relação aos serviços típicos que o banco presta na relação contratual onerosa com seus clientes, por força do disposto no art. 14 do CDC, posto que tal se infere do art. 3º, § 2º, desse Estatuto. Ou seja, as atividades bancárias sob a regência do Código de Defesa do Consumidor empenham responsabilidade objetiva.

Mesmo quando a atividade bancária não estiver ao abrigo desse estatuto do consumidor, a instituição financeira poderá, em algumas hipóteses, responder independentemente de culpa por força da teoria do risco profissional ou da teoria da guarda da coisa, quando assume obrigação de guarda ou de incolumidade, tendo em vista que a responsabilidade deve recair sobre quem auferir os lucros.

No entanto, para que não parem dúvidas, é de bom alvitre apurar-se a inexistência de causas excludentes da responsabilidade do prestador de serviço, quais sejam, o defeito inexistente e a culpa exclusiva do usuário ou terceiro, além do caso fortuito e força maior, para que se chegue ou não à responsabilidade civil.

Assim, como bem anotado por Rui Stoco<sup>2</sup>, “*os bancos respondem pelo risco profissional assumido, só elidindo tal responsabilidade a prova, pela instituição financeira, de culpa grave do cliente ou de caso fortuito ou força maior. (RT 589/143)*”.

No caso, em que pese à requerida confirmar as transferências efetuadas na **conta-corrente** da apelada, não fez prova de que estas, ainda que eletrônicas, tenham se originado de ato realizado pela própria correntista.

Desse modo, se o banco não dispõe de sistema de segurança quanto à movimentação ou identificação de usuários da *internet*, deve arcar com os riscos daí decorrentes, por conseguinte reparar os danos causados à apelada.

1 STOCO, Rui. Tratado de **Responsabilidade** Civil. Doutrina e Jurisprudência. 7. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 656.

2 Ob. cit. p. 663.

Outrossim, tratando-se de pedido formulado a título de indenização, a responsabilidade civil deve ser examinada com base nos artigos 186 e 927 da Lei Civil, que afirma que o dever de indenizar resulta da culpa do agente que, por negligência, imprudência ou imperícia, tenha, com sua ação ou omissão, causado prejuízo a outrem.

É exatamente o que restou comprovado no caso dos autos, pois, se houve falha no sistema de segurança *via internet*, não há negar que o banco-apelante tenha total responsabilidade pelos danos sofridos pela apelada.

Este, aliás, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme se depreende dos seguintes julgados:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DÉBITOS EFETUADOS EM CONTA CORRENTE DO AUTOR, MOVIMENTAÇÃO MEDIANTE SERVIÇO DISPONIBILIZADO PELO BANCO VIA INTERNET. FRAUDE. DEVER DO BANCO INDENIZAR. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (STJ, AgRg no Ag n. 940.608/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 4.3.2010, DJ de 22.3.2010).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA CEF-PRESTADORA DE SERVIÇOS. VALORES RETIRADOS INDEVIDAMENTE DA CONTA-CORRENTE DO AUTOR. CONDUTA ILÍCITA DA RECORRENTE. COMPROVAÇÃO.

1. No pleito em questão, as instâncias ordinárias concluíram pela conduta ilícita do banco-recorrido, ao permitir, por falha interna de seus serviços, que fosse retirado da **conta-corrente** do autor, sem seu conhecimento, valores totalizando R\$ 2.540,00 (dois mil e quinhentos e quarenta reais), ocasionando a indevida devolução de cheques sem provisão e despesas de tarifas bancárias. Como ressaltou o eg. Tribunal *a quo* “a demora da requerida para resolver o problema e a parcialidade do ressarcimentos dos valores são indicadores do **dano** e do nexo de causalidade, necessários para a responsabilização civil da apelante” (f. 110).

2. Os valores indenizatórios - fixados em R\$ 10,00 (dez reais) pela lesão patrimonial (diferença entre o montante retirada indevidamente da **conta-corrente** do autor e a quantia ressarcida posteriormente pela recorrente), e em 20 (vinte) salários mínimos à título de danos morais - foram arbitrados corretamente, não sendo objeto de contestação nas razões recursais.

3. Recurso não conhecido. (STJ, REsp n. 651086/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezini, DJ de 20.3.2006, p. 284).

No mesmo diapasão, eis a remansosa jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE LUCROS CESSANTES, DANOS MATERIAIS E MORAIS – MOVIMENTAÇÃO EMPREENDIDA EM CONTA-CORRENTE PELA VIA ELETRÔNICA (*INTERNET*) – ATOS ALHEIOS À CORRENTISTA – FALHA DO SERVIÇO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO BANCO – **DANO MORAL PURO**, QUE INDEPENDE DE PROVA PARA A SUA INDENIZAÇÃO – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Incumbe ao banco dotar seus sistemas eletrônicos de segurança e eficiência, de molde a impedir que seja o consumidor lesado, pelo simples fato de utilizar os meios que

lhes são postos à disposição. Se o sistema eletrônico, em razão de alguma falha, permite que um terceiro tenha acesso à **conta** do cliente, causando-lhe prejuízo, resta ao banco a responsabilidade objetiva de reparar os danos daí decorrentes.

A quantificação dos danos morais deve considerar os critérios da razoabilidade, ponderando-se as condições econômicas do ofendido e do ofensor, o grau da ofensa e suas consequências, tudo na tentativa de evitar a impunidade dos ofensores bem como o enriquecimento sem causa do ofendido.

Recurso conhecido e não provido. (TJMS, AC n. 2008.001226-7, Dourados, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins, julgado em 28.4.2009).

EMENTA-RESPONSABILIDADE CIVIL. MOVIMENTAÇÃO EMPREENDIDA EM **CONTA CORRENTE** PELA VIA ELETRÔNICA (*INTERNET*) DE FORMA FRAUDULENTA. MÚTUO DISPONIBILIZADO. TRANSFERÊNCIA PROMOVIDA. ATOS ALHEIOS À CORRENTISTA. IMPUTAÇÃO DE DÉBITOS ORIGINÁRIOS DO MÚTUO DISPONIBILIZADO. ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO. ANGÚSTIA E DESASSOSSEGO. **DANO MORAL**. CARACTERIZAÇÃO. [...]

2. Carente de comprovação a participação da correntista no ilícito, a culpabilidade pelo ocorrido deve ser imputada exclusivamente ao banco, tanto mais porque, na condição de fornecedor de serviços, sua responsabilidade é de natureza objetiva, independentemente da perquirição da culpa para sua inculpação, satisfazendo-se tão-somente com a verificação da ocorrência da falha nos serviços que fornece, os danos experimentados pela consumidora e o nexo de causalidade enlizando-os.

3. Constatado o defeito imputado aos serviços fornecidos pelo banco (CDC, art. 14, § 1º), pois a falha havida no seu sistema de segurança eletrônico determinara os lançamentos havidos na **conta corrente** da titularidade da sua correntista, incorre em culpa, tornando-se responsável pelo mútuo que disponibilizara e pelas consequências dele oriundas, inexistindo qualquer fato passível de absolvê-lo da sua responsabilidade. [...]. (TJDF, AC n. 2003.01.1.107098-7, Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Rel. Teófilo Rodrigues Caetano Neto).

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - SAQUE EM **CONTA-CORRENTE** EFETUADO POR TERCEIRO - FALHA DO SERVIÇO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO BANCO - **DANO MORAL** - AUSÊNCIA DE POTENCIAL OFENSIVO DA CONDUTA - INEXISTÊNCIA DE DANOS À HONRA E IMAGEM. Incumbe ao banco dotar seus sistemas eletrônicos de segurança e eficiência, de molde a impedir que seja o consumidor lesado, pelo simples fato de utilizar os meios que lhes são postos à disposição. Se o sistema eletrônico, em razão de alguma falha, permite que um terceiro tenha acesso à **conta** do cliente, causando-lhe prejuízo, resta ao banco a responsabilidade objetiva de reparar os danos daí decorrentes. Não há **dano moral** indenizável quando do ato cometido não se puder presumir ofensa a direito de crédito da pessoa ou à sua honra. (TJMG, AC n. 1.0134.05.049371-4/001, Rel. Des. Elias Camilo, DJ de 21.5.2007).

Nesse vértice, insta salientar não se pode considerar como razoavelmente esperado que o banco apelante, renomada e segura instituição bancária, incorra em tal espécie de falha na prestação de seu serviço, o que sem dúvida acarreta transtornos aos seus clientes, gerando-lhes angústia, aflição, desespero, impotência, raiva, aborrecimento, dissabor, desconforto e frustração ante a surpresa de ver debitada em sua **conta-corrente** quantia indevida.

Quanto à alegação de que não houve a caracterização de danos morais, entendo não haver razão ao banco apelante.

Como bem colocado pelo magistrado *a quo*, à f. 136, “*o dano moral, diferentemente do material, prescinde de comprovação em juízo, pois sua ocorrência é presumida diretamente do ato que apresente potencial de dano [...]*.”

Ademais, apenas os débitos indevidos de valores da **conta-corrente** da autora e o empréstimo feito em seu nome são suficientes para lhe ocasionar transtornos, soma-se a isso a necessidade de ajuizamento de ação para o ressarcimento dos valores indevidamente, justificada está a condenação do banco-apelante ao pagamento de indenização por danos morais.

No que concerne ao pedido de redução por parte do banco apelado e majoração por parte da autora apelante do valor arbitrado a título de danos morais, entendo não merecer reforma a decisão atacada.

Com relação aos danos morais que restaram fixados na sentença, entendo que deve ser mantida a sentença, pois sua fixação não só serve para que o banco requerido não volte a cometer o erro perpetrado, como também serve para compensar o abalo sofrido pela autora.

Para se definir o valor do **dano moral**, é preciso levar em **conta** as circunstâncias do caso, as condições pessoais e econômicas do ofensor e o que seria razoável para compensar o ofendido da dor experimentada, deve, portanto, guardar a fixação sintonia com o princípio da razoabilidade.

Contudo, a reparação do **dano moral** não tutela tão somente o interesse particular, mas também todo o meio social, porquanto, a partir do momento em que se pune uma pessoa por violação previamente estabelecida em lei, tal sanção passa a tutelar repressivamente o caso concreto e preventivamente em relação aos demais membros da sociedade.

Ademais, é cediço que a fixação do **dano moral** tem caráter subjetivo, não havendo critérios pré-estabelecidos para o seu arbitramento, cabendo ao juiz, por seu prudente arbítrio, e tendo sempre em mente os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, estimar, no caso concreto, um valor justo a título de indenização.

Com efeito, a dificuldade na mensuração do valor da indenização (que, por óbvio, não pode ser tarifada) exige que o magistrado busque em seu senso prático, atentando às peculiaridades de cada caso concreto, estabelecer critérios para embasar sua decisão, devendo sopesar especialmente as condições econômicas e sociais do ofendido e do ofensor, as circunstâncias do fato, a extensão do **dano** e seus efeitos, sem esquecer que a indenização deve ser suficiente para reparar o dano, não podendo importar em enriquecimento indevido.

Em suma, para o causador do dano, o valor da indenização tem de ser relevante, atentando-se à sua capacidade econômica. E para a vítima, não pode esse valor ser desproporcional ao seu sofrimento (nem para menos, nem para mais).

No caso dos autos, verifica-se que o valor arbitrado de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de indenização, atende satisfatoriamente ao critério da proporcionalidade que deve nortear o arbitramento do **dano moral**, além de ser perfeitamente possível de ser reparado pela empresa recorrente, compensando, inclusive, condignamente os tormentos sofridos pela recorrida, em razão dos dissabores causados pelo evento ocorrido, não constituindo a reparação do dano em enriquecimento ilícito para o ofendido.

No tocante ao pagamento dos danos materiais, tenho que assiste razão à recorrente Vera Lúcia Pick, uma vez que a sentença declarou nulo o contrato de empréstimo efetivado por terceiros em conta-corrente da apelada e restabeleceu o limite de sua conta, mas não restituiu o valor ilicitamente transferido, sendo assim, além de restabelecido o *status quo*, devolvendo-se o limite da conta-corrente da autora deverá o banco réu ressarcir a autora pelas transferências indevidas, inclusive taxas, juros, impostos e demais encargos cobrados sobre o valor ilicitamente transferido.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação cível interposto pelo Banco Itaú S.A., mas negolhe provimento; quanto ao recurso da autora Vera Lúcia Pick, dou parcial provimento, para que sejam restituído os valores transferidos indevidamente de sua conta-corrente bem como as taxas, juros, impostos e demais encargos cobrados, corrigidos pelo IGPM-FGV desde o evento danoso e juros de mora de 1% ao mês desde a citação.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

**POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DO BANCO ITAÚ, E PROVERAM PARCIALMENTE O APELO DE VERA LÚCIA PICK, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.**

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Paulo Alfeu Puccinelli, João Batista da Costa Marques e Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 12 de abril de 2011.

\*\*\*

**Segunda Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2011.002208-6 - Três Lagoas**  
**Relator Des. Paulo Alfeu Puccinelli**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – ROMPIMENTO DE REDE DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA – INCÊNDIO NA PLANTAÇÃO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO – EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE AFASTADAS – DEVER DE INDENIZAR – SEGURADORA DENUNCIADA – RESPONSABILIDADE DIRETA E SOLIDÁRIA LIMITADA AO VALOR DA APÓLICE – DANO MORAL – *QUANTUM* MANTIDO – LUCROS CESSANTES NÃO COMPROVADOS – HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA MANTIDOS – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS IMPROVIDOS.

A ocorrência de dano patrimonial/moral está caracterizada pelas consequências que o incêndio, causado pela negligência por parte da concessionária requerida em não efetuar a recuperação do fio da rede elétrica danificado, trouxe à autora, tais como a queima e perda total de 85,55 hectares, os gastos necessários à reestruturação do local, bem como com o aluguel de área para a pastagem do gado que a autora possuía, portanto está configurada a culpa dos apelantes.

Os lucros cessantes possuem relação com o ganho que a autora deixou de auferir em razão do incidente, contudo, faltando a prova que justificaria o seu pagamento, impossível a sua condenação.

As provas do dano moral tornam-se desnecessárias, pois a lesão em si já demonstra a sua existência, afinal, exigir que o lesado prove seu dano moral equivale a demonstrar algo que é imaterial, que habita a alma da pessoa.

Atendida a dupla finalidade da condenação por danos morais: desencorajar possíveis reincidências do ofensor e ao mesmo tempo compensar o ofendido pelo dano causado, afasta-se a sua redução.

Muito embora a responsabilidade da seguradora-litisdenuciada no feito principal seja solidária e direta em face da demandada, esta é limitada à apólice.

## 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 aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 5 de abril de 2011.

Des. Paulo Alfeu Puccinelli – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli

Elektro S/A, AGF Seguros e Maria de Lourdes de Sá Souza, inconformados com a r.sentença (f. 443-59 e f. 466-9) proferida pelo Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas nos autos da Ação de Indenização por Danos Materiais e Danos Morais promovida por Maria de Lourdes em face da Elektro S/A, tendo como denunciada a AGF Seguros, que julgou procedente o pedido contido nesta ação de indenização de danos morais, a fim de condenar a requerida Elektro e a denunciada AGF, solidariamente, ao pagamento do valor de R\$ 102.942,87 a título de danos materiais e R\$ 30.000,00 a título de danos morais, alcançando o valor total de R\$ 132.942,87 (cento e trinta e dois mil, novecentos e quarenta e dois reais e oitenta e sete centavos) em favor da autora, corrigidos pelo IGPM-FGV (para os danos materiais, desde o ilícito e, para os danos morais, desde a data do arbitramento, até a data do efetivo pagamento), e acrescidos de juros de mora de 1% (para os danos materiais, a partir do evento danoso, Súmula n. 54 do Superior Tribunal de Justiça, e, para os danos morais, desde o arbitramento), e ao final condenou o requerido e a denunciada ao pagamento das despesas do processo e em honorários advocatícios, os quais fixo em 15% sobre o valor da condenação, com base no artigo 20, § 3º, do CPC, interpõem os presentes recursos de Apelação Cível, primeiramente, a requerida Elektro S/A, visando à integral reforma da r. sentença, sob o argumento de que em momento algum se comprovou a conduta ilícita da requerida, ou qualquer ocorrência que a ligue ao suposto evento danoso, ou seja, não há estabelecer um nexo causal entre o dano sofrido pela autora e qualquer conduta da requerida, razão pela qual não que falar em dever de indenizar.

Alega que, na verdade, as informações prestadas pelo perito judicial, confirmam que houve culpa exclusiva da autora nos fatos narrados na inicial, visto que sua plantação não observou a faixa de segurança da rede elétrica, que deveria ser de 5 metros de cada lado do eixo da linha de transmissão, de modo que deve ser afastada a responsabilidade da requerida pelo evento danoso.

Assevera ainda que, como consta das f. 332 e 340 dos autos, a causa determinante do evento danoso (incêndio) pode estar associada a outros fatores como um coto de cigarro, concentração de energia solar através de um caco de vidro, ou ações da natureza, como raio, chuvas, ventos etc., ou seja, caso fortuito ou força maior.

No tocante ao dano moral, sustenta que, por não restar comprovada a existência de qualquer dano praticado pela requerida/apelante, não há falar em indenização por dano moral. Ou que, caso seja mantida a procedência da indenização, o *quantum* arbitrado a título de danos morais deve ser reduzido, considerando não só o fato de o autor ter concorrido para o alegado evento danoso, mas por ter sido fixado em valor excessivo em face da gravidade do dano, o que importa em enriquecimento ilícito.

Por fim, pleiteia a redução dos honorários advocatícios de sucumbência, e que cada parte arque com a verba honorária de seu patrono.

A seguradora denunciada manejou recurso de apelação pugnando pela redução do *quantum* fixado a título de indenização por danos morais para o valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), em atenção aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como pela inexistência de solidariedade da seguradora denunciada com a requerida, uma vez que, por força da lei e do contrato, a ora recorrente só cabe responder pelos danos dentro dos limites da apólice, a título de reembolso ao seu segurado.

Por conseguinte, a autora interpôs recurso visando à reforma parcial da r. sentença somente no tocante aos danos morais, visando à sua majoração, e aos lucros cessantes requerendo a condenação da requerida ao seu pagamento, em valor a ser apurado em liquidação de sentença.

Foram ofertadas contrarrazões aos recursos.

## VOTO

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli (Relator)

Trata-se de apelos interpostos tanto pela empresa requerida e pela seguradora denunciada, quanto pela parte autora, visando à reforma da r. sentença.

De início, insta esclarecer que, considerando que as matérias suscitadas em sede de apelações se confundem, passo à análise conjunta dos recursos interpostos pelas partes litigantes.

Cuida-se de ação de indenização promovida por Maria de Lourdes de Sá Souza contra a Elektro – Eletricidade e Serviços S/A – que denunciou à lide a seguradora AGF Seguros, tendo por causa de pedir a queimada de sua antiga propriedade, em razão de um fio da rede elétrica (mantida pela requerida) ter caído e gerado um incêndio, acarretando-lhe diversos danos.

Em virtude das alegações apresentadas pelos apelantes, não há passar sem registro os elementos necessários para a exclusão da responsabilidade, quais sejam: a culpa exclusiva da vítima e a ocorrência de caso fortuito e força maior, hipóteses estas em que se vislumbra a quebra do nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente.

A primeira questão posta em discussão cinge-se em saber se houve culpa exclusiva da vítima no evento danoso (incêndio) ocorrido na fazenda na autora, pela queda parcial de fio de rede elétrica (fato incontroverso – f. 82).

A alegação de culpa exclusiva da vítima, baseia-se no suposto não cumprimento pela requerente das normas técnicas de projetos de redes aéreas de distribuição rural, as quais dispõem que a faixa de segurança da rede elétrica deve ser de 5 (cinco) metros de cada lado do eixo da linha de transmissão, assumindo o risco de sofrer algum acidente.

Compulsando os autos, não se verifica a existência de qualquer documento que comprove que a requerente foi cientificada de tal norma e, ainda, quem seria o responsável por essa limpeza, se a requerente ou a própria empresa concessionária, tampouco que no momento da ocorrência dos fatos, ou seja, se na data do incêndio realmente havia pasto alto e em desobediência com as normas técnicas da faixa livre de vegetação.

Ademais, como ressaltou o magistrado *a quo* às f. 450-1:

O pleito da autora neste feito diz respeito a uma queimada em sua propriedade e que, de acordo com suas alegações, ocorreu em razão de queda do fio da rede elétrica da requerida. Em razão da queimada, a autora sofreu diversos prejuízos dos quais pretende ser ressarcida nestes autos, relativamente aos danos materiais e morais.

É indubitoso que a requerente comunicou à requerida da queda parcial do fio da rede elétrica, fato incontroverso nos autos e, mesmo após visita à propriedade, os prepostos concluíram que não havia risco algum. Contudo, após alguns meses, o incêndio ocorreu e gerou diversos prejuízos.

Se acaso houvesse cultura sobre a faixa de segurança, inexistência de aceiros ou qualquer outro motivo que pudesse apresentar risco de incêndio caberia a requerida relatar e documentar o fato, notificando a requerente dos riscos de suas atitudes no momento da primeira visita dos prepostos da requerida à propriedade da autora. Considerando que nada foi feito e que a requerida alega por diversas vezes no feito, que naquele momento nenhum

risco foi constatado, não pode a mesma imputar a ocorrência do fato à negligência da requerente em não atender as normas exigidas.

Pelos motivos supra, também não há falar em caso fortuito ou de força maior, visto que a culpa da requerida ficou devidamente comprovada por comparecer ao local meses antes do incêndio e não reparar a queda parcial do fio da rede elétrica, que, após alguns meses, deu causa ao incêndio relatado, sendo certo ainda que competia à concessionária requerida demonstrar a ausência de culpa de sua parte pela queimada ocorrida, ônus do qual não se desincumbiu.

Diante do que foi apresentado até agora, está clara a responsabilidade da requerida, pois, em decorrência da sua omissão/negligência, ocorreu um incêndio, que poderia ter tido consequências ainda piores.

Rui Stoco explica muito bem a situação de demonstração da culpa do agente pelo prejuízo experimentado pela vítima: *“pode empenhar ação ou omissão e revela-se através da imprudência: comportamento açodado, precipitado, apressado, exagerado ou excessivo; negligência: quando o agente se omite deixa de agir quando deveria fazê-lo e deixa de observar regras subministradas pelo bom senso, que recomendam cuidado, atenção e zelo. (in Tratado de Responsabilidade Civil. São Paulo: RT, 2004, p. 132).*

Portanto, nasce aí o direito à indenização pelos danos sofridos, pois, segundo o Código Civil, esse direito passa a existir se estiverem presentes três requisitos. Vejamos: *“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.”*

Verifica-se que, para que se configure o ato ilícito, será imprescindível que haja: (a) fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência, imperícia ou imprudência; (b) ocorrência de um dano patrimonial ou moral; e (c) nexos de causalidade entre o dano e o comportamento do agente.

No caso em tela, o fato lesivo por omissão está presente na negligência por parte da concessionária requerida em não efetuar a recuperação do fio da rede elétrica danificado. Neste caso, quem assumiu o risco de causar acidente foi a requerida.

Já a ocorrência de dano patrimonial/moral está caracterizada pelas consequências que o incêndio trouxe, tais como: a queima e perda total de 85,55 hectares, os gastos necessários à reestruturação do local, bem como com o aluguel de área para a pastagem do gado que a autora possuía, e o nexos de causalidade entre o dano e o comportamento da requerida está presente no fato de que, se esta tivesse realizado a recuperação do fio da rede elétrica que caiu dentro da propriedade da autora, o incêndio teria sido evitado.

Portanto, está configurada a culpa da requerida, pois estão presentes todos os requisitos necessários a demonstrá-la, é, portanto, acertada a decisão do d. Magistrado de primeira instância.

Com relação ao pedido de pagamento dos lucros cessantes, ou seja, *“aquilo que a vítima deixou razoavelmente de lucrar por força do dano, ou seja, o que ela não ganhou”* (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva. p. 45. v.3), tal não procede, isto porque a autora não se desincumbiu de provar que teria lucro com o confinamento de animais, mesmo porque, no momento do incêndio, a requerente contava somente com animais de sua propriedade (156 cabeças de gado), não havendo qualquer confinamento de terceiros, razão pela qual imputar à requerida o pagamento dos lucros cessantes.

Dessa forma, uma vez que o pagamento dos lucros cessantes depende da comprovação por parte do autor, de maneira concreta e cabal, de quais lucros deixou de ter em razão do evento e não àquilo que poderia ter sido, e ante a ausência de qualquer prova nesse aspecto, agiu com acerto o magistrado *a quo* ao rejeitar o referido pleito.

Nesse sentido é o entendimento desta e. Corte de Justiça, senão vejamos:

APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS, MATERIAIS E LUCROS CESSANTES – ESTORNO DE VALORES ANTERIORMENTE PAGOS A TÍTULO DE PROAGRO – PRELIMINARES DE INCOMPETÊNCIA DE FORO E ILEGITIMIDADE PASSIVA DO BANCO DO BRASIL – AFASTADAS – DANOS MORAIS DEVIDOS – DANOS MATERIAIS E LUCROS CESSANTES NÃO COMPROVADOS – RECURSOS NÃO PROVIDOS.

[...]

Os lucros cessantes não abrangem danos hipotéticos.

A fixação dos danos morais deve levar em conta a particularidade do caso, a extensão do gravame e as condições das partes, de modo a não importar em enriquecimento sem causa ao ofendido. (TJMS, AC n. 2010.022810-4, Campo Grande, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade, julgado em 21.9.2010 – grifei).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO – INVALIDEZ PERMANENTE – DEVER DE INDENIZAR – LUCROS CESSANTES – NÃO COMPROVADOS – PENSÃO VITALÍCIA – DEVIDA – SUCUMBÊNCIA – ACOLHIDOS.

Para a condenação ao pagamento dos lucros cessantes faz-se necessário que o requerente apresente documentos que comprovem as alegações trazidas ao processo.

Tendo sido comprovado que o veículo do Município embargado foi o causador do sinistro que vitimou o embargante, impondo-lhe permanentes sequelas, o pagamento de pensão é cabível. (TJMS, ED em AC n. 2009.032888-8/0001-00, Cassilândia, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Luiz Carlos Santini, julgado em 27.4.2010 – grifei).

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C IMÓVEL – COMPRADOR INADIMPLENTE – RETORNO AO *STATUS QUO ANTE* – CLÁUSULA ESTIPULANDO O PAGAMENTO MULTA DE 30% SOBRE O VALOR DO CONTRATO – LUCROS CESSANTES – NÃO COMPROVADOS – RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS – CORREÇÃO E JUROS DE MORA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

Não há falar em pagamentos de lucros cessantes quando não há comprovação nos autos, do que a parte efetivamente deixou de lucrar.

Ainda que comprador tenha dado causa à rescisão do contrato, tem direito à restituição das quantias pagas, devidamente corrigidas e acrescidas de juros de mora. A mora do vendedor, na hipótese de rescisão por inadimplemento do comprador, conta-se da data da decisão desconstitutiva declaratória que rescindiu o contrato.

O INPC, por tratar-se de índice oficial, deve ser aplicado na correção das dívidas, a partir de 11 de janeiro de 2003, em conformidade com o disposto no art. 395 do Código

Civil de 2002. (TJMS, AC n. 2008.022676-3, Paranaíba, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, julgado em 31.8.2009 – grifei).

No tocante aos danos morais, entendo que são devidos e que a alegação da requerida, no sentido de que não há provas do dano, não é pertinente.

Ora, é entendimento pacificado em nossos Tribunais que não há medir um dano moral, pois este é subjetivo, diz respeito ao direito personalíssimo da pessoa que foi lesada, não podendo a parte ofensora querer qualificá-lo ou quantificá-lo.

Este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

Responsabilidade civil. Multa de trânsito indevidamente cobrada. Repetição de indébito. Indenização. Dano moral. Dano presumido. Valor reparatório. Critérios para fixação.

1. Como se trata de algo imaterial ou ideal, a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material. Por outras palavras, o dano moral está insito na ilicitude do ato praticado, decorre da gravidade do ilícito em si, sendo desnecessária sua efetiva demonstração, ou seja, como já sublinhado: o dano moral existe *in re ipsa*. Afirma Ruggiero: “Para o dano ser indenizável, ‘basta a perturbação feita pelo ato ilícito nas relações psíquicas, na tranqüilidade, nos sentimentos, nos afetos de uma pessoa, para produzir uma diminuição no gozo do respectivo direito.’” (STJ, REsp n. 608918/RS–2003/0207129-1, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 20.5.2004 – grifei).

Responsabilidade civil. Dano moral. Violação de direitos da personalidade. Intimidade. Veiculação. Lista telefônica. Anúncio. Comercial equivocado. Serviços de massagem. [...]

2. No sistema jurídico atual, não se cogita da prova acerca da existência de 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.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e provido. (STJ, REsp n. 506437/SP–2003/0045107-6, Quarta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 6.10.2003 – grifei).

Na esteira desse entendimento, conclui-se que as provas do dano moral tornam-se desnecessárias, pois a lesão em si já demonstra a sua existência, afinal, exigir que o lesado prove seu dano moral equivale a demonstrar algo que é imaterial, que habita a alma da pessoa.

Portanto, não restam dúvidas sobre a existência do dano moral. Entende-se que houve abalo na vida da autora gerando transtornos de ordem emocional, pois passou por situação traumatizante e preocupante na qual se viu sem dinheiro e sem condições de recuperar e trabalhar em sua fazenda, sendo obrigada a vendê-la.

Em relação ao *quantum* determinado em primeira instância, acredito que está correto.

Ao sentenciar, o d. Magistrado *a quo* fez uso dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tendo atendido a sua dupla finalidade: desencorajar possíveis reincidências do ofensor e ao mesmo tempo compensar o ofendido pelo dano causado.

Além disso, na quantificação do dano moral foram levados em consideração, não só as condições econômicas do ofensor e do ofendido, mas também o grau da ofensa e suas consequências para o ofendido.

Dessa maneira, concluo que, em decorrência da negligência da apelante, os danos morais são devidos e que o valor fixado na r. sentença está correto não merecendo qualquer reparo.

Quanto ao pedido de redução dos honorários advocatícios, compulsando os autos, percebo que, ao fixar a verba honorária em 15% sobre o valor da condenação, o juízo de primeira instância o fez em estrita consonância com a norma do artigo 20, § 3º, do CPC, observando os critérios explícitos nas alíneas do referido dispositivo legal.

Portanto, não vejo desequilíbrio algum entre o zelo com o qual o patrono da autora desempenhou o trabalho, bem como a natureza e importância da causa com o valor fixado a título de honorários advocatícios.

No que diz respeito à ausência de responsabilidade solidária da seguradora denunciada, tal argumentação não procede.

Como cediço, os casos de denunciação da lide encontram-se previstos no artigo 70 do CPC e dizem respeito às seguintes circunstâncias: garantia da evicção, posse indireta e direito regressivo de indenização.

A situação ora em comento cinge-se à denunciação da lide daquele que estiver obrigado por lei ou contrato, a indenizar o denunciante em ação regressiva, pelo prejuízo que eventualmente advier da perda da causa, conforme disposto no artigo 70, inciso III, do CPC.

Consoante o preceituado no artigo 76 do CPC, com a denunciação da lide, o denunciado assumirá a posição de litisconsorte.

A doutrina, contudo, adverte que não se trata de litisconsorte propriamente dito, uma vez que não há relação material estabelecida entre o denunciado e o adversário do denunciante.

Porém, vem-se admitindo a condenação direta do denunciado, em atendimento ao princípio da instrumentalidade das formas e da economia processual, especialmente nos casos de contrato de seguro.

Humberto Theodor Júnior, na obra **Curso de Direito Processual Civil**, 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 124. v. 1, elucida a questão:

[...] A rigor, as duas ações cumuladas – a principal e a de garantia – referem-se a objeto e pessoas distintas, de modo que jamais se haveria de condenar o litisdenuciado a cumprir diretamente a prestação reclamada pelo autor contra o réu. Primeiro, dever-se-ia condenar o demandado para em seguida condenar o denunciado e reembolsá-lo pelo valor que fosse empregado no cumprimento da prestação àquele imposta. No entanto, em caso de seguro responsabilidade civil, tem decidido o STJ que “reconhecido o dever de a seguradora denunciada honrar a cobertura do sinistro, é permitido ao julgador proferir decisão condenatória diretamente contra ela”.

A posição do STJ que se formou antes da vigência do atual Código Civil, parece ter encontrado acolhida pela sistemática constante do art. 787 do novo estatuto legal. Estatui, com efeito, dito dispositivo que “no seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro”, o que tem sido interpretado como fonte de um direito próprio da vítima para exigir diretamente da seguradora a indenização a que tem direito, dentro das forças do seguro.

Na verdade, esse novo regime o seguro de responsabilidade civil, onde a obrigação indenizatória da seguradora antecede a sujeição do segurado, desnatura a denunciação da lide em seus moldes tradicionais. O ofendido passa, após o sinistro, a travar uma relação jurídica direta com a seguradora, que assim poderá desde logo ocupar a posição da ré na ação de ressarcimento do ano. E mesmo quanto, em ação ajuizada contra segurado, for convocada por meio da denunciação da lide, de iniciativa do réu, a posição da seguradora será a de parte principal, sujeita, portanto, à condenação direta e não mais regressiva. [...].

Por seu turno, o Superior Tribunal de Justiça há muito vem decidindo sobre a possibilidade de condenação solidária da seguradora denunciada e do denunciante, limitando, entretanto, a responsabilidade daquela ao valor contratado na apólice. Vejamos:

CIVIL E PROCESSO CIVIL - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS - DENUNCIÇÃO DA LIDE - CONTESTAÇÃO - CONDENAÇÃO DIRETA DA LITISDENUNCIADA - CPC, ART. 75, I - INTERPRETAÇÃO PRAGMÁTICA.

- A seguradora-litisdenciada ao oferecer contestação, assume posição de litisconsorte passiva do denunciante. Pode assim, ser condenada em conjunto com este, à indenização por acidente de trânsito. Esta é a interpretação correta e pragmática do Art. 75, I, do CPC. (STJ, REsp n. 275453/RS-2000/0088618-1, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 22.2.2005).

CIVIL E PROCESSUAL. COLISÃO DE VEÍCULOS. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. DENUNCIÇÃO DA LIDE FEITA PELO RÉU. ACEITAÇÃO. CONTESTAÇÃO DO PEDIDO PRINCIPAL. CONDENAÇÃO DIRETA DA DENUNCIADA (SEGURADORA) E SOLIDÁRIA COM O RÉU. POSSIBILIDADE.

1 - Se a seguradora comparece a Juízo aceitando a denunciação da lide feita pelo réu e contestando o pedido principal, assume ela a condição de litisconsorte passiva, formal e materialmente, podendo, em consequência, ser condenada, direta e solidariamente, com o réu. Precedentes do STJ. 2 - Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp n. 188158/RS - 1998/0067273-7, Quarta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 15.6.2004).

PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. DENUNCIÇÃO DA LIDE.

A sentença que julga procedente a denunciação da lide vale como título executivo (CPC, art. 76); o aparelhamento deste independe do andamento da execução da sentença proferida na ação principal, podendo o denunciado à lide ser obrigado a cumprir sua obrigação, antes que o réu o faça. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no Ag n. 247761/DF - 1999/0054278-9, Terceira Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 8.2.2000).

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DIRETAMENTE PROPOSTA CONTRA A SEGURADORA. LEGITIMIDADE.

Pode a vítima em acidente de veículos propor ação de indenização diretamente, também, contra a seguradora, sendo irrelevante que o contrato envolva, apenas, o segurado, causador do acidente, que se nega a usar a cobertura do seguro. 2. Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp n. 228840/RS - 1999/0079479-6, Terceira Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 26.6.2000).

Porém, impende esclarecer que a obrigação da seguradora, muito embora seja solidária à dos demais réus, é condicionada aos limites da apólice de seguro, pois tal fato decorre deste contrato.

Por fim, em decorrência de tudo o que foi exposto, entendo que, todos os prequestionamentos foram aqui respondidos, por isso não há a necessidade de apontá-los um a um.

Diante dessas razões, conheço dos recursos interpostos pela autora Maria de Lourdes de Sá Souza, pela requerida Elektro S/A e pela AGF Seguros, negando-lhes provimento para o fim de manter inalterados todos os termos da r. sentença, devendo a seguradora denunciada ficar responsabilizada até o limite da apólice.

## **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. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Paulo Alfeu Puccinelli, João Batista da Costa Marques e Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 5 de abril de 2011.

\*\*\*

**Segunda Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2011.006843-9 - Campo Grande**  
**Relator Des. Paulo Alfeu Puccinelli**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO RESCISÃO CONTRATUAL C/C PERDAS E DANOS C/C PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – SERVIÇO DE *INTERNET* PRESTADA ABAIXO DA VELOCIDADE CONTRATADA – DANOS MATERIAIS E MORAIS DEVIDOS – RECURSO IMPROVIDO – SENTENÇA MANTIDA.

Comprovada os danos causados pela empresa em sua má prestação dos serviços pactuados, está caracterizado o ato ilícito, capaz de gerar o dever de indenizar.

Fixado valor da indenização a título de dano moral que cumpre a sua dupla finalidade, compensatória e inibitória, em obediência aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, deve ser mantido o *quantum* arbitrado.

Comprovado o pagamento dos serviços que não foram efetuados da forma como pactuados, caberá a restituição desses valores como indenização por danos materiais.

Recurso improvido.

## ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 12 de abril de 2011.

Des. Paulo Alfeu Puccinelli – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli

Brasil Telecom S/A, inconformada com a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que, nos autos da Ação Rescisão Contratual c/c Perdas e Danos c/c Pedido de Tutela Antecipada que lhe move Aahrão de Deus Moraes e outro, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial, para declarar rescindido o contrato de prestação de serviço entre Reinaldo Vieira de Moraes e Brasil Telecom S/A, condenar a ora apelante a restituir, ao requerente Aahrão de Deus Moraes, o valor referente ao pagamento das contas dos meses de agosto e setembro de 2008, a título de danos materiais, bem como o valor relativo à compra do equipamento de acesso à *internet*, somando-se o valor de R\$ 207,66 (duzentos e sete reais e sessenta e seis centavos), acrescidos de correção monetária pela variação mensal do IGPM/FGV e juros de mora de 1% ao mês, tendo como termo inicial a data do desembolso dos valores, condenando ainda a ora apelante a pagar ao requerente Aahrão de Deus Moraes

a importância de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a título de danos morais, acrescida a partir da sentença de juros de mora de 12% ao ano corrigidos monetariamente pelo IGPM, também a partir da sentença até o pagamento.

Para tanto, alega que a empresa trata-se apenas de concessionária de serviço público que fornece o serviço de telefonia móvel e *internet* ao consumidor, não tendo celebrado qualquer compra e venda do aparelho citado, o que impossibilita a devolução do valor pago pelo autor, ora apelado.

Afirma que, no ato da contratação, o apelado recebeu sua via do contrato e foi devidamente informado de todos os termos e condições de seu contrato, bem como da possibilidade de oscilação da velocidade da *internet* contratada. Todas as informações estão disponíveis também através do *site* da empresa que também disponibiliza a minuta do contrato de prestação de serviços e contém todas as informações necessárias para o melhor esclarecimento dos planos e seus critérios.

Afirma que o pedido de rescisão do contrato por culpa do apelante não pode prosperar e a consequente devolução de quantia paga, porque não desrespeitou cláusula contratual ou legislação aplicável à espécie.

Por fim, requer seja dado provimento ao presente recurso de apelação, para, ao final, reformar a r. sentença, julgando improcedente a presente ação, ou ainda, alternativamente, reduzindo-se o valor fixado a título de indenização por danos morais.

O apelado apresentou contrarrazões à f. 222.

## VOTO

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli (Relator)

Trata-se de apelo interposto pela Brasil Telecom S/A, objetivando a reforma da r. sentença, a fim de julgar improcedente a presente ação, ou ainda, reduzir-se o valor fixado a título de indenização por danos morais.

Tenho que o recurso não merece prosperar.

Quanto à alegação da apelante de que não restou devidamente comprovado nos autos o dano moral suportado por ela, esta não merece melhor sorte.

O nexo de causalidade é a relação entre a conduta culposa e o dano, ou seja, para que exista o dever de reparar, é necessário que o dano tenha nascido da conduta, o que de fato ocorreu.

Como afirmado, o evento danoso foi caracterizado, visto que o primeiro requerente demonstrou que por várias vezes, em dias e horários diferentes, tentou acessar a *internet* (f. 23-73), e, quando conseguiu, a velocidade foi muito inferior à contratada.

Vale destacar que o contrato prevê navegação em *internet* móvel 3G, segundo a inicial de 600KBPS (f. 14-6) de velocidade, todavia restou demonstrado que, no período de 7.10.2008 a 3.11.2008, o alcance foi de 0.28 KBPS (f. 54) a 205.03 KBPS (f. 51), impossibilitando o acesso aos vídeos disponibilizados pelo curso ESUD, no qual o segundo requerente estava matriculado, que exigia 256 KBPS (f. 19-22).

Dessa forma o dano moral ficou presente e comprovado nos autos, através da impossibilidade de acesso aos vídeos disponibilizados pelo curso que estava matriculado, em decorrência a baixa velocidade disponibilizada e que não foi a ora pactuada.

Isto porque, como ensina Humberto Theodoro Júnior:

A lesão ou dor moral é fenômeno que se passa no psiquismo da pessoa e, como tal, não pode ser concretamente pesquisado. Daí porque não se exige do autor da pretensão indenizatória que prove o dano extrapatrimonial. Cabe-lhe apenas comprovar a ocorrência do fato lesivo, de cujo contexto o juiz extrairá a idoneidade, ou não, para gerar o dano grave e relevante, segundo a sensibilidade do homem médio e a experiência da vida.

Por outro vértice, no que tange ao dano moral, conforme adverte o artigo 186 do CC/2002: “*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*”. Merece destaque a lição proferida pelo Jurista Carvalho Santos:

Determinando o Código que quem violar o direito, ou causar prejuízo a outrem, ainda que por imprudência ou negligência, fica obrigada a reparar o dano, deixa esboçados os lineamentos gerais da doutrina a aplicar. E o juiz, em seu prudente arbítrio, verificará em cada caso até onde vai a culpa do agente e quando esta desaparece para os efeitos da responsabilidade civil, confundindo-se com o caso fortuito ou a força maior.

O direito à reparação do dano depende da concorrência de três requisitos, que estão bem delineados no supracitado artigo, razão pela qual, para que se configure o ato ilícito, será imprescindível que haja: (a) fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência, imperícia ou imprudência; (b) ocorrência de um dano patrimonial ou moral; (c) nexos de causalidade entre o dano e o comportamento do agente.

Nesse sentido, o entendimento desta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS C.C. LUCROS CESSANTES E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – FURTO DE AUTOMÓVEL – SUSPEITA DE FRAUDE – INDÍCIOS INSUFICIENTES – AGRAVAMENTO DO RISCO – ÔNUS DA PROVA DA SEGURADORA – RECUSA NO PAGAMENTO – MERO ABORRECIMENTO NÃO INDENIZÁVEL – INDENIZAÇÃO – ABATIMENTO DE PRÊMIO VINCENDO – NÃO DEMONSTRADA PENDÊNCIA – ÔNUS DA PROVA NÃO CUMPRIDO – TRANSFERÊNCIA DO SALVADO – INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

Para caracterização do dano moral, não basta que a conduta ilícita tenha causado mero aborrecimento à suposta vítima, é necessário que tenha atingido valores eminentemente espirituais, que transgridem o limite do razoável. Meros aborrecimentos ou dissabores do cotidiano não são indenizáveis. [...] (TJMS, AC n. 2008.032642-7, Iguatemi, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 6.7.2009).

Assim, na quantificação do dano moral, deve-se valer de critérios de razoabilidade, ou seja, devem-se considerar não só as condições econômicas do ofensor e do ofendido, mas o grau da ofensa e suas consequências, para que não constitua a reparação do dano, em fonte de enriquecimento ilícito para o ofendido, mantendo uma proporcionalidade entre causa e efeito.

No caso em tela, levando-se em conta as circunstâncias dos autos, ou seja, a impossibilidade de assistir aos vídeos das aulas pela velocidade baixa da *internet* fornecida, a conduta lesiva e o tempo que esta perdurou, o seu reflexo na vida do ofendido, bem como as condições econômicas do autor, adotando-se

os parâmetros estabelecidos pelo STJ para fixação do *quantum* indenizatório, a importância fixada em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de indenização por dano moral, não se apresenta excessiva, cumprindo satisfatoriamente com sua dupla finalidade compensatória e inibitória, razão pela qual deve ser mantida.

A propósito, a jurisprudência do STJ, a respeito:

APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO ORDINÁRIA COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA – NEGATIVAÇÃO INDEVIDA NOS CADASTROS RESTRITIVOS DE CRÉDITO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA OPERADORA DE TELEFONIA – CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO – NEXO DE CAUSALIDADE DEMONSTRADO – DANO MORAL PURO QUE INDEPENDE DE PROVA PARA A SUA INDENIZAÇÃO – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO QUE SE MOSTRA RAZOÁVEL, NÃO DEVENDO SER MAJORADO NEM REDUZIDO – RECURSOS IMPROVIDOS. [...] Deve ser mantido o valor da indenização por danos morais quando se verifica que o juiz não o exacerbou a ponto de propiciar o enriquecimento sem causa por parte do autor, nem o fixou em *quantum* diminuto capaz de ilidir o caráter punitivo da indenização. (TJMS, AC n. 2010.027170-3, Campo Grande, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves – grifei)

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA – ART. 7º DO CDC – RESTRIÇÃO CADASTRAL NO SPC/SERASA – LESÃO DE CARÁTER EXTRAPATRIMONIAL CONFIGURADA – ORIGEM DA SUPOSTA DÍVIDA DESCONTADA REGULARMENTE NO CONTRACHEQUE DE EMPREGADO EM FUNÇÃO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO – FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS BANCÁRIOS – DANO MORAL CONFIGURADO – MINORAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – IMPOSSIBILIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. [...] III – Se o *quantum* indenizatório fixado a título de danos morais guarda proporcionalidade com a gravidade da ofensa, o grau de culpa e o porte socioeconômico do causador do dano, o importe não pode ser minorado ao argumento de que é excessivo, sob pena de tornar inócuo o fim precípua da medida. (TJMS, AC n. 2010.028266-5, Nioaque, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, julgado em 21.10.2010).

Quantos aos danos materiais pleiteados, pelos pagamentos dos valores referentes às contas dos meses de agosto e setembro de 2008, tenho que acertada foi a decisão do magistrado *a quo*, que entendeu ser devida tal restituição por se tratarem tão somente de cobrança referente à assinatura do serviço defeituoso prestado, conforme se comprova às f. 17-8, portanto deve a r. sentença *a quo* ser mantida inalterada também nesta parte.

Diante destas razões, conheço do recurso interposto e nego-lhe provimento.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Paulo Alfeu Puccinelli, João Batista da Costa Marques e Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 12 de abril de 2011.

\*\*\*

**Terceira Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2011.003555-7 - Campo Grande**  
**Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CITAÇÃO VIA EDITAL – VENDA DE LOTES SEM O DEVIDO REGISTRO POR PARTE DA EMPRESA EMPREENDEDORA – REGULARIZAÇÃO PELO MUNICÍPIO – DIREITO DE REGRESSO ASSEGURADO À FAZENDA PÚBLICA – RECURSO IMPROVIDO.

O município que, por força de sua responsabilidade subsidiária de regularização do loteamento, é compelido a promover a aprovação, registro e consequente documentação de lotes desprovidos de loteamento, tem assegurado pela Lei n. 6.766/79 o direito de ser integralmente ressarcido das importâncias despendidas, pela empresa empreendedora.

### ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 31 de maio de 2011.

Des. Rubens Bergonzi Bossay – Relator

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay

CPL – Construções Projeto Ltda. –, inconformada com a sentença prolatada pelo Juiz da Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação Civil Pública que o Ministério Público Estadual move em face do Município de Campo Grande, interpõe apelação cível objetivando a reforma da sentença que julgou “*parcialmente procedente o pedido inicial formulado pelo Ministério Público Estadual em face de Município de Campo Grande-MS e CPL- Construções Projeto LTDA, para o fim de condenar:*”

#### 1. O MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE/MS;

1.1) a promover a devida aprovação, registro e consequente documentação dos lotes do desmembramento do imóvel com área de 27.213 m<sup>2</sup> (vinte e sete mil, duzentos e treze metros quadrados), resultante do lote 30.c do Bairro Desbarrancado, dando origem ao loteamento “Jardim São Judas Tadeu”, devendo fazer a concessão de título de propriedade aos ocupantes dos lotes irregulares;

1.2) conclusão de todas as obras de infra-estrutura necessárias na forma do artigo 2º, §§ 4º ao 6º, da Lei n. 6.766/79;

1.3) manter na Semur um balcão de informações, de forma que os adquirentes possam ser totalmente esclarecidos acerca dos seus direitos e deveres, na forma do presente *decisum*;

1.4) notificar todos os consumidores-adquirentes acerca das providências que devem adotar para regularização de seus imóveis.

O prazo para cumprimento das medidas é de 60 (sessenta) dias, e, para o caso de descumprimento de cada uma das providências, vencido o prazo, fixo multa diária de R\$ 1.000,00 (um mil reais) a ser depositada na Conta Única do Poder Judiciário e, futuramente, partilhado entre os conhecidos proprietários.

2.) a empresa CPL - Construções Projeto Ltda. a ressarcir ao Município de Campo Grande/MS todos os gastos comprovadamente dispendidos para a regularização, na forma do artigo 934 do Código Civil.

A apelante argui preliminar de nulidade da sentença por ser *extra petita*, pois sua inclusão no feito deu-se de forma a configurar a denunciação à lide, visto que seu ingresso ocorreu com o objetivo de assegurar à Fazenda Pública Municipal o direito de regresso e, esta decisão, não apresenta correlação com a tutela jurisdicional postulada.

Explica que a denunciação à lide é uma espécie de intervenção de terceiro, fundada em uma pretensão regressiva por parte do denunciante, e que em razão dela se instala uma demanda incidental, com a ampliação do objeto litigioso, consubstanciada na relação jurídica existente entre a denunciada e a denunciante.

Assegura que o Ministério Público em nenhum momento objetivou assegurar à Fazenda Pública o direito de regresso em face dos gastos experimentados em razão da regularização do loteamento.

Expõe que somente poderia ser condenada se considerado o grau de sua participação e comprometimento em relação à comercialização dos referidos lotes, por ser incontroversa a venda de lotes por parte da empresa Ego Construções de Rondônia S/A durante os anos de 1993 e 1994.

Afirma que apenas restou demonstrado que adquiriu o lote objeto de projeto de parcelamento e venda, não sendo possível constrangê-la à assunção de responsabilidade decorrente de atos praticados por outra empresa.

Sustenta que o dever de indenizar decorrente da venda dos lotes irregulares deve ser sopesado e distribuído entre as duas empresas que realizaram a venda, levando-se em consideração o número de contrato feito por cada uma delas.

Requer o provimento do presente recurso, para que seja reconhecida a nulidade apontada e, subsidiariamente, seja reformada a sentença excluindo qualquer responsabilidade da apelante.

Em contrarrazões, o apelado manifesta-se pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo não conhecimento da preliminar e, quanto ao mérito, pelo improvimento do recurso.

## VOTO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por CPL – Construções Projeto Ltda. –, por não se conformar com a sentença prolatada pelo Juiz da Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação Civil Pública que o Ministério Público Estadual move

em face do Município de Campo Grande, objetivando a reforma da sentença que julgou “*parcialmente procedente o pedido inicial formulado pelo Ministério Público Estadual em face de Município de Campo Grande-MS e CPL-Construções Projeto LTDA, para o fim de condenar:*”

1. o MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE/MS;

1.1) a promover a devida aprovação, registro e consequente documentação dos lotes do desmembramento do imóvel com área de 27.213 m<sup>2</sup> (vinte e sete mil, duzentos e treze metros quadrados), resultante do lote 30.c do Bairro Desbarrancado, dando origem ao loteamento “Jardim São Judas Tadeu”, devendo fazer a concessão de título de propriedade aos ocupantes dos lotes irregulares;

1.2) conclusão de todas as obras de infra-estrutura necessárias na forma do artigo 2º, §§ 4º ao 6º, da Lei n. 6.766/79;

1.3) manter na Semur um balcão de informações, de forma que os adquirentes possam ser totalmente esclarecidos acerca dos seus direitos e deveres, na forma do presente decism;

1.4) notificar todos os consumidores-adquirentes acerca das providências que devem adotar para regularização de seus imóveis.

O prazo para cumprimento das medidas é de 60 (sessenta) dias, e, para o caso de descumprimento de cada uma das providências, vencido o prazo, fixo multa diária de R\$ 1.000,00 (um mil reais) a ser depositada na Conta Única do Poder Judiciário e, futuramente, partilhado entre os conhecidos proprietários.

2.) a empresa CPL - CONSTRUÇÕES PROJETO LTDA. a ressarcir ao MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE/MS todos os gastos comprovadamente dispendidos para a regularização, na forma do artigo 934 do Código Civil.

A apelante argui preliminar de nulidade da sentença por ser *extra petita*, pois admitiu o seu ingresso no feito apenas para assegurar à Fazenda Pública Municipal o direito de regresso, não apresentando correlação com a tutela jurisdicional postulada na exordial.

Referida preliminar confunde-se com o mérito, razão pela qual passo a analisá-los concomitantemente.

O recurso não merece provimento.

Verifica-se, através do Registro de Imóveis (f. 315), que a empresa CPL Construções e Projetos Ltda. adquiriu de Ego Construções de Rondônia S/A o “*Lote 30 C, resultante do desmembramento do Lote 30 C do Bairro Desbarrancado, nesta cidade, com as medidas limites e confrontações seguintes [...], o Lote 31 C, resultante do desmembramento do Lote 30. C, do Bairro Desbarrancado*” (f. 420).

Não obstante, também é possível constatar nos autos a Escritura Pública de Compra e Venda dos lotes da empresa Ego Construções de Rondônia S.A, que foram adquiridos pela empresa CPL Construções e Projetos Ltda. (f. 580-3)

Além do que, denota-se, outrossim, que, na primeira oportunidade que o Ministério Público e o Município de Campo Grande tiveram para se manifestar após a apresentação da escritura pública de compra e venda dos lotes 30-C 31-C, requereram a inclusão da empresa CPL Construções e Projetos Ltda. no polo passivo (f. 585 e 588), o que foi deferido. (f. 589)

Tanto que foi expedida carta precatória, a fim de cumprir a citação da referida empresa (f. 598). Contudo, a Oficiala de Justiça certificou que a aludida empresa não ocupava o endereço declinado na carta

precatória, bem como não obteve qualquer informação sobre a ré ou sobre o seu procurador Sr. Valdir Ailton Marques da Cruz (f. 603 – verso).

Conforme consta da parte dispositiva da sentença objurgada, a regularização do loteamento São Judas Tadeu deverá ocorrer a expensas da Prefeitura Municipal de Campo Grande. Porém, as importâncias despendidas para regularizar o loteamento serão integralmente ressarcidas à Prefeitura Municipal, que, aliás, tem previsão expressa na Lei n. 6.766/79, *ex vi*:

Art. 40. A Prefeitura Municipal ou o Distrito Federal quando for o caso, se desatendida pelo loteador a notificação, poderá regularizar o loteamento ou desmembramento, não autorizado ou executado sem observância das determinações do ato administrativo de licença, para evitar lesão aos seus padrões de desenvolvimento urbano e na defesa dos direitos dos adquirentes de lotes.

§ 1º - A Prefeitura Municipal, ou o Distrito Federal quando for o caso, que promover a regularização, na forma deste artigo, obterá judicialmente o levantamento das prestações depositadas, com os respectivos acréscimos de correção monetária e juros, nos termos do § 1.º do art. 38 desta Lei, a título de ressarcimento das importâncias despendidas com equipamentos urbanos ou expropriações necessárias para regularizar o loteamento ou desmembramento.

§ 2º As importâncias despendidas pela Prefeitura Municipal, ou pelo Distrito Federal quando for o caso, para regularizar o loteamento ou desmembramento, caso não sejam integralmente ressarcidas conforme o disposto no parágrafo anterior, serão exigidas na parte faltante do loteador, aplicando-se o disposto no art. 47 desta Lei.

[...]

§ 4º A Prefeitura Municipal, ou o Distrito Federal quando for o caso, para assegurar a regularização do loteamento ou desmembramento, bem como o ressarcimento integral de importâncias despendidas, ou a despendar, poderá promover judicialmente os procedimentos cautelares necessários aos fins colimados.

A responsabilidade do Município é subsidiária, porquanto a empresa ora apelante, ao efetuar a venda ou prometer vender terrenos do loteamento não registrados, acaba com que referida obrigação recaía ao Município, que tem de realizá-la por intermédio do erário público.

Portanto, correta a sentença que determina ao Município a regularização do loteamento e ressalva o seu direito de regresso na forma do artigo 40 da Lei n. 6.766/7.

Neste sentido é parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 801):

Ocorre que na f. 585 o autor, ora apelado, expressamente, concordou com a inclusão da CPL – Construções e Projetos Ltda. no pólo passivo da demanda, aplicando-se à novel demandada, ora apelante, obviamente, todo o disposto na inicial, inclusive no que toca aos pedidos de condenação à regularização do loteamento São Judas Tadeu.

Pois bem, na sentença combatida, o prolator entendeu que a tutela jurisdicional seria mais eficaz se condenasse o município de Campo Grande à regularizar, às suas expensas, o loteamento São Judas Tadeu e, posteriormente, caberia ao município cobrar da apelada o valor despendido. Essa seria a única forma de se tornar efetiva a regularização do referido loteamento, pois, os representantes das empresas (EGO e CPL) estavam (e continuam) em lugar incerto e não sabido.

Ademais, a obrigação de regularização do loteamento é do tipo indivisível e, portanto, tem o caráter de solidariedade. De modo que o credor pode exigir de um só dos devedores o pagamento da totalidade do objeto, assim, ou regulariza-se o loteamento como um todo ou não se regulariza nada. Afinal trata-se de uma única área, em cuja matrícula imobiliária deve ser feito o registro e depois originadas as matrículas de cada parcela.

De outro tanto, a apelada, quando adquiriu o loteamento, deveria saber que se tratava de loteamento sem registro, mesmo porque ausente na matrícula qualquer menção. E não é demais lembrar que a ninguém é lícito defender-se arguindo o desconhecimento de lei e, nesse passo, a lei federal que rege a matéria, Lei n. 6.766/79, é expressa, inclusive em tipificar a conduta de vender ou prometer a venda lote de desmembramento sem a aprovação do município e o registro no cartório de registro imobiliário (nos autos estão acostados diversos contratos de venda/compromisso de venda promovidos pela apelante).

A reforçar a responsabilidade da apelada em eventual ação regressiva proposta pelo município, há mais um ingrediente: a sentença prolatada em 9 de abril de 2010 pelo Juízo da Vara de Direitos Difusos nos autos n. 001.02.814957-3 de ação civil pública, que o município de Campo Grande aforou contra EGO CONSTRUÇÕES RONDÔNIA S.A E CPL – CONSTRUÇÕES E PROJETOS LTDA. (cópia anexa).

A sentença mencionada determinou que o registro do loteamento seja feito pelo Secretário de Controle Ambiental e Urbanístico, às expensas do Município de Campo Grande, garantindo-se o direito de regresso em face das empresas loteadoras EGO e CPL.

Assim, à toda evidência, quando da ação regressiva a ser proposta pelo Município, as alegações ora lançadas pela apelante poderão ser apreciadas pelo juízo competente. (f. 801-4)

Pelo exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento, mantendo incólume a sentença.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

**POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, 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, 31 de maio de 2011.

\*\*\*

**Terceira Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2011.005927-2 - Paranaíba**  
**Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay**

EMENTA – RECURSO OBRIGATÓRIO E APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – SUCESSÃO EMPRESARIAL – RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – FUNDO DE COMÉRCIO – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO – FAZENDA PÚBLICA – PARTE VENCIDA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – ARTIGO 20, § 4º, DO CPC – CRITÉRIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – RECURSOS IMPROVIDOS.

A inexistência de comprovação de transferência de titularidade do fundo de comércio opõe-se à responsabilidade tributária exigida pelo artigo 133 do Código Tributário Nacional.

Se vencida a Fazenda Pública, devem os honorários advocatícios ser fixados nos termos do § 4º do art. 20 do CPC, desde que atendidas as normas do § 3º do mesmo dispositivo legal, bem como os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade.

## ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 29 de março de 2011.

Des. Rubens Bergonzi Bossay – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay

Estado de Mato Grosso do Sul e Juiz *ex officio* submetem a este E. Sodalício recursos obrigatório e voluntário em face da sentença prolatada pelo Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Paranaíba, nos autos dos Embargos à Execução Fiscal que Patrício Tercio dos Santos e Cia Ltda. move em face de Estado de Mato Grosso do Sul, que acolheu os embargos para:

*a) reconhecer a ilegitimidade da empresa Embargante (Patrício Tercio dos Santos & Cia Ltda) para responder pelos débitos fiscais da empresa Papeluxo Papelaria Ltda; b) determinar a extinção da execução em relação à embargante Patrício Tercio dos Santos & Cia Ltda; c) condenar a Embargada, em razão da sucumbência, com o pagamento de honorários advocatícios fixados, com fulcro no art. 20, § 4º, do CPC, em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), tendo em conta a pouca complexidade da causa, tempo e trabalho exigidos do profissional para seu patrocínio.*

O apelante expõe que se trata de embargos à execução fiscal, em que a empresa ora apelada alega que não sucedeu as empresas Papeluxo e Pedrozo & Souza, habilitando-se, independentemente, locando o imóvel; que não houve a venda ou transferência de mercadorias a título de estoque ou fundo de estoque

à ora apelada; e que os funcionários contratados pela apelada não coincidem com os funcionários das empresas anteriores.

O apelante alega que há provas de que a empresa apelada sucedeu outras empresas do mesmo ramo de atividade, já que todas as duas anteriores exerciam no local o mesmo ramo de atividade comercial da apelada, qual seja, o comércio de livros e materiais de papelaria em geral.

Alega que não houve nenhuma mudança estrutural no estabelecimento comercial que faça descaracterizar o afastamento da sucessão empresarial, tanto que, pelos documentos acostados aos autos, extrai-se que o local de funcionamento das empresas é o mesmo.

Afirma que a empresa apelada exerce o mesmo ramo de atividade comercial das duas empresas que antecederam a ela no mesmo local, sendo que a empresa apelada aproveitou-se da clientela construída pelas antecessoras, assim, como se aproveitou dos lucros, possuindo a obrigação de assumir os ônus resultantes da antiga empresa.

Aduz que, com base no artigo 133, inciso I, do Código Tributário Nacional, não é necessária a formalização da sucessão, uma vez que a presunção ocorre a partir de indícios comprovadores, visto que a empresa sucessora responde integralmente pelos tributos, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade.

Sustenta que a apelada, ao adquirir a empresa executada (Papeluxo), também adquiriu o fundo de comércio desta, uma vez que se instalou no mesmo local e exerce a mesma atividade comercial, reunindo toda a freguesia do antigo estabelecimento para lucrar rendimentos comerciais, estabelecendo, assim, responsabilidade tributária, de acordo com o Código Tributário Nacional.

Expõe estar comprovado que, antes do encerramento das atividades das empresas antecessoras, a sucessora já estava estabelecida, o que demonstra uma inversão de procedimentos irregulares, e que ao menos sugere a ocorrência de sucessão.

Assevera ser entendimento jurisprudencial e doutrinário que o adquirente do estabelecimento comercial deve averiguar as pendências fiscais em que o alienante está inscrito, visto que, ao adquirir a empresa, responde pelas dívidas tributárias constituídas pela empresa anterior que não foram adimplidas, sobretudo se o ramo empresarial entre as duas empresas for o mesmo.

Expõe que, caso seja mantida a sentença, os honorários advocatícios devem ser reduzidos, visto que a complexidade da causa, o tempo e o trabalho exigido do profissional não foram complexos.

Requer o provimento do recurso, para que se reconheça a existência de sucessão empresarial entre a empresa Papeluxo Papelaria Ltda. e Patrício Tércio dos Santos Ltda., determinando o prosseguimento da execução fiscal em face de ambas. Ou, caso seja mantida a sentença, que seja reduzido o valor fixado a título de honorários sucumbenciais.

Em contrarrazões, a apelada manifesta-se pelo improvimento do recurso.

## VOTO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Relator)

Trata-se de recurso obrigatório e voluntário que o Estado de Mato Grosso do Sul e Juiz *ex officio* submetem a este E. Sodalício em face da sentença prolatada pelo Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de

Paranaíba, nos autos dos Embargos à Execução Fiscal que Patrício Tercio dos Santos e Cia Ltda. move em face de Estado de Mato Grosso do Sul, que acolheu os embargos para:

*a) reconhecer a ilegitimidade da empresa Embargante (Patrício Tercio dos Santos & Cia Ltda) para responder pelos débitos fiscais da empresa Papeluxo Papelaria Ltda; b) determinar a extinção da execução em relação à embargante Patrício Tercio dos Santos & Cia Ltda; c) condenar a Embargada, em razão da sucumbência, com o pagamento de honorários advocatícios fixados, com fulcro no art. 20, § 4º, do CPC, em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), tendo em conta a pouca complexidade da causa, tempo e trabalho exigidos do profissional para seu patrocínio.*

O apelante afirma que a empresa apelada exerce o mesmo ramo de atividade comercial das duas empresas que antecederam a ela no mesmo local, sendo que a empresa apelada aproveitou-se da clientela construída pelas antecessoras, assim, como se aproveitou dos lucros, devendo ser obrigada a assumir os ônus resultantes da antiga empresa.

Aduz que, com base no artigo 133, inciso I, do Código Tributário Nacional, não é necessária a formalização da sucessão, uma vez que a presunção ocorre a partir de indícios comprovadores, visto que a empresa sucessora responde integralmente pelos tributos, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade.

Sustenta que a apelada, ao adquirir a empresa executada (Papeluxo), também adquiriu o fundo de comércio desta, uma vez que se instalou no mesmo local e exerce a mesma atividade comercial, reunindo toda a freguesia do antigo estabelecimento para lucrar rendimentos comerciais, estabelecendo, assim, responsabilidade tributária, de acordo com o Código Tributário Nacional.

Expõe estar comprovado que, antes do encerramento das atividades das empresas antecessoras, a sucessora já estava estabelecida, o que demonstra uma inversão de procedimentos irregulares, e que ao menos sugere a ocorrência de sucessão.

Assevera ser entendimento jurisprudencial e doutrinário que o adquirente do estabelecimento comercial deve averiguar as pendências fiscais em que o alienante está inscrito, visto que, ao adquirir a empresa, responde pelas dívidas tributárias constituídas pela empresa anterior que não foram adimplidas, sobretudo se o ramo empresarial entre as duas empresas for o mesmo.

Expõe que, caso seja mantida a sentença, os honorários advocatícios devem ser reduzidos, visto que a complexidade da causa, o tempo e o trabalho exigido do profissional não foram complexos.

Inicialmente, cumpre esclarecer que analiso concomitantemente os recursos obrigatório e voluntário.

Estabelece o artigo 133 do Código Tributário Nacional:

**Art. 133.** A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até a data do ato:

I – integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

Ao analisar o artigo supracitado e os documentos anexados aos autos, vê-se que não prosperam os argumentos do apelante, não podendo ser responsabilizada a empresa apelada como sucessora das empresas Papeluxo Papelaria Ltda. e Pedrozo e Souza Ltda.

Há, em regra, responsabilidade tributária por sucessão quando uma pessoa adquire de outro fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, dando continuidade à exploração.

Entretanto, ao compulsar os autos, verifica-se que a empresa Papeluxo Papelaria Ltda. não foi adquirida pela apelada, tanto que, pela ficha de inscrição cadastral - FIC (f. 14), vê-se que a apelada tem como proprietário o Sr. Patrício Tércio dos Santos, enquanto a empresa antecessora tem como sócios Eduardo Luis Mormandi e Rosa Maria Stefaneli Mormandi (f. 43).

Outrossim, pelos documentos acostados (Feito n. 018.08.003505-9 – f. 24-7), denota-se que o Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas – CNPJ – das empresas não são idênticos. Inclusive, consta a informação de que a empresa Papeluxo Papelaria Ltda. está com *status* baixado, desde 20.11.2006, tanto que foi homologado em 28.11.2007, enquanto a empresa apelada iniciou suas atividades em 6.9.2007.

Com efeito, não há comprovação de que a apelada tenha adquirido o fundo de comércio da empresa Papeluxo Papelaria Ltda., não sendo possível, por conseguinte, aplicar o disposto no artigo 133 do Código Tributário Nacional, para responsabilizar a apelada como sucessora.

No caso, o fato de a apelada se encontrar no endereço da executada, pessoa jurídica que exercia a mesma atividade comercial daquela, conforme certidão emitida, não constitui prova suficiente para a ocorrência da substituição prevista no art. 133 do CTN, tampouco da transferência do fundo de comércio.

Desse modo, como não há comprovação de que a apelada tenha adquirido o fundo de comércio da empresa Papeluxo Papelaria Ltda., não é cabível a responsabilidade tributária por sucessão, prevista no art. 133, I, do CTN.

A matéria em questão foi decidida pelo Tribunal Regional Federal da 2.<sup>a</sup> Região e pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 4.<sup>a</sup> Região. Senão vejamos:

EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA.  
SUCESSÃO COMERCIAL. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA.

1. O fato de nova empresa estabelecer-se em endereço antes ocupado por outra que desenvolvia o mesmo ramo de atividades não é, por si só, suficiente para caracterizar a sucessão, nos termos do art. 133 do CTN.

2. Não se pode presumir a responsabilidade tributária da apelada, porquanto não há prova da transferência do fundo de comércio.

3. Ademais, se considerada a certidão do Oficial de Justiça, lavrada na execução fiscal em apenso, que informa que o endereço da apelada é distinto do que era ocupado pela executada, conclui-se que não ocorreu a sucessão empresarial. Ora, a certidão levada em consideração pela Fazenda Nacional refere-se à outra execução fiscal, em que figuram as mesmas partes. Embora a certidão do Oficial de Justiça tenha fê pública, deve-se receber com reservas as certidões referidas, uma vez que divergem acerca do mesmo fato. 4. Apelação improvida. (TJF, Segunda Região, AC n 369293/RJ, Quarta Turma, Rel. Des. Luiz Antônio Soares, julgado em 8.8.2006, DJU de 29.8.2006, p. 270, INFOJUR n. 108 (1<sup>o</sup> a 15 de novembro de 2006).)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL.  
SUCESSÃO COMERCIAL – INOCORRÊNCIA.

1. O simples fato de o Oficial de Justiça certificar que no endereço da executada está instalada pessoa jurídica diversa não gera, por si só, a presunção da responsabilidade por sucessão prevista no artigo 133, inciso I do CTN.

2. Não havendo nenhum outro elemento que demonstre que houve aquisição do fundo de comércio não se opera a responsabilidade de terceiro.

3. É ônus da agravante instruir o seu recurso com as peças necessárias à apreciação de seu pedido e capazes de corroborar a tese defendida por ela, sob pena de restar infrutífera a pretensão. 4. Agravo de instrumento improvido. (TRF, Segunda Região, Ag n. 74351/0RJ, Segunda Turma, Rel. Juiz Antonio Cruz Netto, DJU de 26.2.2004, p. 100).

EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. SUCESSÃO COMERCIAL. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. APELAÇÃO PROVIDA. ÔNUS SUCUMBENCIAL INVERTIDO.

1. O fato de nova empresa estabelecer-se em endereço antes ocupado por outra que desenvolvia o mesmo ramo de atividades não é, por si só, suficiente para caracterizar a sucessão, nos termos do art. 133 do CTN.

2. A prova da transferência do fundo de comércio era, *in casu*, ônus da Fazenda Nacional, não se podendo presumir a responsabilidade tributária da apelante.

3. Apelação provida com inversão do ônus sucumbencial. (TRF, Quarta Região, AC n 200004010907350/SC, Segunda Turma, Rel. Des. Alcides Vettorazzi, DJU de 24.4.2002, p. 1015).

Deste modo, não se pode concluir que tenha ocorrido a sucessão empresarial. Aliás, peço vênia para transcrever excerto da sentença, em que o Magistrado fundamenta suas razões de decidir:

O contrato de locação, dá conta de que a Embargante se estabeleceu no endereço localizado na Rua Generoso Ponde, n. 1641, no mês de julho de 2007 (doc. f. 16-19) e celebrou o negócio jurídico diretamente com a locadora, sem a intervenção de eventual locatário anterior.

A testemunha Divina Garcez Calil, funcionária da AGENFA, informou que após o fechamento da Papeluxo Papelaria Ltda e antes que a Embargante iniciasse suas atividades, uma outra empresa, também atuante no ramo de papelaria, se instalou e funcionou naquele mesmo endereço.

A mesma testemunha asseverou que por ocasião da vistoria realizada antes do início das atividades da empresa Embargante, nada havia no local, sendo este um indicativo de que não houve, tal como alegado, a aquisição e/ou transferência de fundo de comércio (f. 80)

[...]

Entretanto, para que haja a sucessão deve haver prova cabal, demonstrando objetivamente a relação entre as empresas. Na hipótese *sub judice* as provas carreadas não são suficientes a tanto, vez que não veio aos autos nenhum ato de comércio transferindo a universalidade do patrimônio da Executada Papeluxo Papelaria Ltda. para a Embargante Patrício Tercio dos Santos & Cia Ltda. A responsabilidade da Embargada não é presumida pela parcial identidade do objeto negocial ou do local que lhes serviu de sede, que só por si não sugere continuidade entre pessoas jurídicas. (f. 136-7)

Quanto à fixação dos honorários advocatícios, tenho que melhor sorte não assiste ao apelante.

No caso, denota-se que o Magistrado fixou os honorários advocatícios em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), com fulcro no § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, fundamentando suas razões de decidir na natureza da causa, a pouca complexidade da causa, o tempo e trabalho exigido dos profissionais.

Estabelece o § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil que *“nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.”* (destaquei).

Conforme se observa, em se tratando de causa em que restou vencida a Fazenda Pública, a verba honorária deve ser fixada segundo apreciação equitativa do julgador e em valor certo, desde que atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo 3º do art. 20 do CPC.

Cabe asseverar que inexistente um critério específico do julgador para a fixação da verba honorária, porquanto este não está vinculado à observância de qualquer limite para a fixação da mencionada verba, podendo tomar por base o valor da condenação ou da causa, bem como não considerar quaisquer deles.

Ademais disso, mesmo em se tratando de causas análogas, o julgador não está adstrito a um critério específico, de modo a fixar um único valor para todos os feitos. Em se tratando de apreciação equitativa, compete a ele estabelecer o critério de fixação, desde que atendidas as normas do § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil.

É certo, porém, que, em se tratando de um ato discricionário do julgador, não deve a fixação ficar num patamar muito reduzido, tampouco em patamares exorbitantes, devendo atentar aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

A respeito do tema, confira-se o julgado abaixo:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – MORTE DE CRIANÇA EM PRAÇA PÚBLICA – BANCO DE CONCRETO SOLTO QUE CAI SOBRE A CRIANÇA CAUSANDO-LHE A MORTE – FALTA DE CONSERVAÇÃO – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA CONFIGURADA – DANOS COMPROVADOS – OBRIGAÇÃO DE REPARAR – VALOR DO DANO MORAL MANTIDO – SUCUMBÊNCIA DA FAZENDA PÚBLICA – ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS DE FORMA EQUITATIVA E EM VALOR CERTO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

[...].

Sucumbente a Fazenda Pública, a condenação no pagamento de honorários de advogado é feita em valor certo e de forma equitativa, nos termos do § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, atendidos os parâmetros fornecidos pelas alíneas do § 3º do mesmo artigo. (TJMS, AC n. 2005.010434-1, Primeira Turma Cível, Rel. Des. João Maria Lós, julgado em 15.4.2008).

Portanto, vê-se que agiu com acerto o magistrado ao fixar os honorários em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), visto que não é uma quantia aviltante tampouco exorbitante, ou seja, em conformidade com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Pelo exposto, conheço dos recursos, mas nego-lhes provimento, mantendo incólume a sentença.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

**POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.**

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. 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, 29 de março de 2011.

\*\*\*

**Terceira Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2011.009899-9 - Campo Grande**  
**Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – FIANÇA PRESTADA À PESSOA JURÍDICA – RETIRADA DOS SÓCIOS-FIADORES – ALTERAÇÃO DA COMPOSIÇÃO SOCIETÁRIA – REGULAR NOTIFICAÇÃO – EXONERAÇÃO DA FIANÇA – NECESSIDADE DE NOVA GARANTIA PELOS NOVOS SÓCIOS – RECURSO IMPROVIDO.

A fiança tem caráter personalíssimo, sendo que a alteração contratual, tanto da firma do sócio fiador, como da afiançada, implica desoneração da fiança, havendo necessidade de nova garantia pelos novos sócios.

Havendo a retirada dos sócios, da pessoa jurídica afiançada, com a regular notificação do credor, ocorre a exoneração da fiança, não podendo os fiadores responder pelas dívidas adquiridas após a alteração social.

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – INEXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO – MAJORAÇÃO – ACOLHIMENTO – APRECIÇÃO EQUITATIVA DO JUIZ – OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Inexistindo condenação, os honorários advocatícios devem ser fixados de acordo com o § 4º do art. 20 do CPC.

Se a condenação não atendeu ao princípio da proporcionalidade, os honorários advocatícios devem ser majorados.

## 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, julgar prejudicado o agravo retido e, no mérito, dar parcial provimento ao recurso de Geraldo Escobar Pinheiro e outro e negar provimento ao apelo da Petrobrás Distribuidora S/A, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 17 de maio de 2011.

Des. Rubens Bergonzi Bossay – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay

Trata-se de apelações recíprocas interpostas por Geraldo Escobar Pinheiro, Izabel Cristina dos Santos Peres e Petrobrás Distribuidora S/A, inconformados com a sentença prolatada pelo Juiz da 10ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos dos Embargos à Execução que Antonio Carlos Martins Filho e

Vera Lúcia de Brito Martins movem em face de Petrobrás Distribuidora S/A, que acolheu a preliminar de ilegitimidade dos embargantes para figurar no polo passivo da ação executiva e, por consequência, julgou extinto o processo, com fulcro no artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

#### **Da apelação cível interposta por Geraldo Escobar Pinheiro e Izabel Cristina dos Santos Peres:**

Pugnam pelo provimento do recurso, a fim de reformar a sentença e majorar a verba honorária para o montante equivalente a 20% do valor da causa atualizado, que é condizente com a atividade profissional desenvolvida e as possibilidades da apelada.

Em contrarrazões, a apelada manifesta-se pelo improvimento do recurso.

#### **Da apelação cível interposta por Petrobrás Distribuidora S/A:**

Sustenta a apelante que a simples alteração do quadro social da empresa executada não possui o condão de exonerar o fiador, uma vez que garantidor da pessoa jurídica, e não sendo esta extinta ou substituída, permanece a fiança prestada.

Alega que, ante a impossibilidade de exonerar-se da fiança, pelo fato de ter ocorrido a alteração do quadro social da pessoa jurídica afiançada, devem os fiadores permanecer nos autos como executados e responsáveis solidários, até a satisfação do crédito exequendo, pois não houve alteração da fiança, mas apenas dos sócios da empresa.

Afirma que os embargantes não podem ser considerados partes ilegítimas, pois apenas requereram o cancelamento da hipoteca, não se manifestando expressamente, em momento algum, até a oposição dos embargos, quanto à baixa/cancelamento da fiança.

Aduz que, para que o fiador tenha direito à faculdade esculpida no art. 1500 do CC/16, necessário se faz que este não tenha se obrigado como principal pagador ou devedor solidário nem que tenha renunciado expressamente ao benefício e, por este modo, não pode o benefício referido no art. 1.500 alcançar os fiadores.

Assevera que a simples notificação, seja por carta, seja por aviso do fiador ao credor, não tem o condão de desobrigar o fiador, sendo necessária a expressa anuência do credor, ou sentença em ação declaratória de exoneração de fiança.

Requer o provimento do recurso, a fim de reformar a sentença recorrida, reconhecendo a legitimidade dos apelados, devolvendo a matéria ao juízo *a quo* para julgamento do mérito.

Em contrarrazões, os apelados requerem que, no caso de reforma da sentença, com relação à ilegitimidade dos apelados, seja dado provimento ao agravo retido juntado às f. 274-9, a fim de anular a decisão que indeferiu o chamamento ao processo, retornando os autos à instrução processual para o cumprimento do devido processo legal.

No mérito, manifestam-se pelo improvimento do recurso.

## **VOTO**

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Relator)

Trata-se de apelações recíprocas interpostas por Geraldo Escobar Pinheiro, Izabel Cristina dos Santos Peres e Petrobrás Distribuidora S/A, inconformados com a sentença prolatada pelo Juiz da 10ª Vara Cível

da Comarca de Campo Grande, nos autos dos Embargos à Execução que Antonio Carlos Martins Filho e Vera Lúcia de Brito Martins move em face de Petrobrás Distribuidora S/A, que acolheu a preliminar de ilegitimidade dos embargantes para figurar no polo passivo da ação executiva e, por consequência, julgou extinto o processo, com fulcro no artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

### **Da apelação cível interposta por Petrobrás Distribuidora S/A:**

Sustenta a apelante que a simples alteração do quadro social da empresa executada não possui o condão de exonerar o fiador, uma vez que garantidor da pessoa jurídica, e não sendo esta extinta ou substituída, permanece a fiança prestada.

Alega que, ante a impossibilidade de exonerar-se da fiança, pelo fato de ter ocorrido a alteração do quadro social da pessoa jurídica afiançada, devem os fiadores permanecer nos autos como executados e responsáveis solidários, até a satisfação do crédito exequendo, pois não houve alteração da fiança, mas apenas dos sócios da empresa.

Afirma que os embargantes não podem ser considerados partes ilegítimas, pois apenas requereram o cancelamento da hipoteca, não se manifestando expressamente, em momento algum, até a oposição dos embargos, quanto à baixa/cancelamento da fiança.

Aduz que, para que o fiador tenha direito à faculdade insculpida no art. 1500 do CC/16, necessário se faz que este não tenha se obrigado como principal pagador ou devedor solidário, nem que tenha renunciado expressamente ao benefício e, desse modo, não pode o benefício referido no art. 1.500 alcançar os fiadores.

Assevera que a simples notificação, seja por carta, seja por aviso do fiador ao credor, não tem o condão de desobrigar o fiador, sendo necessária a expressa anuência do credor, ou sentença em ação declaratória de exoneração de fiança.

Requer o provimento do recurso, a fim de reformar a sentença recorrida, reconhecendo a legitimidade dos apelados, devolvendo a matéria ao juízo *a quo* para julgamento do mérito.

Em que pesem os argumentos da apelante, o recurso não merece provimento.

Compulsando os autos, observa-se que houve a alteração social da empresa afiançada (Posto Cabreúva Ltda.), ocorrida em 1º de setembro de 2002 (f. 138-9) e, posteriormente, a regular notificação da embargada/apelada, em 11 de dezembro de 2006 (f. 146-7).

Com isso, não mais se justifica a manutenção da fiança, que, como bem observou a Juíza de 1º grau, possui caráter personalíssimo e deve ser interpretada restritivamente, a teor do contido no art. 1.483 do antigo Código Civil, aplicável na vigência da prestação da fiança, com correspondência no atual art. 819 do atual Código Civil.

Neste sentido já decidiu esta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – FIANÇA PRESTADA A EMPRESA DA QUAL O FIADOR ERA SÓCIO – ALTERAÇÃO SOCIAL DA PESSOA JURÍDICA – NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL – EXONERAÇÃO DA GARANTIA – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA – RECURSO IMPROVIDO.

Em razão do caráter personalístico da empresa afiançada e diante da natureza *intuitu personae* do contrato de fiança outorgado pelos próprios sócios dela, viável a desobrigação destes após sua retirada e substituição por outras pessoas, mormente porque a apelante

foi regularmente notificada de tal circunstância. (TJMS, AC n. 2010.001063-1, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Divoncir Schreiner Maran, julgado em 30.3.2010).

Diverso não é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

LOCAÇÃO E PROCESSUAL CIVIL. FIANÇA PRESTADA POR SÓCIO DA EMPRESA INQUILINA. RETIRADA DO SÓCIO DA PESSOA JURÍDICA. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL. EXONERAÇÃO DOS FIADORES.

**1. O entendimento majoritário desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que o contrato acessório de fiança obedece à forma escrita, é consensual, deve ser interpretado restritivamente e no sentido mais favorável ao fiador.**

**2. Deve o fiador, a fim de garantir a segurança jurídica e o exato cumprimento dos contratos, comunicar expressamente ao locador sua intenção de se exonerar da fiança, por meio da competente notificação extrajudicial; ou, se necessário, manejar a apropriada ação judicial. Precedente.**

3. A inversão dos ônus sucumbenciais está restrita ao período a partir do qual a fiança não mais pode ser argüida, restando incólume o interregno anterior, se houver.

4. Agravo regimental desprovido. (TJMS, AgRg no Ag n. 788469/SP, Quinta Turma, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Laurita Vaz, julgado em 28.2.2008).

DIREITO CIVIL. FIANÇA PRESTADA A PESSOA JURÍDICA. RETIRADA DO SÓCIO-FIADOR E POSTERIORES ALTERAÇÕES DA COMPOSIÇÃO SOCIETÁRIA. AUSÊNCIA DE DISTRATO OU SENTENÇA DESCONSTITUTIVA. HIGIDEZ DA GARANTIA.

**1. A fiança é contrato benéfico com intuito personalíssimo, figurando como circunstância capaz de causar seu desaparecimento o fato de a composição societária da empresa afiançada ter-se transformado por completo. Nesse caso, desaparecendo a *affectio societatis*, é consequência razoável também desaparecer a confiança em torno da qual gira a prestação de garantia.**

**2. Porém, não basta a simples retirada do sócio-fiador da sociedade, ou mesmo a alteração societária, para que o garante se desonere da fiança prestada outrora. É necessário, nos termos do artigo 1.500 do Código Civil de 1916, ou o distrato - que no caso se consubstancia em comunicação ao credor - ou sentença judicial que assim determine.**

3. Recurso especial ao qual se nega provimento. (TJMS, REsp n. 466330/MG, Quarta Turma, Rel. Des. Luis Felipe Salomão, julgado em 4.5.2010).

Insta esclarecer que a fiança tem caráter personalíssimo, e é por isso que a alteração contratual, tanto da firma do sócio fiador, como da afiançada, implica desoneração da fiança, havendo necessidade de nova garantia pelos novos sócios.

O fato de os sócios terem assumido a obrigação, como principais pagadores ou responsáveis solidários, ocorreu como cláusula do contrato acessório de fiança.

Sendo assim, segundo Caio Mário da Silva Pereira, quando isso acontece, essa cláusula implica uma das formas de recusa do benefício de ordem.

Eis a lição do mestre Caio Mário:

O benefício de ordem é recusado: [...] 3) se se houver declarado solidário ou principal pagador: as duas expressões costumam figurar geminadas, porém desnecessariamente, porque a lei as equipara na acepção de traduzirem uma renúncia ao benefício; é da essência da solidariedade que o devedor possa ser demandado pela totalidade da dívida (*totum et totaliter*) e sem benefício de ordem (v. n. 142, supra, v. II), e, se for estipulado que o fiador é principal pagador, assumirá a posição de devedor em primeiro plano; (in **Instituições de Direito Civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 434. v. 3).

Como o benefício de ordem é instituto da substância do contrato de fiança, ela se extingue concomitantemente à extinção da própria fiança.

Assim sendo, os fiadores só seriam responsáveis como principais pagadores, por força da renúncia do benefício de ordem, até a data em que ocorreu a extinção da fiança e não mais pelas dívidas futuras na nova sociedade constituída e que deu causa à extinção da fiança.

Como já observado anteriormente, a alteração social da empresa afiançada (Posto Cabreúva Ltda.) ocorreu em 1º de setembro de 2002 e a regular notificação da embargada/apelada ocorreu em 11 de dezembro de 2006 (f. 146-7).

Após essa data, os fiadores não são mais responsáveis pelas dívidas contraídas em nome da firma “Posto Cabreúva Ltda.”

Outrossim, todos os títulos executivos datam de 2007 (Processo de Execução n. 001.09.078500-3 – f. 3-5), ou seja, são posteriores à extinção da fiança, de modo que não podem ser opostas contra os embargantes.

Ao contrário do que defende a apelante, houve a sua regular notificação para desconstituição da fiança, tanto que os embargantes requereram, naquela oportunidade, a baixa da hipoteca dos imóveis de sua propriedade, o que foi acatado pela embargada, ora apelante. (f. 149-53)

Além disso, como bem observado na sentença, no documento de f. 248, intitulado “*Alteração da Razão social da AGIP do Brasil S/A e Transferência de contratos para a Petrobrás Distribuidora S/A*”, a empresa “Posto Cabreúva Ltda.” já estava sendo representada pelos novos sócios. Ou seja, a empresa embargada tinha ciência da retirada dos embargantes da pessoa jurídica afiançada.

Cumpra observar, também, que, segundo consta da Carta de Fiança (f. 103), os embargantes assumiram a responsabilidade solidária apenas pelos débitos pendentes e/ou futuros provenientes de transações comerciais estabelecidas entre a empresa afiançada (Posto Cabreúva Ltda.) e a Agip Distribuidora S/A, *in verbis*:

[...] Declaro (amos) que a presente fiança abrange, também, os débitos decorrentes de títulos e/ou ordens de pagamento emitidos pelos sócios da afiançada, em nome pessoal, **mas vinculados a negócios entre à “Agip Distribuidora S.A.”, adiante denominada “Agip” e a afiançada**, [...] (f. 103).

Portanto, por todos os ângulos que se observa a questão posta *sub judice*, não há imputar aos embargantes a responsabilidade de adimplir débitos posteriores à sua retirada da empresa afiançada e, principalmente, depois de exonerada da garantia prestada à sociedade da qual não mais faziam parte (fiança).

Assim, impõe-se a manutenção da sentença que acolheu a preliminar de ilegitimidade dos embargantes para figurar no polo passivo da ação executiva.

Em razão disso, resta prejudicada a análise do agravo retido de f. 274-9.

**Da apelação cível interposta por Geraldo Escobar Pinheiro e Izabel Cristina dos Santos Peres:**

Pugnam pelo provimento do recurso, a fim de reformar a sentença e majorar a verba honorária para o montante equivalente a 20% do valor da causa atualizado, que é condizente com a atividade profissional desenvolvida e as possibilidades da apelada.

Assiste razão, em parte, aos apelantes.

Preceitua o art. 20, § 4º, do CPC:

[...] nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, **naquelas em que não houver condenação** ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior. (destacado).

Como se observa, nas causas em que não houver condenação, a fixação da verba honorária deve ser feita de acordo com a apreciação equitativa do juiz, desde que atendidas as alíneas a, b e c do § 3º do art. 20 do CPC, o que não ocorreu neste caso, visto que os honorários advocatícios não foram fixados de acordo com a realidade do trabalho desenvolvido nem atenderam ao critério da razoabilidade, de forma a remunerar justamente o trabalho efetuado pelo profissional, já que fixados em apenas R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais).

No caso vertente, levando-se em conta os parâmetros acima fixados, os honorários advocatícios devem ser majorados para R\$ 10.500,00 (dez mil e quinhentos reais).

Pelo exposto, conheço dos recursos interpostos, nego provimento ao recurso interposto por Petrobrás Distribuidora S/A e dou parcial provimento ao recurso interposto por Geraldo Escobar Pinheiro e Izabel Cristina dos Santos Peres para, reformando a sentença, majorar os honorários advocatícios para R\$ 10.500,00 (dez mil e quinhentos reais).

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

**POR UNANIMIDADE, JULGARAM PREJUDICADO O AGRAVO RETIDO E, NO MÉRITO, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DE GERALDO ESCOBAR PINHEIRO E OUTRO E NEGARAM PROVIMENTO AO APELO DA PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A, 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, Marco André Nogueira Hanson e Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 17 de maio de 2011.

\*\*\*

**Quarta Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2010.032396-1 - Ribas do Rio Pardo**  
**Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE USUCAPIÃO – PEDIDOS ENVOLVENDO O RECONHECIMENTO PRINCIPAL DA PRESCRIÇÃO AQUISITIVA NA MODALIDADE ORDINÁRIA E SUBSIDIARIAMENTE O DECRETO DA MODALIDADE EXTRAORDINÁRIA – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE JUSTO TÍTULO APTA A AUTORIZAR A USUCAPIÃO ORDINÁRIA – FALTA DE CONSUMAÇÃO DO PRAZO CAPAZ DE ENSEJAR A CONVOCAÇÃO DA USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA À LUZ DO ART. 2.028 DO ATUAL CCB – DESINCUMBÊNCIA DO ÔNUS PROBATÓRIO – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA COM ADIÇÃO DE FUNDAMENTOS.

A usucapião traduz um modo especial e originário de aquisição da propriedade, via do qual o possuidor, demonstrando certos requisitos particulares e inderrogáveis, transmuda-se em proprietário. A modalidade ordinária condiciona a aquisição à coexistência do tempo, posse de boa-fé e justo título. Na extraordinária, prepondera o transcurso estável do tempo para a convocação do domínio, estreme da legitimidade da posse ou do ato de sua transmissão.

Rejeita-se a usucapião ordinária baseada em contrato verbal de alienação de imóvel, o qual, nada obstante possa constituir justo título para os termos da lei, não foi efetivamente demonstrado no processo, encontrando-se, ademais, viciada sua causa.

Tratando-se de hipótese em que a posse alegada em usucapião extraordinária principiou na vigência do Código antigo e incursionou pelo novo, aplica-se o preceito 2.028 do atual diploma, ou seja, serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.

Para a ação especial ter êxito “*a posse ad usucapionem deve ser ininterrupta e sem oposição, além de ser exercida com ânimo de dono (quantum possessum, tantum praescriptum)*”. Tais requisitos são indispensáveis, cumprindo assim ao autor, que pretende o reconhecimento da usucapião, demonstrar que sua posse sobre o imóvel, exercida com *animus domini*, durante o prazo legal, nunca foi interrompida nem sofreu oposição ou contestação de quem quer que seja. (Doutrina de Washington de Barros Monteiro).

Verificadas duas interrupções na posse ostentada pelos autores-prescribentes, uma pelo advento de redução de prazo no novo Código Civil, e outra pelo ajuizamento de ação reivindicatória, antes da consumação do prazo de 15 (quinze anos) previsto no art. 1.238 do CCB de 2.002, falece razão ao pedido de usucapião extraordinária.

Sentença de improcedência mantida, com adição de fundamentos de ordem pública.

## 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, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 31 de maio de 2011.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Trata-se de apelo interposto por Paulo Alves Acedo e Irene da Mata Meira Silva (f. 250-4), irresignados com a sentença (f. 243-7) que julgou improcedentes os pedidos formulados na ação de usucapião promovida contra o Espólio de Divino Omar Ramos, condenando-os ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em R\$ 2.000.00 (dois mil reais), observado o art. 12 da Lei n. 1.060/50.

Reputam comprovada a posse titulada, justa, mansa e pacífica do imóvel objeto do litígio por mais de 15 (quinze) anos, razão pela qual buscam a reforma da decisão, com o decreto da almejada prescrição aquisitiva.

Recurso tempestivo, isento de preparo, respondido (f. 260-3) e regularmente processado.

O Ministério Público opinou pelo conhecimento e desprovimento do apelo (f. 271-8).

## VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Relator)

Trata-se de apelo interposto por Paulo Alves Acedo e Irene da Mata Meira Silva (f. 250-4), irresignados com a sentença (f. 243-7) que julgou improcedentes os pedidos formulados na ação de usucapião promovida contra o Espólio de Divino Omar Ramos, condenando-os ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em R\$ 2.000.00 (dois mil reais), observado o art. 12 da Lei n. 1.060/50.

Reputam comprovada a posse titulada, justa, mansa e pacífica do imóvel objeto do litígio por mais de 15 (quinze) anos, razão pela qual buscam a reforma da decisão, com o decreto da almejada prescrição aquisitiva.

Segundo a versão da inicial, no ano de 1994, o pai da recorrente Irene Silva, Senhor Pedro Antonio de Meira, adquiriu um terreno urbano localizado na cidade de Ribas do Rio Pardo, medindo 20 (vinte) metros de frente por 60 (sessenta) metros ao fundo, totalizando 1.200 (mil e duzentos) m<sup>2</sup>, através de contrato verbal de compra e venda firmado com o herdeiro do espólio-recorrido, Sr. Ari Ramos. Investindo no imóvel, o Sr. Pedro nele construiu duas casas de moradia, vindo, em meados de 1997, a transferir o bem à sua filha e ao esposo desta, ora apelantes, os quais lhe haveriam sucedido nos direitos possessórios alusivos à coisa, inclusive pagando os tributos e executando benfeitorias, como se donos fossem.

Sucedendo que em 2003 o espólio-apelado aforou contra o casal insurgente uma ação reivindicatória, reclamando a restituição da área supostamente alienada, sustentando encontrar-se ela registrada em nome do *de cuius*, Sr. Divino Omar Ramos. Em decorrência, os interessados propuseram a presente ação de usucapião, contendo dois pedidos: um principal, de declaração da prescrição aquisitiva ordinária de 10 (dez) anos (art. 1.242 do CCB de 2002), e outro subsidiário, veiculando o pleito de declaração da prescrição aquisitiva extraordinária de 15 (quinze) anos (art. 1.238 do CCB de 2.002).

Citado, o espólio contestou, requerendo, preliminarmente, o reconhecimento da conexão entre as demandas reivindicatória e de usucapião, refutando, quanto ao mérito, a pretensão do casal autor, por inexistência de requisitos legais, inerentes ao êxito da medida postulada.

Determinado o apensamento dos feitos para julgamento simultâneo, foram ouvidas as testemunhas indicadas pelas partes na fase de instrução (f. 215-26). Após, sobreveio a sentença objurgada (f. 243-7), onde, dando por inexistentes os requisitos necessários para a aquisição da propriedade, a magistrada julgou improcedentes as pretensões iniciais. Para melhor análise dos argumentos, destaco seus trechos relevantes, *in verbis*:

[...] Oportuno registrar que *in casu*, não se aplica o artigo 1.242 do Código Civil, o qual prevê os requisitos para configuração da usucapião na forma ordinária, ante a existência de justo título a embasar a pretensão dos autores[...] não há como se considerar como justo título o suposto contrato verbal firmado entre o genitor da requerente e um dos herdeiros do requerido[...]

No tocante à usucapião extraordinária [...] não lograram êxito em provar que exerciam a posse mansa e pacífica sobre o imóvel que pretendem usucapir pelo lapso de tempo exigido[...]

A exordial veio instruída com cópia da ação reivindicatória proposta pelo requerido em face dos requerentes no ano de 2003 (f. 24-114), a qual encontra-se apensada ao presente feito (autos n. 041.03.550032-9).

Assim, como a prescrição aquisitiva deixa de correr com a citação válida, que ocorreu em 12 de setembro de 2003 (f. 58), retroagindo, à data da propositura da ação, conforme artigo 219, § 1º, do Código de Processo Civil, o termo final de posse mansa e pacífica dos requerentes ocorreu em 12.8.2003. Ademais, a pendência de lide de natureza real impede o decurso de prazo de usucapião.

As testemunhas devidamente compromissadas, ouvidas durante a instrução que ocorreu no final de 2009, não ratificam as assertivas dos requerentes de que por si e seu antecessor ocupam o imóvel desde 1994 [...]

Desta forma, não tendo os autores demonstrado todos os requisitos da usucapião[...] a improcedência da demanda é a medida que se impõe [...].

Confrontando esse breve apanhado com a irresignação dos sucumbentes, a meu sentir a conclusão de improcedência deve prevalecer, com alguns destaques que agora acresço, autorizado por força dos efeitos devolutivo e translativo, inatos ao recurso de apelo (Cf. art. 515, *caput*, c.c. parágrafo único do CPC; Dorival Renato Pavan. Teoria Geral dos Recursos Cíveis. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 193 e José Carlos Barbosa Moreira. Comentários ao CPC. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 445. v. 5).

A usucapião, grafada no feminino pelo novo Código Civil, traduz um modo especial e originário de aquisição de domínio, via do qual o possuidor, demonstrando certos requisitos inderrogáveis, transforma-se em proprietário. A modalidade ordinária condiciona a aquisição à coexistência de prazo, posse de boa-fé e justo título. Na extraordinária prepondera o transcurso estável do tempo para a convolação do domínio, estreme da natureza psicológica da posse ou do ato de sua transmissão (Cf., Caio Mário. Instituições de Direito Civil: Direitos Reais. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 138; Fábio Ulhoa Coelho. Curso de Direito Civil. SP: Saraiva, p. 83-9. v. 4.; Gomes, Orlando. 10. ed. Direitos Reais. Rio de Janeiro: Forense. p. 152; Maria Helena Diniz. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas. 25. ed. São Paulo: Saraiva. p. 155; Rêmolo Letteriello. Ação de Usucapião Ordinário. São Paulo: Saraiva. p. 5-10; Roberto Senise Lisboa. Manual de Direito Civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva. p. 122-8. v. 4.; San Tiago Dantas. Programa de

Direito Civil: Direito das Coisas. 2. ed. Rio de Janeiro: Rio. p. 157; Silvio de Salvo Venosa. Direitos Reais. 6. ed. São Paulo: Atlas. p. 193; Silvio Rodrigues. Direito das Coisas. 5. ed. São Paulo: Saraiva. p. 188. v. 5; e, Washington de Barros Monteiro. Direito das Coisas. 37. ed. São Paulo: Saraiva. p. 120-2).

Na demanda e no recurso, os interessados postularam pelo decreto principal da usucapião ordinária e, subsidiariamente, pela declaração da usucapião extraordinária em relação à área em conflito. Valendo-me de um critério de lógica, passo a reapreciar separadamente essas duas pretensões, à luz dos motivos da sentença e dos inconformismos apresentados no apelo.

Primeiramente, entendo que a usucapião ordinária merece realmente ser rejeitada, mas por motivos divorciados daqueles lançados na sentença.

Com efeito, a juíza deu por inexistente o justo título, inferindo ser abstratamente impossível considerar como instrumento hábil para tais fins o suposto contrato verbal de compra e venda firmado entre o herdeiro do espólio e o pai da ora apelante. A valoração generalizada não é a melhor, porquanto, de acordo com a abalizada advertência de Silvio Venosa, o vocábulo justo título “[...] não se refere evidentemente ao documento perfeito e hábil para a transcrição. Se houvesse, não haveria necessidade de usucapir”. O *titulus* ou justa causa do Direito Romano deve ser entendido não como qualquer instrumento ou documento que denote propriedade, mas como a “razão pela qual alguém recebeu a coisa do precedente possuidor [...] Escrituras não registráveis por óbices de fato, assim como formais de partilha, compromissos de compra e venda, cessão de direitos hereditários por instrumento particular, recibo de venda, procuração em causa própria, até simples autorização verbal para assumir a titularidade da coisa podem ser considerados justo título. Podem. Se o título apresentado é hábil para o usucapião, é questão a ser decidida no processo[...]” (ob. cit. p. 202).

Em suma, teoricamente o contrato verbal de compra e venda pode até servir de justo título. No caso concreto, ele é imprestável por esbarrar em dois impedimentos de ordem formal inobservados na decisão atacada, os quais passo a destacar.

A princípio, inexistente no processo qualquer prova dos elementos essenciais e constitutivos da avença, ou seja, da coisa, preço e do consentimento entre os virtuais contratantes, sem os quais, falece o suporte mínimo para admitir a juridicidade do acordo (Cf., Antonio Junqueira de Azevedo. Negócio Jurídico – Existência, Validade e Eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva. p. 26-30; Clóvis do Couto e Silva. A obrigação como processo. Rio de Janeiro: FGV, 2007. p. 71; Enzo Roppo. O contrato. Coimbra: Almedina, 2009. p. 84-5; e Ricardo Lorenzetti. Tratado de Los Contratos. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1999. p. 200-1. t. 1). Nenhum documento ou testemunha demonstra satisfatoriamente a real existência do negócio referido. Portanto, os interessados devem responder pela desídia em relação ao ônus, *ex vi* do art. 333, I, do CPC, dispondo incumbir ao autor confirmar o fato constitutivo de seu direito.

Ademais, ainda em sua origem, a obrigação seria espúria. Teria por objeto a transferência de bem imóvel e identificado pertencente a um espólio por um de seus herdeiros, antes mesmo da partilha, e, evidentemente, os direitos aos bens componentes desse tipo de massa patrimonial representam um condomínio legalmente uno e indivisível, sendo juridicamente ineficaz a transação de coisa singular infiel a essa regra, sob pena de subversão do sistema em prejuízo dos cossucessores (Cf. CCB/2002, art. 1.793, § 2º; Silvio de Salvo Venosa. 6. ed. Direito das Sucessões. São Paulo: Atlas. p. 43-4; TJMG, AC n. 1.0024.05.579498-6/001, Décima Quarta Câmara Cível, Rel. Des. Elias Camilo, DJ de 23.11.2006). O que a lei permite, sem qualquer empecilho, é a cessão de quinhão indiviso dos direitos hereditários, situação alheia à presente controvérsia (Cf., Cristiano Chaves de Farias. Direito das Sucessões. Coordenadores: Giselda Hironaka e Rodrigo Pereira. 2. ed. São Paulo: RT. p. 64; e TJMS, AC n. 1000.063273-3, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Divoncir Maran, DJ de 31.10.2001).

Desta forma, carência do justo título inviabiliza o pedido de reconhecimento da usucapião ordinária, tornando desnecessário questionar acerca dos demais requisitos de tempo e posse de boa-fé, visto que, como já alertado, a lei pressupõe a concomitância de todos eles para imprimir efeitos jurídicos de domínio ao fato.

Melhor sorte não assiste ao requerimento de usucapião extraordinária, cuja improcedência deve ser igualmente conservada, mas também com adendo de certas considerações de ordem pública omitidas na sentença, principalmente as referentes ao conflito de direito intertemporal entre Código Civil de 1916 e o de 2002, ponderada a alteração de prazos prescricionais aquisitivos decorrentes de ambos os diplomas e o início da posse discutida no processo.

Segundo dispunha art. 550 do Código de 1916, *“Aquele que, por 20 (vinte) anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu imóvel, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de título de boa-fé, em tal caso, se presume, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual lhe servirá de título para transcrição no Registro de Imóveis”*.

À luz do art. 1238 do Código Civil vigente, *“Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Imóveis”*.

Tratando-se de hipótese em que a posse alegada em usucapião principiou na vigência do Código antigo e incursionou pelo novo, aplica-se o preceito 2.028 do atual diploma, ou seja, *“serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.”*

Interpretando a norma, Mário Luiz Delgado (Cf. Problemas de direito intertemporal no Código Civil. São Paulo: Saraiva. p. 68) ilustra a seguinte solução:

[...] no caso da usucapião extraordinária, se, em 11 de janeiro de 2003, já havia transcorrido mais da metade do prazo velho (por exemplo, onze anos), os possuidores ainda terão que aguardar nove anos para usucapir. Se só houvesse transcorrido dois anos quando da entrada em vigor do novo Código, aplicar-se-ia o prazo reduzido, porém contado da entrada em vigor do Código, o que equivale dizer que os possuidores teriam de esperar ainda quinze anos para adquirir a propriedade.

No mesmo sentido, Flávio Tartuce, citando, inclusive, a jurisprudência do STJ (Cf. Manual de Direito Civil. São Paulo: Método, 2011, p. 839):

É notório o entendimento majoritário, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, de que no caso de redução de prazos de prescrição, transcorrido metade ou menos da metade do prazo anterior, o prazo novo deve ser contado a partir da entrada em vigor do novo Código Civil (nesse sentido, ver: STJ, REsp n. 905.210/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 15.5.2007, v.u.)[...].

Aplicados os dispositivos à espécie, segundo os próprios interessados, a suposta posse iniciou em 1994, transmitindo-se a eles em 1997. O novo Código Civil passou a vigorar em 11(onze) de janeiro de 2003, de modo que havia decorrido apenas 9 (nove) anos sob o regime prescrito antigo, portanto menos da metade do prazo total de 20 (vinte) anos exigido no art. 550 revogado. Assim, tem-se que, aplicado o preceito 2.028 do atual CCB, o prazo a ser exigido dos autores-recorrentes para a consumação da usucapião extraordinária é o de 15 (quinze) anos, contados a partir da data da vigência do novo diploma.

Nessa ótica, impossível conceber a almejada aquisição do domínio. Mesmo fosse a posse do imóvel considerada como transmitida e mantida com ânimo de dono entre familiares desde 1994, imperam contra

ela dois obstáculos: a) houve o reinício da contagem decorrente do advento do novo Código Civil, zerando em janeiro de 2003, todo o prazo até então ostentado e b) o ajuizamento paralelo de ação reivindicatória pelo espólio-proprietário teve o condão de interromper o período aquisitivo recém-inaugurado em agosto do mesmo ano de 2003. Aliás, esta última consequência operou-se em virtude da incidência conjunta dos art. 202, I, e 1.244 do Código Civil, indicando ser o despacho que ordena a citação em ação real – e não a data da efetivação da citação –, como afirmado pela juíza, a causa mais que suficiente para o recomeço do prazo prescricional aquisitivo.

Por conseguinte, consumados apenas 7 (sete) meses de posse após a última interrupção, correspondentes ao espaço entre janeiro e agosto de 2003, o desfecho de improcedência da usucapião extraordinária é o caminho acertado. Como ensina Washington de Barros Monteiro, para a ação especial ter êxito *“a posse ad usucapionem deve ser ininterrupta e sem oposição, além de ser exercida com ânimo de dono (quantum possessum, tantum praescriptum). Tais requisitos são indispensáveis, cumprindo assim ao autor, que pretende o reconhecimento da usucapião, demonstrar que sua posse sobre o imóvel, exercida com animus domini, durante o prazo legal, nunca foi interrompida, nem sofreu oposição ou contestação de quem quer que seja.”* (ob. cit. p. 124).

No mesmo sentido, tem decidido esta 4ª Turma Cível, conforme se infere do seguinte e recente precedente:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO – NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS EXIGIDOS EM LEI – INSUFICÊNCIA DE PROVAS – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Os requisitos necessários para aquisição do imóvel pela via de usucapião em qualquer das suas modalidades devem estar devidamente comprovados, mediante provas hábeis a demonstrar a posse mansa, pacífica e ininterrupta dos autos pelo tempo necessário.

Sendo precárias as provas trazidas pelos autores, eis que não são firmes a confirmar as alegações iniciais, a improcedência da demanda é medida imperiosa. (TJMS, AC n. 2010.013905-8, Ribas do Rio Pardo, Rel. Des. Rêmolo Letteriello, DJ de 21.9.2010).

Em face do exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento, mantendo a sentença de improcedência, com adição de fundamentos. A conclusão segue o parecer do Ministério Público.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Ruy Celso Barbosa Florence, Dorival Renato Pavan e Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 31 de maio de 2011.

\*\*\*

**Quarta Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2010.032419-0 - Ribas do Rio Pardo**  
**Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO – AÇÃO REIVINDICATÓRIA – PRELIMINARES RECURSAIS ACOLHIDAS – DESNECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ATESTADA – APELO ADESIVO INTERPOSTO SEM RECOLHIMENTO DE CUSTAS POR PARTE DESPROVIDA DE HIPOSSUFICIÊNCIA – PRECLUSÃO CONSUMATIVA IMPEDITIVA DO CONHECIMENTO DE TAL SÚPLICA – MÉRITO DO APELO PRINCIPAL INTERPOSTO PELOS RÉUS SUCUMBENTES – ÊXITO DA DOMINIAL MANTIDO – DEMONSTRAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS INERENTES À MEDIDA – DIREITO DE INDENIZAÇÃO POR CONSTRUÇÕES ENVIADAS NO IMÓVEL REIVINDICADO – RELEVÂNCIA DE PARTICULARIDADES FÁTICAS DO LITÍGIO – PARCIAL REFORMA APENAS PARA ASSEGURAR A REPARAÇÃO DO PREJUÍZO DECORRENTE.

A intervenção obrigatória do Ministério Público só se justifica quando houver interesse público ou transindividual latente, inócua em ação reivindicatória envolvendo litígio entre maiores e capazes.

Segundo a atual e pacífica orientação do STJ, mesmo sendo os apelantes principais beneficiários da justiça gratuita, tal condição pessoal em momento algum autoriza o recorrente adesivo desprovido de hipossuficiência a fruir automaticamente da dispensa do recolhimento de custas e demais encargos financeiros do processo. Em casos tais, a inadmissibilidade do adesivo interposto sem preparo é a medida que se impõe.

Demonstrados eficazmente todos os pressupostos da petição: a titularidade do domínio da área reivindicada, a individuação da coisa e a posse injusta dos réus, ou seja, a posse desprovida de melhor registro imobiliário ou de causa jurídica tutelada pelo ordenamento, deve ser mantido o resultado de procedência da pretensão.

A junção da má-fé dos possuidores irregulares com a má-fé dos proprietários que, somente após a construção permitida, enviam ação reivindicatória para a recuperação do terreno, resolve-se na restituição da área aos herdeiros, onerada da obrigação de indenizar o valor atualizado das acessões. Inteligência do art. 1.256 do atual CCB, correspondente ao preceito 548 do CCB de 1916.

Não se verifica óbice ao referido direito por ausência de individuação específica e pormenorizada da acessão a ser reparada, caso inexistente controvérsia sobre sua existência e tenha sido erigida por possuidores humildes e de reduzida instrução, assistidos, em grande parte do feito, por negativa geral decorrente de manifestações lacônicas da Defensoria Pública. Particularidades fáticas do litígio, evidenciado ser perfeitamente possível e, sobretudo, é equo, remeter a apuração das perdas à fase de liquidação por arbitramento, coibindo o enriquecimento sem causa dos litigantes mais favorecidos.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juizes 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 Paulo Alves Acedo e outro e não conhecer do recurso do Espólio de Divino Omar Ramos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 31 de maio de 2011.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence – Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Trata-se de apelo interposto por Paulo Alves Acedo e Irene da Mata Meira Silva (f. 199-203), irrisignados com a sentença (f. 190-5) que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação reivindicatória cumulada com reparação de danos morais e patrimoniais, promovida pelo Espólio de Divino Omar Ramos, determinando a reintegração do imóvel em favor do polo ativo e arbitrando sucumbência recíproca entre os contendores, nos termos do art. 21 do CPC.

Reputam comprovada a posse titulada, justa, mansa e pacífica do imóvel objeto do litígio, razão pela qual buscam a reversão da decisão.

Subsidiariamente, rogam pela indenização das construções efetuadas na área em conflito.

O Espólio de Divino Omar Ramos tirou recurso adesivo (f. 212-7), protestando pela reparação dos danos materiais, negados em primeiro grau.

Contrarrazões às f. 226-30.

O Ministério Público opinou pela desnecessidade de sua intervenção no feito (f. 237-40).

## **VOTO**

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Relator)

Trata-se de apelo interposto por Paulo Alves Acedo e Irene da Mata Meira Silva (f. 199-203), irrisignados com a sentença (f. 190-5) que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação reivindicatória cumulada com reparação de danos morais e patrimoniais, promovida pelo Espólio de Divino Omar Ramos determinando a reintegração do imóvel em favor do polo ativo e arbitrando sucumbência recíproca entre os contendores, nos termos do art. 21 do CPC.

Reputam comprovada a posse titulada, justa, mansa e pacífica do imóvel objeto do litígio, razão pela qual buscam a reversão da decisão.

Subsidiariamente, rogam pela indenização das construções efetuadas na área em conflito.

Espólio de Divino Omar Ramos tirou recurso adesivo (f. 212-7), protestando pela reparação dos danos materiais, negados em primeiro grau.

Inicialmente, aprecio duas preliminares, uma alusiva à desnecessidade de intervenção do Ministério Público, manifestada pelo Órgão às f. 237-40 e outra que suscito de ofício, referente à inadmissibilidade do recurso adesivo aviado pelo Espólio de Divino Ramos.

Com efeito, assiste razão ao nobre Procurador de Justiça, Dr. Mauri Ricciotti. Nenhum interesse público ou transindividual capaz de ensejar a participação do *Parquet* se apresenta na espécie, adstrita à discussão de interesses patrimoniais entre pessoas capazes, fica, pois, dispensada a sua manifestação quanto ao mérito recursal.

Quanto ao apelo adesivo, segundo a atual e pacífica orientação do STJ, mesmo sendo os apelantes principais beneficiários da justiça gratuita, como, aliás, sucede na espécie, tal condição pessoal em momento algum autoriza o recorrente adesivo desprovido de hipossuficiência, no caso do Espólio, a fruir automaticamente da dispensa do recolhimento de custas e demais encargos financeiros do processo.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL ADESIVO. RECURSO ESPECIAL PRINCIPAL AMPARADO PELA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. BENEFÍCIO QUE NÃO SE ESTENDE AO APELO ADESIVO. PRECEDENTE.

I. A assistência judiciária que goza a arte que interpõe o recurso principal não se estende à parte contrária, que dela não frui, pelo que imprescindível o recolhimento do preparo do adesivo, sob pena de deserção.

II. Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp n. 912.336/SC, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 2.12.2010, DJ de 15.12.2010).

Portanto, o apelo do Espólio padece de irregularidade formal impossível de ser sanada, consistente na ausência do recolhimento de preparo no ato de sua interposição (f. 212-7). Desta forma, ante a preclusão consumativa, dele não conheço, embasado no posicionamento do Tribunal da Cidadania.

Vencidas as prefaciais, passo a analisar a apelação dos recorrentes Paulo Acedo e Irene Silva, antecipando aos pares que meu entendimento é pela reforma parcial da sentença atacada.

Em relação à procedência da pretensão principal, acertou a juíza. O espólio fez jus ao êxito, demonstrando eficazmente todos os pressupostos da petição: a titularidade do domínio da área reivindicada, a individuação da coisa e a posse injusta dos réus, ou seja, a posse desprovida de melhor registro imobiliário ou de causa jurídica tutelada pelo ordenamento (Cf. Carvalho Santos. Código Civil Interpretado. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. p. 277. v. 7; Marco Viana. Tutela da Propriedade Imóvel. São Paulo: Saraiva. p. 17-8; Paulo Tadeu Haendchen e Rêmolio Letteriello. Ação Reivindicatória. 6. ed. São Paulo: Saraiva. p. 44-9 e Pontes de Miranda. Tratado de Direito Privado. São Paulo: RT. p. 17. t. 14).

A controvérsia devolvida concentra-se apenas em dois tópicos suscitados na defesa dos réus-recorrentes, consistentes na oposição de usucapião e na indenização de construções executadas no imóvel discutido.

A tese de usucapião não encontra amparo nas provas coligidas. Aliás, os demandados ajuizaram ação autônoma para o reconhecimento da prescrição aquisitiva, obtendo sentença de improcedência, mantida em voto de minha lavra, ratificando a ausência de título e tempo capazes de justificar a transmutação da posse em domínio.

Entretanto, no tocante à indenização por acessões, algumas considerações merecem atenção.

Indeferido o pleito, a magistrada teceu as seguintes considerações (f. 194):

[...] No tocante ao pedido de indenização por benfeitorias, o mesmo não merece prosperar, pois os requeridos não especificam as benfeitorias supostamente realizadas, tampouco demonstraram detalhadamente os gastos com as mesmas, sendo que a simples alegação de que realizaram certa obra, não pode servir de sustentáculo para o referido pedido.

Finalmente, para que possa ser exercido o direito de retenção, é imprescindível que a parte discrimine de forma específica todas as benfeitorias realizadas no bem, o estado anterior e atual da coisa, o custo e o valor atual das mesmas, bem como a valorização da coisa decorrente das benfeitorias, o que não ocorreu *in caso*. Dessa maneira, o direito de retenção está prejudicado por falta de comprovação das benfeitorias ora alegadas [...].

Respeitada a posição da julgadora, discordo da solução preconizada, ressalvando, de pronto, não versar a questão sobre benfeitorias, que corporificam acréscimos à coisa preexistente, mas sim sobre acessões, formadas por construções inéditas na propriedade.

Assentada a premissa, malgrado consequência alguma tenha a boa-fé subjetiva das partes para o êxito da reivindicatória, a sua averiguação é de suma importância para a apuração do direito à indenização ou retenção de benfeitorias, plantações ou construções, enviadas pelos possuidores na área discutida. Por outras palavras, o sucesso da demanda dominial, baseado na constatação de posse injusta (carente de melhor título) dos requeridos, não lhes prejudica a virtual reparação ou o *ius tolendi*, em relação aos acréscimos ou melhoramentos constituídos no terreno em questão.

Pois bem. Segundo apurado, a posse exercida sobre o bem pelo casal de demandados Paulo e Irene foi transmitida, junto com a doação do que nele havia, pelo pai desta, Sr. Pedro Antônio de Meira, o qual, por sua vez, obteve a área limpa de um dos herdeiros do espólio, Sr. Ari Ramos. Conforme já abordado na conexa ação de usucapião, a natureza jurídica dessa transmissão é objetivamente espúria, envolvendo transferência de coisa singular da herança, massa patrimonial indivisa. Outrossim, a qualidade do ato de transmissão também é nebulosa, pois, à míngua do esforço da defesa ao tentar provar uma venda, persiste um quadro de instabilidade probatória, pendendo para a ocorrência de comodato (empréstimo gratuito). O próprio Sr. Pedro, possuidor originário, discrepa a esse respeito, ora relata ter recebido o imóvel para cuidar, ora afirma tê-lo obtido por doação, tendo ainda levantado a versão de compra mediante pagamento do valor de uma televisão (f. 142, 170-1).

Sem embargo da insuficiência de formalidades do título de transmissão e da inaptidão de prazo a convolar a prescrição aquisitiva, algumas particularidades fáticas amparam a indenização das construções erigidas.

É inegável que os possuidores, pessoas humildes e de pouca alfabetização (f. 43 e 45), agiam na distorcida crença e exteriorização de proprietários, com amparo no comportamento omissivo dos herdeiros e alimentados pela conduta do cossucessor Ari, que, no mínimo, autorizou-lhes a permanência na área. Numa cidade de pequeno porte como a de Ribas do Rio Pardo, local da situação, construíram, à vista de todos, uma edificação e lá habitavam, sem qualquer oposição ou impedimento, ferindo o que de comum acontece presumir a ignorância dos interessados no tocante à utilização paralela do imóvel, por terceiros, como se fossem donos. Os efeitos residuais dessa situação foram inclusive indiretamente reconhecidos pelo espólio, o qual, através de advogado munido de poderes para confessar e transigir requereu à f. 93 a suspensão do feito diante da possibilidade de acordo para indenizar os possuidores quanto às construções ou, mesmo, vender-lhes a prazo o imóvel debatido.

Certamente, tais circunstâncias não podem ser interpretadas como postura de absoluta boa-fé dos possuidores, tamanha a gama de obstáculos revelados a irregularidade da relação com a coisa, destacando-se a citação para responder à ação reivindicatória. Todavia, torna lícito, a meu ver, o direito de indenização desprovido do direito de retenção em face das construções anteriormente erigidas no imóvel, por aplicação expressa do art. 1.256 do atual CCB, correspondente ao preceito 548 do CCB de 1916, assim redigido: “*Art. 1.256. Se de ambas as partes houve má-fé, adquirirá o proprietário as sementes, plantas e construções, devendo ressarcir o valor das acessões.*”

Sintetizando, a junção da má-fé dos possuidores irregulares com a má-fé dos proprietários que, somente após a construção permitida, envidaram ação reivindicatória para a recuperação do terreno, resolve-se na restituição da área aos herdeiros, onerada da obrigação de indenizar o valor atualizado das acessões. Como bem observa o civilista Francisco Eduardo Loureiro, a solução dada pela lei foi a de o dono do solo apropriar-se das acessões, que se incorporam ao prédio, mas em contrapartida indenizar o seu valor ao construtor/plantador, evitando, assim, o enriquecimento sem causa de qualquer das partes (Cf. Código Civil Comentado. Coordenador Ministro Cezar Peluso. 4. ed. São Paulo: RT. p. 1258).

Continuando, alerto que, ao revés do entendido pela sentenciante, não verifico óbice ao referido direito por ausência de individualização específica e pormenorizada de acessão a ser reparada. Como já externei, a hipótese envolve, de um lado, herdeiros com alto poder aquisitivo, patrocinados por vários advogados e, de outro, possuidores humildes e de reduzida instrução, assistidos em grande parte do feito por negativa geral decorrente de manifestações lacônicas da Defensoria Pública. Portanto, incontroversa a existência de construção, admitida até pelo espólio, mostra-se perfeitamente possível e, sobretudo, é equo, remeter a apuração das perdas à fase de liquidação por arbitramento, coibindo o enriquecimento sem causa dos litigantes mais favorecidos.

Um último destaque se faz imperativo. A indenização assegurada por força do presente acórdão não abrange o direito de retenção e não impede a execução provisória do julgado na parte favorável do espólio, cabendo ao magistrado responsável pelo processo decidir à luz de sua livre persuasão racional se houver pedido expresso nesse sentido. Evidentemente, a única condicionante à eventual antecipação de reintegração será a prévia avaliação judicial da acessão, sob pena de tornar-se ineficaz a liquidação do prejuízo inerente à perda das edificações.

Em face do exposto, não conheço do apelo adesivo interposto pelo Espólio de Divino Omar Ramos. Conheço do apelo tirado por Paulo Acedo e Irene Silva e dou-lhe parcial provimento apenas para assegurar a indenização pelo valor atualizado das construções efetuadas no imóvel, as quais deverão ser apuradas em fase de liquidação por arbitramento, nos termos da fundamentação e do art. 475-C, II, do CPC. Mantenho, quanto ao mais, a sentença objurgada.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

**POR UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DE PAULO ALVES ACEDO E OUTRO, E NÃO CONHECERAM DO RECURSO DO ESPÓLIO DE DIVINO OMAR RAMOS, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.**

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Ruy Celso Barbosa Florence, Dorival Renato Pavan e Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 31 de maio de 2011.

\*\*\*

**Primeira Seção Cível**  
**Mandado de Segurança n. 2010.033910-8 - Capital**  
**Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence**

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CORTE ABRUPTO DE PENSIONAMENTO DE FILHA DECORRENTE DE MORTE DE PAI SERVIDOR PÚBLICO – SUPRESSÃO BASEADA APENAS NO ATINGIMENTO DA IDADE DE 21 ANOS – PARTICULARIDADES FÁTICAS ATESTANDO DIREITO ADQUIRIDO À BENESSE ATÉ 24 ANOS – APROVAÇÃO EM VESTIBULAR E NECESSIDADE DOS VALORES PARA A MANUTENÇÃO DIGNA DA BENEFICIÁRIA – ORDEM CONCEDIDA.

O sistema de benefício é regido pela lei vigente à época do óbito do segurado, de forma que, falecido o pai da impetrante no ano de 2000, a ela se aplica o atualmente revogado art. 6º, II, da Lei n. 2.207/00, prevendo a extensão da pensão até 24 anos de idade, para os filhos de dependentes que frequentadores de curso superior.

Ademais, segundo precedentes emanados de nosso Tribunal, a simples constituição da maioria não gera a automática cessação do direito ao pensionamento decorrente de morte de genitor servidor público, merecendo relevo as particularidades fáticas de cada caso concreto no cotejo da legalidade da supressão. Comprovado que a destinatária detém direito adquirido ao regime jurídico mais favorável e está cursando faculdade e necessita da quantia, é de rigor a concessão de ordem para manter o benefício em sede de mandado de segurança, até que complete a idade de 24 (vinte e quatro) anos, prestigiando-se assim a interpretação conforme a Constituição Federal, adotada pela maioria da Corte Estadual.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e com o parecer, conceder a segurança.

Campo Grande, 6 de junho de 2011.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Débora Cândida Alfonso impetrou mandado de segurança contra ato coator praticado pelo Secretário de Gestão Pública do Estado de Mato Grosso do Sul e Estado de Mato Grosso do Sul, consistente na supressão da pensão que lhe era concedida, em razão da morte de seu pai, o qual ostentava a qualidade de servidor público estadual, tão somente pelo fato de ela ter completado 21 anos de idade. Alega estar cursando ensino superior no Curso de Graduação de Tecnologia pela Universidade Estácio de Sá, em Santa Catarina, onde reside, necessitando da permanência do benefício até completar 24 anos de idade, sob pena de inviabilizar sua educação. Pugnou por liminar, com concessão final da segurança.

A liminar foi concedida na decisão de f. 97-8 e mantida diante do desprovimento do Agravo Regimental n. 2010.033910-8/0001.00, contra ela interposto pelo polo passivo.

Encampando as autoridades coatoras, o Estado de Mato Grosso do Sul prestou informações (f. 113-24), batendo-se pela inexistência de direito líquido e certo à manutenção da pensão discutida.

## VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Relator)

É mandado de segurança impetrado por Débora Cândida Alfonso contra ato coator praticado pelo Secretário de Gestão Pública do Estado de Mato Grosso do Sul e Estado de Mato Grosso do Sul, consistente na supressão da pensão que lhe era concedida, em razão da morte de seu pai, o qual ostentava a qualidade de servidor público estadual, tão somente pelo fato de ela ter completado 21 anos de idade. Alega estar cursando ensino superior no Curso de Graduação de Tecnologia pela Universidade Estácio de Sá, em Santa Catarina, onde reside, necessitando da permanência do benefício até completar 24 anos de idade, sob pena de inviabilizar sua educação. Pugnou por liminar, com concessão final da segurança.

A liminar foi concedida na decisão de f. 97-8 e mantida diante do desprovimento do Agravo Regimental n. 2010.033910-8/0001.00, contra ela interposto pelo polo passivo.

Encampando as autoridades coatoras, o Estado de Mato Grosso do Sul prestou informações (f. 113-24), batendo-se pela inexistência de direito líquido e certo à manutenção da pensão discutida.

### **A concessão da ordem é medida que se impõe.**

Inicialmente, o sistema de benefício é regido pela lei vigente à época do óbito do segurado, de forma que, falecido o pai da impetrante no ano de 2000 (f. 21), por força de direito adquirido, a ela se aplicaria o atualmente revogado art. 6º, II, da Lei n. 2.207/00, prevendo a extensão da pensão até 24 anos de idade para os filhos de dependentes que frequentadores de curso superior.

Tal constatação seria suficiente para embasar o êxito da mandamental.

A par disto, conforme a orientação majoritária deste Tribunal, o advento da maioria, por si só, não gera a automática cessação do direito ao pensionamento, merecendo relevo as particularidades fáticas de cada caso concreto no cotejo da legalidade da supressão.

Evidentemente, ao revés do sustentado pelas autoridades coatoras, a solução deste tipo de conflito é incompatível com a aplicação objetiva de regras com base no tudo ou nada, envolvendo sim a ponderação de princípios, no caso, a dignidade da pessoa humana contrastada com o interesse previdenciário estatal, dentre os quais um deve ceder, sem implicar declaração de invalidade daquele momentaneamente preterido. Como alerta Robert Alexy, os conflitos de regras se resolvem pelo plano estrito da validade, já a colisão de princípios remete à apuração da dimensão de seu peso, ante as especificidades da hipótese enfrentada (Cf. *Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales*, 1993. p. 89).

Portanto, comprovado que a destinatária está cursando faculdade e necessita da quantia para sua sobrevivência, é de rigor a mais valia da dignidade da pessoa humana consistente na outorga de segurança, prestigiando-se assim a interpretação conforme a Constituição Federal.

Quanto ao limite temporal do benefício, em reforço de argumentação, além da utilização ultrativa do supracitado art. 6º, II, da Lei n. 2.207/00, também invoco, por analogia, o artigo 8º, II, “b”, da Lei Federal

n. 9.250/95, o qual, regulamentando o recolhimento do imposto de renda de pessoas físicas, estabelece, para efeito de deduções, serem considerados como dependentes do contribuinte todos os filhos maiores até 24 anos de idade, caso ainda estejam cursando ensino superior ou escola técnica de segundo grau. A adoção desta idade limite pela União, como marco presuntivo de necessidade, ilustra ser razoável a sua imposição também para fins previdenciários em relação ao Estado.

Nesse sentido, vem decidindo a Corte Estadual:

MANDADO DE SEGURANÇA – PENSÃO POR MORTE DE SERVIDOR PÚBLICO – REGRA VIGENTE AO TEMPO DO FATO GERADOR – REQUISITOS COMPROVADOS – DIREITO LÍQUIDO E CERTO ASSEGURADO – REITERADOS PRECEDENTES DO RESPECTIVO TRIBUNAL – CONCESSÃO. (TJMS, MS n. 2010.028218-4, Primeira Seção Cível, Rel. Des. Paschoal Leandro, DJ de 31.1.2011).

MANDADO DE SEGURANÇA – PENSÃO POR MORTE – PRORROGAÇÃO DO BENEFÍCIO – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE AFASTADA – TEORIA DA ENCAMPAÇÃO – MAIOR CURSANDO ENSINO SUPERIOR – POSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO ATÉ 24 ANOS – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO ACESSO À EDUCAÇÃO – VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO CARACTERIZADA – ORDEM CONCEDIDA.

Afasta-se a preliminar de ilegitimidade da autoridade impetrada quando esta, ao prestar as informações e defesa, contesta o mérito da pretensão, em observância à teoria da encampação. A Constituição Federal, ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, em seu artigo 6º, garante como direito social de todo cidadão, o acesso à educação, devendo-se aplicar analogicamente os dispositivos da Lei Federal n. 9.250/95 que prescreve o limite de 24 anos para a perda da qualidade de dependente quando este estiver cursando ensino superior. O ato praticado pela autoridade impetrada ofende o direito líquido e certo da impetrante ter acesso à educação, e até mesmo a seu sustento, necessário para que viva dignamente até a conclusão de sua formação profissional. Ilegalidade consistente na violação aos art. 1º, III, 6º e 205 da CF. Ordem concedida. (TJMS, MS n. 2009.029209-5, Capital, Segunda Seção Cível, Rel. Des. Marco André Nogueira Hanson, DJ de 12.4.2010).

AGRAVO – BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO – ESTUDANTE MAIOR DE 18 ANOS – DIREITO À MANUTENÇÃO ATÉ A CONCLUSÃO DA FACULDADE – VEROSSIMILHANÇA E PERIGO NA DEMORA – INTERLOCUTÓRIA ATACADA MANTIDA. Tendo como norte o direito à educação, deve ser resguardada a percepção de pensão previdenciária por morte, ainda que o seu beneficiário tenha atingido a maioridade, até que ele complete 24 (vinte e quatro) anos, no intuito de possibilitar o custeio de seus estudos universitários. Presentes a verossimilhança e o perigo de dano irremediável, mantém-se a antecipação de tutela resguardando tal direito, afastando-se a discussão açodada do mérito a ser decidido somente no fim do litígio. (TJMS, Ag n. 2008.034264-1, Fátima do Sul, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, DJ de 27.1.2009).

AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA PENSÃO POR MORTE. POSSIBILIDADE DE RECEBIMENTO DA PENSÃO ATÉ OS 24 ANOS DE IDADE POR ESTAR CURSANDO CURSO SUPERIOR. [...]. Filhos dependentes de segurados têm direito a receber o benefício da pensão por morte daqueles, até completarem 24 anos de idade, desde que comprovado que estejam freqüentando curso superior. Recurso improvido. (TJMS, AgRg em MS n. 2008.029259-7/0001-00, Campo Grande, Segunda Seção Cível, Relª Desª Tânia Garcia de Freitas Borges, DJ de 19.12.2008, p. 53).

MANDADO DE SEGURANÇA – PENSÃO POR MORTE – BENEFÍCIO DEVIDO ATÉ OS 24 ANOS DE IDADE, DESDE QUE FREQUENTE CURSO UNIVERSITÁRIO.

Universitário cujo pai é servidor falecido tem direito a receber pensão por morte até a idade de 24 anos. (TJMS, MS n. 2008.016945-6, Capital, Primeira Seção Cível, Rel. Des. Josué de Oliveira, DJ de 1.12.2008).

MANDADO DE SEGURANÇA – PENSÃO POR MORTE – LIMITE DE IDADE – 18 ANOS – DEPENDENTE CURSANDO ENSINO SUPERIOR – PRELIMINARES – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – ANALISADAS CONJUNTAMENTE COM O MÉRITO – MÉRITO – VIOLAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO GARANTIDO CONSTITUCIONALMENTE – APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI ESTADUAL N. 2.207/2000 E DA LEI FEDERAL N. 9.250/95 QUE ESTABELECE LIMITE DE 24 ANOS – ORDEM CONCEDIDA. (TJMS, MS n. 2007.035173-3, Capital, Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes, DJ de 16.7.2008).

Em face do exposto, com o parecer, concedo a segurança, nos termos da fundamentação, tornando definitiva a liminar já outorgada às f. 97-8, com os acréscimos ora apresentados. Sem custas ou honorários, porque incabíveis na espécie (Súmulas n. 105 STJ e 512 STF).

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

**POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, CONCEDERAM A SEGURANÇA.**

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Ruy Celso Barbosa Florence, Sérgio Fernandes Martins, Josué de Oliveira e Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 6 de junho de 2011.

\*\*\*

**Primeira Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2009.020582-7 - Campo Grande**  
**Relator Des. Sérgio Fernandes Martins**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – BEM INDIVISÍVEL – PRELIMINAR DE NULIDADE – SENTENÇA *EXTRA PETITA* – AFASTADA – QUOTA PARTE DA MEEIRA – DEVIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Inocorre o vício da sentença *extra petita*, quando o magistrado examina a pretensão deduzida pelo demandante e aplica o direito ao caso concreto, mesmo que se utilizando de fundamentos diversos daqueles trazidos na inicial, contanto que haja nítida correlação entre a sentença, o pedido e a causa de pedir.

A propósito, conforme pacificado na jurisprudência, “*embora intimado da penhora em imóvel do casal, o cônjuge do executado pode opor embargos de terceiro para defesa de sua meação*”. Nesse passo, repise-se, o cônjuge intimado da penhora poderá promover embargos do devedor, para defender-se do título, da dívida e da regularidade do procedimento executivo, ou promover embargos de terceiro para defender sua meação.

## ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 27 de abril de 2011.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Trata-se de recurso de apelação interposto por Atacadão – Distribuição, Comércio e Indústria Ltda. – contra decisão que julgou procedentes os embargos de terceiro que lhe move Maria de Fátima Pereira Souza.

O apelante, em suma, sustenta que:

Como se nota sem maiores dificuldades, o julgamento dado pelo juízo a quo foi *extra petita*, diverso daquele constante na exordial (f. 134).

Está bem claro que a apelada pediu na sua inicial a nulidade da penhora por não ter sido respeitada a metade que lhe pertence no imóvel do casal (f. 135).

Em contrapartida, a dita procedência na sentença ora apelada foi para que se pagasse à apelada a metade do obtido com a alienação judicial do imóvel, ou seja, algo totalmente diverso do pedido (f. 135).

[...] o pedido de reserva da meação do produto da alienação judicial não é pertinente à ação de embargos de terceiro, mas sim a própria incidental no processo principal de execução (f. 137).

Portanto, mesmo superando todas as considerações acima, tem-se claro que a apelada não pode ser beneficiada como a condenação da apelante às sucumbências, já que foi ela própria quem deu causa a falta de sua intimação como cônjuge do executado, cônjuge esta até então inexistente para o processo de execução (f. 137).

Por fim, requer “*a reforma da sentença proferida nos autos para reverter o deferimento do pedido de nulidade da penhora e da procedência da reserva da meação do valor obtido com a alienação judicial do imóvel penhorado, revertendo as sucumbências*” (f. 138).

Em pedido alternativo, pugna para que “*seja considerado que quem deu causa a falta de intimação da apelada foi ela própria ao não manter atualizado o documento do imóvel penhorado que valeria contra terceiros de boa-fé (no caso a apelante) e seja julgado procedente o pedido, mas não vitoriosa a mesma no que diz respeito às sucumbências*” (f. 138).

A apelada, devidamente intimada, apresentou as contrarrazões (f. 146-9).

## VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Atacadão – Distribuição, Comércio e Indústria Ltda. – contra decisão que julgou procedentes os embargos de terceiro que lhe move Maria de Fátima Pereira Souza.

Com efeito, a ora apelada manejou embargos de terceiro em face da empresa apelante, aduzindo, em síntese, que a penhora realizada nos autos do processo de execução promovido em face de seu marido recaiu sobre imóvel de propriedade do casal, o que abrange, portanto, inclusive, a sua meação.

A sentença, como relatado, julgou procedentes os embargos de terceiro para determinar a restituição da meação da ora apelada, deve ser, portanto, resguardada a sua metade no produto que vier a ser obtido com a alienação judicial do imóvel.

### **Preliminar de nulidade da sentença**

A empresa apelante suscita, em suas razões recursais, preliminar de nulidade da sentença, sob o fundamento de que é *extra petita*.

Sem razão, contudo, a recorrente.

Ora, cediço que incorre julgamento além do pedido quando o magistrado examina a pretensão deduzida pelo demandante e aplica o direito ao caso concreto, mesmo que se utilize de fundamentos diversos daqueles trazidos na inicial, contanto que haja na decisão proferida nítida correlação entre a sentença, o pedido e a causa de pedir.

No caso dos autos, o que se vê é que a apelada, na qualidade de cônjuge do devedor, formulou requerimento de reconhecimento da nulidade da penhora, afirmando ser o bem constritado impenhorável, objetivando, ainda, livrar a sua meação. Entretanto, o magistrado de origem, não anulou a penhora, mas apenas determinou a reserva da quota-parte da apelada, produto este a ser obtido na alienação do bem indivisível.

Portanto, não há falar em julgamento *extra petita*, no caso, pois a pretensão da apelada foi acolhida em parte, conforme pedido expresso contido na inicial dos embargos de terceiro, cujo objetivo era, em última análise, obter a anulação da penhora.

Assim, o juiz da causa nada mais fez do que determinar o pagamento de dívida executada com o produto de parte no bem penhorado, forte no artigo 655-B do CPC<sup>1</sup> e na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça<sup>2</sup>.

Por tais razões, rejeito a preliminar suscitada.

No mérito, a empresa apelante aduz que a ora apelada é quem deve responder pela sucumbência, em razão do princípio da causalidade, ou seja, aquele que afirma que quem deve arcar com as custas do processo é quem deu azo à sua propositura.

Anote-se, entretanto, que, ao contrário do que alega a recorrente, a ora apelada, quando da penhora do bem imóvel, tinha o direito de ingressar com os presentes embargos de terceiro para defender a sua meação.

A propósito, veja-se a seguinte jurisprudência: “[...] embora intimado da penhora em imóvel do casal, o cônjuge do executado pode opor embargos de terceiro para defesa de sua meação”<sup>3</sup>.

Nesse passo, repise-se, o cônjuge intimado da penhora pode promover embargos do devedor para questionar o título, a própria dívida e, também, a regularidade do procedimento executivo, bem como pode opor embargos de terceiro para defender sua meação.

Ora, na hipótese, quem, de fato, deu causa à oposição dos embargos de terceiro foi a empresa apelante que procedeu à penhora de bem indivisível, que pertence também à esposa do executado e, em razão disso, por assim agir, deu azo à correta decisão que, ao julgar procedentes os embargos, condenou a ora apelante ao pagamento dos ônus de sucumbência.

Diante do exposto, nego provimento ao presente recurso, mantendo incólume a sentença de origem.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

**POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.**

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

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

Campo Grande, 27 de abril de 2011.

\*\*\*

1 Art. 655-B. Tratando-se de penhora em bem indivisível, a meação do cônjuge alheio à execução recairá sobre o produto da alienação do bem.

2 REsp n. 697893/MS, REsp n. 111179/SP.

3 Súmula n. 134 do Superior Tribunal de Justiça, in DJU de 5.5.1995.

**Primeira Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2010.009155-2 - Campo Grande**  
**Relator Des. Sérgio Fernandes Martins**

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO COMINATÓRIA – BLOQUEIO DE SALÁRIO NA CONTA CORRENTE PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – DÍVIDA DE CARTÃO DE CRÉDITO – IMPOSSIBILIDADE – APLICAÇÃO DO INC. IV DO ART. 649 DO CPC – DANO MORAL CONFIGURADO – JUROS DE MORA – A PARTIR DA CITAÇÃO – CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DO ARBITRAMENTO – RECURSO DO BANCO NÃO PROVIDO – RECURSO DA PARTE PARCIALMENTE PROVIDO.

Consoante disposição do inc. IV do art. 649 do CPC, não é admissível o bloqueio dos vencimentos percebidos pelo autor, que são indispensáveis para a sua subsistência.

A comprovada a conduta lesiva da instituição financeira em bloquear a conta-salário do autor caracteriza o dano moral capaz de gerar o dever de indenizar.

A data da prolação da sentença é o termo inicial para incidência da correção monetária, nos casos de indenização por dano moral, enquanto os juros moratórios fluem a partir do evento danoso.

## **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 do Banco e dar parcial provimento ao apelo de Djalma S. da Silva, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 20 de abril de 2011.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Trata-se de apelações cíveis interpostas respectivamente pelas partes contra a sentença que julgou procedentes os pedidos formulados nos autos da ação cominatória que Djalma Silveira da Silva move em desfavor do Banco Santander Brasil S.A.

Aduz o banco apelante que:

- [...] registre-se que o dano moral, conforme se colhe da doutrina, diz respeito às lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural, em seu patrimônio de valores exclusivamente ideais, tendo como pressuposto analógico a dor, vale dizer, sofrimento moral ou mesmo físico inferido injustamente a outrem por ato ilícito. (f. 171)

- [...] ainda que se admita que tenha havido eventual irregularidade no suposto e ao comprovado 'bloqueio', sendo o mesmo previsto no contrato firmado entre as partes, verifica-se que o mesmo não sofreu nenhum dano efetivamente comprovado, pois o valor lhe foi restituído. (f. 172)

- a sentença recorrida deve ser reformada a fim de excluir a condenação em danos morais, ou, caso entendam, V. Exas, que o Banco Recorrente deve ser condenado, que o valor arbitrado pelo julgador seja minorado, evitando-se abusos ao fixar o valor indenizatório que ultrapassem o valor máximo anteriormente mencionado, conforme jurisprudência dominante em todos os nossos Tribunais. (f. 178)

Por sua vez, sustenta o autor que:

- [...] a importância fixada não tem o condão de efetivamente compensar a dor moral sofrida, de depender de alimentos de familiares e amigos; de ver cheques devolvidos por insuficiência de fundos; de manchar sua imagem perante o locador do imóvel, além de outros tormentos. (f. 196)

- A súmula 362 do STJ dispõe que a correção monetária deve incidir a partir do arbitramento do dano moral. No caso, a correção deve ser aplicada a partir da publicação da sentença, não do arbitramento (data em que foi proferida), o que impõe a reforma do decisum. (f. 196)

- De outro lado, os juros moratórios devem incidir a partir da citação, e não a partir da data da publicação da sentença. (f. 197)

Por fim, requer o provimento do presente recurso.

Devidamente intimadas, as partes apresentaram contrarrazões.

## VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator)

Trata-se de apelações cíveis interpostas respectivamente pelas partes contra a sentença que julgou procedentes os pedidos formulados nos autos da ação cominatória que Djalma Silveira da Silva move em desfavor do Banco Santander Brasil S.A.

Alega o autor apelante que, em razão de débitos referentes à utilização de cartão de crédito, o banco, administrativamente, teria bloqueado os valores existentes em sua conta bancária, retendo integralmente seus salários referentes aos meses de março e abril de 2008.

Assim, postula a condenação do banco não só a desbloquear os valores de sua conta-salário, mas também ao pagamento de indenização por danos morais.

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.

A sentença não merece reforma.

Do recurso interposto pelo Banco Santander Brasil S.A.

Verificando detidamente os autos, tenho que o ato impugnado, que determinou o bloqueio de valores existentes em conta corrente do autor apelante, fere a norma contida no artigo 649, inciso IV, do Código de Processo Civil, assim redigido:

Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

[...]

IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo.

Neste sentido, aliás, Theotonio Negrão anota que:

A disposição abrange salário a qualquer título, isto é, todo direito do empregado, presente, passado, futuro, pago ou não, na constância do emprego ou por despedida (RT 618/198, JTJ 205/231). Assim, não é possível penhora de saldo em conta corrente bancária se proveniente de salário (RT 824/360, 838/265, Lex JTA 148/160), mesmo que haja disposição contratual nesse sentido.<sup>1</sup> (Destaquei)

O cerne da questão, como se vê, está em saber se o banco tem ou não responsabilidade no ocorrido, ou seja, se efetuou dentro das normas ou não a retenção do salário do correntista para pagamento de dívida de cartão de crédito. Caso tenha agido ao arrepio da legislação de regência, aí, sim, é possível falar-se em indenização por danos morais.

Pois bem. A reparação civil de danos decorrentes de ato ilícito depende, necessariamente, consoante o ensinamento de Humberto Theodoro Júnior, da “*conjugação de três elementos fundamentais: a) a culpa latu sensu, de maneira que só o fato lesivo intencional ou imputável ao agente por omissão de dever autoriza a responsabilidade civil; b) o dano, ou seja, a lesão provocada no patrimônio da vítima; e c) o nexo de causalidade entre o dano e o comportamento censurável do agente*”<sup>2</sup>

Verifica-se dos documentos de f. 123-38 que é fato incontroverso nos autos a ocorrência de bloqueio dos salários do autor, pois ele somente pode movimentar sua conta bancária a partir de junho de 2008, o que corrobora os argumentos apresentados na inicial de que a retenção teria ocorrido nos meses de março e abril de 2008.

No que concerne ao dano moral pleiteado, entretanto, sustenta a instituição bancária apelante que inexistiu.

Ora, o artigo 333 do Código de Processo Civil é claro ao afirmar que ao autor cabe o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito, pois, caso contrário, suas alegações tornam-se infundadas.

Na inicial, o autor afirma que sofreu transtornos devido ao bloqueio de seus salários, na medida em que teve cheques devolvidos e foi obrigado a pedir ajuda de familiares e amigos, inclusive para a compra de alimentos, fatos estes que lhe acarretaram dor moral.

Compulsando os autos, tem-se, ao contrário do que afirma o banco, que os danos alegados pelo apelante encontram-se devidamente comprovados.

De fato, conforme bem ressaltou o magistrado, no caso em tela aplica-se o Código de Defesa do

1 NEGRÃO, Theotonio. **Código de Processo Civil**. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 824.

2 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Responsabilidade Civil**. 2. ed. São Paulo: Aide, 1989. p. 23.

Consumidor, o qual dispõe que a verificação da responsabilidade da instituição bancária prescinde da análise de culpa, pois, em seu artigo 14, o referido diploma legal impõe a observação da Teoria da Responsabilidade Objetiva nas situações que envolvam relação jurídica de consumo.

Nesse sentido, ademais, é a jurisprudência do STJ:

DANO MORAL. RETENÇÃO DE SALÁRIO PARA PAGAMENTO DE CHEQUE ESPECIAL VENCIDO. ILICITUDE. Mesmo com cláusula contratual permissiva, a apropriação do salário do correntista pelo banco-credor para pagamento de cheque especial é ilícita e dá margem a reparação por dano moral.<sup>3</sup>

DIREITO BANCÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CONTA-CORRENTE. SALDO DEVEDOR. SALÁRIO. RETENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DANO MORAL CONFIGURADO.

- Não se confunde o desconto em folha para pagamento de empréstimo garantido por margem salarial consignável, prática que encontra amparo em legislação específica, com a hipótese desses autos, onde houve desconto integral do salário depositado em conta corrente, para a satisfação de mútuo comum.

- Não é lícito ao banco valer-se do salário do correntista, que lhe é confiado em depósito, pelo empregador, para cobrir saldo devedor de conta-corrente. Cabe-lhe obter o pagamento da dívida em ação judicial. Se nem mesmo ao Judiciário é lícito penhorar salários, não será a instituição privada autorizada a fazê-lo.

- Ainda que expressamente ajustada, a retenção integral do salário de correntista com o propósito de honrar débito deste com a instituição bancária enseja a reparação moral. Precedentes.

Recurso Especial provido.<sup>4</sup>

Assim, nego provimento ao recurso interposto pelo Banco Santander Brasil S.A.

Do recurso interposto por Djalma Silveira da Silva.

Pretende o autor apelante que “*seja majorado o valor arbitrado a título de dano moral, assim como passe a incidir juros a partir da citação e correção monetária a partir do arbitramento*”.

Pois bem. Cediço que não há no ordenamento jurídico parâmetros legais rígidos para se chegar ao *quantum* a ser fixado a título de indenização por dano moral. De fato, esta é uma questão subjetiva que obedece aos critérios estabelecidos pela doutrina e jurisprudência, devendo o montante fixado constituir-se em compensação ao lesado, bem como em adequado desestímulo ao ofensor.

Nesse sentido, a determinação da quantia a ser paga a título de danos morais fica ao arbítrio do juiz.

Na quantificação do dano moral, entretanto, deve o julgador levar em conta critérios de razoabilidade, considerando não só as condições econômicas do ofensor e do ofendido, mas o grau da ofensa e suas consequências, para que não constitua a reparação do dano em fonte de enriquecimento indevido para o ofendido, obedecendo-se a uma relação de proporcionalidade entre causa e efeito.

<sup>3</sup> STJ, REsp. n. 507.044. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 18.3.2004.

<sup>4</sup> STJ, REsp n. 1021578/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 16.12.2008, DJ de 18.6.2009.

Assim, por um critério de razoabilidade, considerando a repercussão dos fatos na vida do ora apelante e os transtornos causados pela instituição financeira, tenho que o valor da condenação estabelecido em R\$ 8.000,00 é bastante para compensar o dano causado, devendo ser mantido.

Quanto aos juros de mora, o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o termo *a quo* para sua incidência é a data do evento danoso (Súmula 54). Portanto, para que não ocorra *reformatio in pejus*, corrijo a sentença, para que os juros de mora sejam contados a partir da citação, conforme requerido pelo apelante.

No que diz respeito à correção monetária, em se tratando de sentença que condenou o banco a indenizar danos morais, o termo inicial para a sua incidência é da data do arbitramento do *quantum* indenizatório, conforme preceitua a Súmula n. 362 do Superior Tribunal de Justiça, que possui o seguinte verbete: “A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento.”

Nesse sentido:

A data da prolação da sentença é o termo inicial para incidência da correção monetária, nos casos de indenização por dano moral, enquanto os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, a teor do que dispõem, respectivamente, as Súmulas ns. 362 e 54.<sup>5</sup>

A correção monetária, em caso de dano moral, deve incidir a partir da fixação do quantum indenizatório.<sup>6</sup>

Desta forma, merece reforma a sentença, tão somente para determinar que os juros de mora incidam a partir da citação e a correção monetária ocorra a partir do arbitramento do valor fixado a título de dano moral.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso de Banco Santander Brasil S.A. e dou parcial provimento ao recurso interposto por Djalma Silveira da Silva tão somente para determinar, como afirmado, que os juros de mora incidam a partir da citação e a correção monetária seja aplicada a partir do arbitramento.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DO BANCO E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DE DJALMA S. DA SILVA, 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, 20 de abril de 2011.

\*\*\*

5 TJMS, REsp. n. 2008.022912-3, Quinta Turma Cível., Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, DJ de 17.9.2009

6 TJMS, REsp. n. 009.011403-8, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Luiz Carlos Santini, DJ de 28.7.2009.

**Primeira Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2010.028366-7 - Fátima do Sul**  
**Relator Des. Sérgio Fernandes Martins**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – COMPRA E VENDA DE VEÍCULO – DESFAZIMENTO DO NEGÓCIO – DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS A TÍTULO DE ENTRADA – ARRAS – INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL – NÃO CONFIGURAÇÃO – RETORNO AO *STATUS QUO ANTE* – RESTITUIÇÃO DEVIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Não havendo prévia estipulação contratual de arras, a quantia paga a título de entrada é considerada adiantamento de parte do preço.

A rescisão contratual, não obstante tenha ocorrido por inadimplência do promitente comprador, não tem o condão de exonerar o promitente vendedor da obrigação de restituir os valores desembolsados em razão do contrato, a fim de se evitar enriquecimento ilícito às partes.

## 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, 20 de abril de 2011.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Trata-se de apelação cível interposta por Marcos dos Santos contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação de cobrança ajuizada por André Luiz Ferreira da Silva.

O apelante busca a reforma da sentença asseverando que:

[...] merece a decisão ser reformada, para se reconhecer o direito do apelante em reter o sinal. (f. 90).

[...] incontroversa é a natureza do pagamento realizado pelo apelado quando da compra do veículo, já que tanto no pedido inicial como na decisão de mérito restou explicitado tratar-se de arras, ou sinal. (f. 90).

Tendo o contrato sido rescindido por iniciativa do apelado, sem que possa atribuir qualquer tipo de culpa ao apelante, consequência lógica é a retenção do valor pago a título de sinal, sendo contrária à Lei a decisão que aponta em sentido contrário. (f. 91).

Requer, ao final, o provimento do recurso, reformando-se a sentença, a fim de determinar a retenção das arras e a inversão dos ônus sucumbenciais.

O apelado, devidamente intimado, não apresentou contrarrazões (f. 101).

## VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator)

Cuida-se, como relatado, de apelação cível interposta por Marcos dos Santos contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação de cobrança que lhe move André Luiz Ferreira da Silva.

A sentença atacada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, estando sua parte dispositiva assim redigida:

Diante do exposto, tudo considerado, julgo procedente em parte a pretensão esposada nas f. 2-7 destes autos, pelo requerente, André Luiz Ferreira da Silva, em face do requerido, Marcos dos Santos, para o fim de condená-lo a devolver àquele, o valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), atualizado com correção monetária, pelo IGPM/FGV, desde a propositura da ação (29.5.2006), nos termos do art. 1º, § 2º, da lei nº 6.899/81, e juros de mora, no percentual de 1% ao mês, a partir da data da citação (7.6.2006 – f. 21/verso), conforme preceitua o art. 405 c/c art. 406, ambos do Código Civil. Em consequência, JULGO EXTINTO este feito, com resolução de mérito, com base no art. 269, I, do Código de Processo Civil.

Verifica-se, como afirmado, que o ora apelante insurge-se contra a sentença que determinou a devolução do valor de R\$ 2.000,00, sob a alegação de que tal quantia lhe pertence, visto que lhe foi entregue pelo apelado a título de arras, no contrato de compra e venda que realizaram de um automóvel GM/Corsa Wind, ano de fabricação 1997, cor branca, placa HRL 2263, de Fátima do Sul, MS.

No caso, oportuna a transcrição do que leciona Fabrício Zamprogna Matiello, em comentários ao art. 417 do Código Civil:

Pode-se definir as arras como convenção real acessória de contrato bilateral, cuja finalidade básica é a confirmação do negócio jurídico principal, embora possa assumir a feição penitencial quando expressamente enunciado pelas partes.(...)<sup>1</sup>

Desse modo, conclui-se que a quantia paga é, de fato, parte do pagamento do valor do veículo objeto da negociação, não podendo ser considerada como arras (art. 417<sup>2</sup> do CC/2002), visto que, conforme acima exposto, referida espécie de verba necessita de prévia estipulação em contrato, o que não ocorreu na hipótese.

Logo, não sendo o caso de restituição de arras, mostra-se irrelevante a discussão sobre a culpa pela rescisão do contrato em análise, uma vez que a rescisão contratual, ainda que por inadimplência do comprador, não tem o condão de exonerar o vendedor da obrigação de restituir os valores desembolsados em razão do contrato. Considerando-se, assim, que houve a extinção do negócio e, com o fito de evitar-se enriquecimento indevido das partes, visto que vedado por nosso ordenamento jurídico, necessária a restituição do valor dado pelo apelado a título de início do pagamento do negócio celebrado.

1 MATIELLO, Fabrício Zamprogna. Código Civil Comentado. São Paulo: LTR, 2003. p. 280.

2 Art. 417. Se, por ocasião da conclusão do contrato, uma parte der à outra, a título de arras, dinheiro ou outro bem móvel, deverão as arras, em caso de execução, ser restituídas ou computadas na prestação devida, se do mesmo gênero da principal.

A propósito, colaciono precedente jurisprudencial:

APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO ADESIVO. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL DE COMPRA E VENDA DE AUTOMÓVEL. RECONVENÇÃO. DESFAZIMENTO DO NEGÓCIO. DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS A TÍTULO DE ENTRADA E DA PRESTAÇÃO. RESTITUIÇÃO DAS PARTES AO STATUS QUO ANTE. INDENIZAÇÃO DECORRENTE PELA PRIVAÇÃO DA UTILIZAÇÃO DO VEÍCULO. SENTENÇA EXTRA PETITA. DANOS MORAIS - VALOR DA INDENIZAÇÃO.

- Diante do desfazimento do negócio, as partes retornam ao status quo ante, devendo, o vendedor, devolver ao comprador o valor da entrada e as parcelas adimplidas, devidamente corrigidos. [...].<sup>3</sup>

Por tais razões, diante do desfazimento do negócio, a consequência é a devolução do valor recebido, a fim de retornarem as partes ao *status quo ante*, não pode, portanto, o apelante, exatamente por estar de novo na posse do veículo, ainda assim permanecer com parte do valor do negócio, consubstanciada na entrada de R\$ 2.000,00, razão pela qual nenhum reparo merece a sentença de primeiro grau que o condenou a devolver ao ora apelado referida importância, devidamente corrigida.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso, mantendo a sentença invecivada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 20 de abril de 2011.

\*\*\*

<sup>3</sup> TJRS, AC n. 70009739384, Rel. Des. Lúcia de Castro Boller, julgado em 27.10.2005.

**Quinta Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2011.008681-5 - Dourados**  
**Relator Des. Sideni Soncini Pimentel**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C DANOS MORAIS – CONTRATO OBJETO DE FRAUDE PERPETRADA POR TERCEIRO – DANO MORAL PURO – RISCOS INERENTES À ATIVIDADE COMERCIAL – EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE NÃO CONFIGURADAS – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – REDUZIDO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Os prejuízos causados por estelionatários, ao firmar contrato com documentos ou informações falsas, devem ser suportados pelo prestador de serviço, posto que inerentes à atividade comercial. Por essa razão, não se verifica, na hipótese, culpa exclusiva da vítima ou fato de terceiro.
2. Visando atender às circunstâncias que o caso apresenta, o montante de R\$ 10.000,00 é suficiente para amenizar o constrangimento experimentado pela apelada, e para condenar o requerido pelo ilícito praticado, sem se apresentar exorbitante.

### **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, 14 de abril de 2011.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

### **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

Unibanco – União de Bancos Brasileiros S/A – apela da sentença proferida nos autos da Ação Declaratória c/c Indenização por Danos Materiais e Morais que lhe move Ramona Rodrigues, na qual foram julgados parcialmente procedentes os pedidos iniciais para: a) tornar definitiva a tutela antecipada que proibiu os descontos dos valores mensais referentes aos empréstimos questionados na inicial; b) declarar a inexigibilidade dos contratos de empréstimos; sendo c) condenado o réu-apelante à devolução dos valores descontados da conta benefício da autora; d) condenar o réu ao pagamento de R\$ 15.000,00, a título de indenização por dano moral à autora. Alega, em síntese, que não reconheceu a existência de fraude de terceiros e sim ventilou a possibilidade de sua ocorrência. Afirma que não praticou qualquer ato ilícito e que não há nos autos qualquer comprovação do dano sofrido pela apelada. Sustenta que se eventualmente entenda pela existência de sua culpa, impõe-se a excludente de responsabilidade, qual seja, a culpa exclusiva de terceiro, uma vez que a dívida que se reputa inexistente resulta de atividade fraudulenta de terceiro. Assevera, ainda, que mesmo caracterizada a responsabilidade civil o valor da indenização deve ser reduzido, tendo em mente que o valor fixado se demonstra excessivo. Por derradeiro, pugna pelo provimento do recurso, para reformar a sentença e julgar improcedente a pretensão inicial e/ou reduzir a verba condenatória.

Em contrarrazões, a apelada requer o improvimento do recurso.

## VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Unibanco – União de Bancos Brasileiros S/A – contra sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados por Ramona Rodrigues nos autos da Ação Declaratória de Inexistência de Débito c/c Indenização por Danos Morais, condenando o requerido ao pagamento de R\$ 15.000,00, a título de indenização.

Segundo narrativa constante da petição inicial, a apelada teve empréstimos realizados em seu nome com o banco apelante, supostamente contraído por terceiros. Pleiteou, assim, a declaração de inexistência do débito e reparação dos danos morais sofridos. O Juízo de primeiro grau julgou parcialmente procedente a pretensão inicial.

Em análise dos autos, restou incontroverso o fato de a autora-apelada não ter realizado os contratos de mútuo acostados às f. 25-6, visto que alegado na petição inicial e não refutado na contestação, uma vez que o réu se limitou a alegar a ausência de ato ilícito por ele praticado. Resta, então, analisar os fatos desconstitutivos do direito da autora, consubstanciados na ausência dos requisitos da responsabilidade civil (comprovação do dano) e excludente de responsabilidade (fato de terceiro).

No que concerne aos requisitos da responsabilidade civil, em que pese o inconformismo da instituição financeira, tenho por suficientemente demonstrados. Como é cediço, o acolhimento do pleito indenizatório depende da verificação da conduta lesiva, do dano, do nexó de causalidade entre eles e da culpa ou dolo do ofensor. Tratando-se de relação jurídica de natureza consumerista, regida pelo Código de Defesa do Consumidor, dispensa-se o requisito volitivo do agente (dolo ou culpa), por força do disposto no seu art. 14 (responsabilidade objetiva).

Considerando verdadeiros os fatos alegados na inicial, tem-se por verificada a conduta do ofensor, consubstanciada na negligência quanto à liberação de empréstimo a terceiro, em nome da apelada.

Assim, verificada *in casu* a conduta negligente do apelante, o dano moral do ofendido é presumido. O nexó de causalidade entre a conduta (liberação de empréstimo a terceiro em nome da apelada) e o dano, por outro lado, é intuitivo, uma vez que impôs ônus à apelada, não suspendendo os débitos na sua conta, mesmo após a reclamação, fato também não contestado. Assim, presentes, portanto, os requisitos da responsabilidade civil. Resta, por fim, analisar a exceção de responsabilidade alegada.

Nesse ponto, defende a instituição financeira que os danos alegados pela ofendida tiveram como causa a ação fraudulenta de terceiro, fazendo-se passar pela apelada e celebrando o contrato noticiado nos autos.

A arguição, entretanto, não merece prosperar.

Com efeito, os riscos da atividade empresarial desempenhada pela instituição financeira são inerentes à própria atividade, não podendo ser repassada a terceiros de boa-fé. Se a instituição financeira presta um serviço que potencializa o risco previsível que possa eventualmente ser provocado por golpistas – já que procedeu à contratação de mútuo feneratício sem checar documentalmente a legitimidade das informações que recebeu. Assim, como assume tal risco, procurando com isso aumentar seus lucros, deve responder por eventual dano oriundo desse risco assumido, conforme entendimento adotado pela Corte Superior:

O fato de a empresa [...] ter sido vítima de um estelionato não a autoriza a efetuar registros negativos em nome de terceiros alheios ao negócio[...] Quem atua no mercado e auferir lucros com a sua atividade corre o risco de causar danos a terceiros, resultantes da falta de cuidado na realização da sua operação. O prejuízo que daí decorre aos outros, terceiros de boa-fé, deve ser reparado pelo causador direto do ato danoso, isolada ou solidariamente, com direito regressivo aquele que concorreu ou induziu à prática do ato. (STJ, REsp n. 404778/MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

No mesmo sentido, a orientação desta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL – DANO MORAL – CONTRATO DE FINANCIAMENTO REALIZADO POR FALSÁRIO, UTILIZANDO-SE DE DOCUMENTOS DO AUTOR CUJO NOME VEM A SER NEGATIVADO NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – DANO MORAL CONFIGURADO – VALOR FIXADO REDUZIDO, POR NÃO ATENDER O CRITÉRIO DA RAZOABILIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. A inscrição indevida do nome de pretense devedor em cadastro de inadimplentes, a par de dispensar a prova objetiva do dano moral, que se presume, é geradora de responsabilidade civil por parte do agente financeiro, sem nenhuma influência a circunstância de que a abertura de contrato de financiamento se dera com base em documentos utilizados por terceiro de má-fé. O agente financeiro deve conferir toda a documentação relativa ao contrato, de modo a evitar a contratação hipotética, já que responsável pelos atos de seus funcionários ou prepostos. O valor do dano moral deve ser reduzido quando se revelar desproporcional e incompatível com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. (TJMS, AC n. 2008.017234-3, Campo Grande, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, julgado em 6.11.2008).

Afora isso, impende salientar que sob a luz do Código de Defesa do Consumidor, ao prestar seus serviços da forma como já esplanada, o apelante, sem dúvida, forneceu serviço inseguro ao consumidor, devendo responder objetivamente pelos danos que daí advierem, nos termos do artigo 14, § 1º, da Lei do Consumidor. Nem se diga, por outro lado, que fora tão vítima quanto à apelada, como mencionado nos autos.

Portanto, a responsabilidade da instituição financeira pelos danos causados ao consumidor, decorrentes de cobrança reconhecidamente indevida, é inarredável, sendo inaceitável.

Quanto ao pedido de redução da quantia fixada a título de indenização pelos danos morais, entendo que assiste razão ao apelante. A indenização por danos morais deve servir a três propósitos: reparar a vítima, punir o ofensor e desestimular a continuidade do ato ilícito que provocou tais danos, não podendo ser manifestamente exagerada ou irrisória, pois, assim, não atingiria a sua finalidade. Neste sentido tem decidido este Tribunal de Justiça:

A obrigação de reparar possui dupla finalidade: compensar o dano experimentado pela vítima e punir o ofensor, a fim de servir de lenitivo, de uma espécie de compensação para atenuar o sofrimento havido, bem como atuar como sanção ao causador do dano, como fator de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos. (TJMS, AC n. 2007.017169-2, Corumbá, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, julgado em 27.8.2007 – grifei).

Também,

Ao fixar o valor da indenização por danos morais, deve o julgador agir com bom senso, de acordo com as particularidades de cada caso (extensão do dano, gravidade da culpa etc.), da mesma forma que chegar a um *quantum* que não deve ser baixo a ponto de ser irrelevante para o condenado, nem alto de modo a proporcionar o enriquecimento

sem causa do beneficiado, ponderando-se não só o aspecto reparatório, mas também o seu reflexo preventivo. (TJMS, AC n. 2005.008846-3, Dourados, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Divoncir Schreiner Maran, julgado em 30.8.2005 – Grifei).

Portanto, o *quantum* indenizatório deve ser fixado de forma razoável pelo julgador, que deve se ater às circunstâncias que o caso apresenta, a fim de compensar o dano e punir o ofensor, procurando restabelecer a vítima à situação psíquica e social existente à época do ocorrido, adequando-se perfeitamente ao previsto no art. 944 do Código Civil: “*A indenização mede-se pela extensão do dano*”.

Com isso, tendo em vista as circunstâncias do fato explanado, entendo que deve ser reduzido o valor arbitrado pelo juiz *a quo*, para a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a qual é suficiente para o caso, atendendo aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Esta Corte assim decidiu em casos semelhantes, inclusive em acórdão de minha relatoria:

APELAÇÕES CÍVEIS - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - RECURSO PREPARADO - PRELIMINAR DE DESERÇÃO AFASTADA - INCLUSÃO INDEVIDA DO NOME DO CONSUMIDOR NOS CADASTROS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO APÓS QUITAÇÃO DA DÍVIDA - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO - **QUANTUM INDENIZATÓRIO REDUZIDO - PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE** - RECURSO DO BANCO PARCIALMENTE PROVIDO - RECURSO DA AUTORA PREJUDICADO. Estando o recurso preparado, nos termos do Regimento de Custas do Estado, não se há falar em deserção. A inscrição indevida do nome do consumidor nos cadastros restritivos de crédito após quitação da dívida, prescinde da prova dos danos morais alegados, os quais são presumidos e decorrem do próprio fato gerador. **O quantum indenizatório deve ser reduzido, para se adequar aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, já que o valor da condenação deve compensar a vítima, sem provocar locupletamento ilícito e, ao mesmo tempo, inibir o ofensor contra futura tentativa de repetição de fatos dessa natureza.** (AC n. 2011.007123-0, Campo Grande, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, DJ de 4.4.2011, n. 2394 – destaquei).

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE DUPLICATA, C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - DUPLICATA FRIA - INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA - ÔNUS DA PROVA DO RÉU - DANOS MORAIS - PRESUMIDOS - QUANTUM - MANTIDO - JUROS DE MORA - A CONTAR DO EVENTO DANOSO - RECURSO IMPROVIDO. 1. Se o Curador Especial ingressa nos autos e sustenta a existência de um fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, como a existência da relação jurídica que deu origem à dívida, a este caberá o ônus da prova, nos termos do artigo 333, II, do CPC. Impor ao apelado a prova da inexistência da relação jurídica, implicaria em atribuir-lhe o ônus de produzir prova negativa, sabidamente impossível. 2. Quanto ao dano moral, consoante jurisprudência dominante dos tribunais, quando evidente em razão da natureza do ato, como no protesto indevido, independe de prova para a sua indenização. Trata-se do chamado dano moral puro. 3. **Considerando que o autor é ruralista, atividade cujo crédito é imprescindível, e que a dívida objeto do protesto e anotação no Serasa soma R\$ 1.090,00, o montante de R\$ 10.900,00 é suficiente para amenizar o constrangimento experimentado pelo apelante, e condenar os requeridos pelo ilícito praticado, sem se apresentar exorbitante.** 4. No caso, incide a norma do art. 398, do Código Civil, prestigiada pela Súmula n. 54 do Superior Tribunal de Justiça, que anuncia que “os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual”. (TJMS, AC n. 2009.025089-1, Campo Grande, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel, DJ n. 2.066 de 1510.2009 – frisei).

Diante do exposto, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento, apenas para reduzir o valor da indenização por danos morais para a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), mantendo a sentença nos demais termos e efeitos.

## **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. 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, 14 de abril de 2011.

\*\*\*

**Quinta Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2011.009305-4 - Campo Grande**  
**Relator Des. Sideni Soncini Pimentel**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – AJUIZAMENTO DE AÇÃO PENAL E POSTERIOR ABSOLVIÇÃO – AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE, ARBITRARIEDADE OU ERRO JUDICIAL – EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO – ROMPIMENTO DO NEXO DE CAUSALIDADE – RESPONSABILIDADE CIVIL NÃO CARACTERIZADA – RECURSO IMPROVIDO.

Não restando evidenciada nenhuma ilegalidade, irregularidade, erro judicial ou abuso de direito na prisão em flagrante ou na abertura do Inquérito Policial, procedimentos nos quais se constata, inclusive, o respeito aos direitos ao contraditório e à ampla defesa, não lhe assiste razão quanto ao pedido de indenização por danos morais, visto que se deram em exercício regular de direito, que rompe o nexo de causalidade e afasta a responsabilidade civil.

## 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, 14 de abril de 2011.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

Jorge Sebastião de Santana interpõe apelação em face da sentença de improcedência proferida nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais que move em face do Estado de Mato Grosso do Sul. Sustenta, em apertada síntese, que a sentença merece reforma em sua totalidade, pois os elementos de fato, dano e nexo de causalidade ocorreram; que os agentes policiais e membros do Ministério Público exacerbaram de suas funções ao indiciar o apelante sem provas inverídicas ou frágeis, causando-lhe profunda dor e humilhação; que teve de se defender de uma imputação criminal e finalmente alcançar sua absolvição. Pugna pelo provimento do recurso, a fim de reformar a sentença e julgar procedente a pretensão inicial.

Reposta pelo improvimento.

## VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator)

O pedido indenizatório tem por fundamento o dano moral experimentado pelo ora apelante em virtude do inquérito policial e subsequentes denúncia e ação penal, manejados, segundo os termos da inicial, de

forma negligente pela autoridade policial e Ministério Público. A sentença de improcedência, proferida na instância originária, escorou-se na constatação de que esses fatos consubstanciam exercício regular de direito, inexistindo, ademais, nexos de causalidade, o que impede a caracterização da responsabilidade civil.

Em que pese o inconformismo do autor, entendo que não merece reparos a sentença recorrida. É que não vislumbro a prática de nenhum ato ilícito ou abuso de direito pelo apelado.

O julgamento de absolvição do apelado, na ação penal, não significa, necessariamente, tenha o Estado, por intermédio da autoridade policial ou do Ministério Público, agido de má-fé ou em abuso de direito. Não fosse assim, toda ação, mesmo a civil, julgada improcedente, daria à parte vencedora o direito à reparação por danos morais sobre a parte vencida ou sobre o Estado, pois a mais das vezes as demandas judiciais incomodam, trazem preocupação e muitas vezes até constrangimento ao homem médio.

O dever de indenizar surge apenas diante do abuso de direito ou do ato ilícito por parte do apelado, através de seus agentes, o que não ocorreu. Note-se que não há ato ilícito no exercício do *jus perseguendi* ou *jus puniendi* pelo Estado, exercido de forma regular e normal. Confira lição de Washington de Barros Monteiro, transcrita pela ilustre desembargadora Dagma Paulino dos Reis<sup>1</sup>, sobre o tema:

Mas em que consiste o abuso do direito? É questão sobre a qual não existe uniformidade de vistas. Para uns, seu elemento caracterizador repousa na intenção de prejudicar. Todas as vezes que o titular exerce um direito movido por esse propósito subalterno, configurado estará o abuso de direito. Para outros, o critério identificador resulta da ausência de interesse legítimo. Se o titular exerce o direito de modo contrário ao seu destino, sem o impulso de um motivo justificável, verificar-se-á o abuso dele. Finalmente, para outros ainda, esse abuso existirá sempre que anormal ou irregular o exercício de seu direito. Se alguém prejudica a outrem, no exercício de seu direito, fica adstrito a reparar o dano, se anormal ou não-regular esse exercício. É a mesma teoria da responsabilidade civil fundada na culpa, abraçada pelo nosso Código.

Segundo o apelante, a abusividade estaria evidenciada no fato de que “*as autoridades policiais e ministeriais que oficiaram no feito em questão conduziram, tanto o inquérito como a denúncia de forma temerária, quando era frágil [sic] os indícios contra o ora Apelante e dessa forma levaram o juízo do feito a agir mediante erro a que foi induzido, porquanto os policiais produziram provas inverídicas e o Ministério Público apresentou denúncia alegando robustez de provas, quando poderia ter pleiteado o arquivamento do inquérito, ou até mesmo diligências que melhor elucidassem a [sic] crime em apuração.*” (f. 478)

Mesmo que verdadeiras essas assertivas, no sentido de que o apelante teria sido “*processado criminalmente sem provas*”, não haveria aí ilegalidade alguma, pois tinha ele à sua disposição remédios jurídicos hábeis à sua defesa, que de fato foram exercidos (fato que reputo incontroverso). Reafirme-se que o recebimento da denúncia depende da prova da materialidade delitiva e indícios de autoria. E, quanto a isso, nem sequer existe controvérsia, uma vez que o próprio apelante reconhece a existência desses elementos na ação penal, embora reputa frágil a prova constante do inquérito. E caso entendesse ausentes os requisitos, deveria interpor os recursos cabíveis ou mesmo pleitear ordem de *habeas corpus*.

O processo criminal seguiu seu trâmite regular, atento aos princípios do contraditório e da ampla defesa, até o desfecho com a decisão proferida pelo Tribunal do Júri, que, por maioria, absolveu o apelado das imputações que lhe foram feitas. Nada há de irregular ou temerário nisso, consubstanciando, isto sim, exercício absolutamente regular de direito.

<sup>1</sup> REIS, Dagma Paulino dos. Dicionário Jurisprudencial. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 1.

O art. 188, I, do Código Civil dispõe expressamente:

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I – os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.

Se a autoridade competente para apuração da infração penal, mediante indícios de autoria e prova da materialidade do crime de homicídio, encaminhou o inquérito ao Ministério Público, que, no exercício de seu *munus* público, ofereceu denúncia, aceita pelo Juízo, passando inclusive por sentença de pronúncia, não há falar em ato ilícito, ainda que o Tribunal do Júri tenha, finalmente, concluído pela absolvição do réu.

Bastante pertinentes as ponderações de Sérgio Cavalieri Filho acerca do tema:

Decretada a medida nos termos e nos limites da lei, não há como responsabilizar o Estado, ainda que gravosa ao seu destinatário, porque não há nenhuma ilicitude no ato. O direito e o ilícito são antíteses absolutas – um exclui o outro: onde há ilícito não há direito; onde há direito não existe ilícito. **Vem daí o princípio que não considera ilícito o ato praticado no regular exercício de um direito, nem no estrito cumprimento do dever legal.** Há que entender-se, então, que a responsabilidade do Estado, de que trata o art. 37, § 6º da Constituição, **só é de admitir-se nas hipóteses de atos eivados de alguma ilicitude.** O Estado só responde por atos lícitos nos casos expressamente previstos na Constituição e na lei. Não vejo, por isso, fundamento para responsabilizar o Estado pela prisão preventiva, regularmente decretada, mormente porque essa prisão tem respaldo na própria Constituição, em seu art. 5º, LXI. E ainda que sobrevenha absolvição do preso por falta de prova, não tem essa decisão, por si só, o condão de transmudá-la em ato ilegal, capaz de respaldar pretensão indenizatória. (in **Programa de Responsabilidade Civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 212).

A mesma linha de raciocínio é adotada por Julio Fabbrini Mirabete:

A orientação jurisprudencial dominante é de que a indenização não é cabível por atos dos juízes, salvo quando o dever de indenizar é previsto expressamente em lei e restar cumpridamente comprovada a inocência do réu. Não basta, pois, que a absolvição se tenha dado pela falta de provas de autoria ou de culpas (art. 386, II, IV, VI, do CPP), sendo necessário que se vislumbre culpa ou dolo por parte do Estado, ou seja, de seus representantes ou agentes (Delegado ou agentes de polícia, membros do Ministério Público, membros do Poder Judiciário), peritos, etc.) (in **Código de Processo Penal Interpretado**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1997. p. 817).

Esse é o entendimento já consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria:

DIREITO CIVIL - INSTAURAÇÃO DE AÇÃO PENAL PÚBLICA - DANOS MORAIS. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ - SÚMULA N. 7/STJ. RECURSO ESPECIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO [...] IV - Em princípio, a ação penal instaurada pelo Ministério Público, para apurar a existência ou autoria de um delito se traduz em legítimo exercício de direito, ainda que a pessoa denunciada venha a ser inocentada. **Desse modo, para que se viabilize pedido de reparação, é necessário que o dano moral seja comprovado, mediante demonstração cabal de que a instauração do procedimento se deu de forma injusta, despropositada, e de má-fé.** Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp n. 592811, Terceira Turma, Rel. Min. Castro Filho, DJ de 26.4.2004 – grifei).

E mais,

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRISÃO PREVENTIVA. ABSOLVIÇÃO DO RÉU. DANOS MORAIS. AGRAVO INTERNO QUE NÃO INFIRMA OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA N. 182/STJ. APLICAÇÃO POR ANALOGIA. I - A decisão agravada fundou-se nas seguintes assertivas, a saber: a) o recorrente deixou de indicar os dispositivos legais tidos como violados, fazendo incidir a Súmula n. 284/STF; b) não houve a demonstração analítica da divergência, com a confrontação das teses entre o acórdão recorrido e os julgados paradigmas e c) é necessário o reexame de provas, a fim de se averiguar **a existência ou não de erro judiciário, suficiente para justificar a indenização por danos morais, em razão da absolvição do réu em processo criminal.** (STJ, AgRg no REsp n. 707655/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 7.11.2005, p. 117).

Não restando evidenciada nenhuma ilegalidade, irregularidade ou abuso de direito na abertura do inquérito policial, no oferecimento da denúncia ou na instauração da Ação Penal, procedimentos nos quais se constata, inclusive, o respeito aos direitos do ora apelante ao contraditório e à ampla defesa, não lhe assiste razão quanto ao pedido de indenização por danos morais e materiais, visto que se deram em exercício regular de direito, com obediência ao devido processo legal.

Diante do exposto, conheço do recurso, e nego-lhe provimento, mantendo inalterados os termos da sentença investivada.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. 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, 14 de abril de 2011.

\*\*\*

**Quinta Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2011.012089-4 - Aquidauana**  
**Relator Des. Sideni Soncini Pimentel**

EMENTA – OBRIGAÇÃO DE FAZER – CONVERSÃO DA LICENÇA PRÊMIO NÃO GOZADA EM PECÚNIA – MORTE DO SERVIDOR – POSSIBILIDADE – JUROS DE MORA A PARTIR DA CITAÇÃO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MANTIDOS – APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO E RECURSO OBRIGATÓRIO PARCIALMENTE CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. É possível a conversão da licença-prêmio não gozada em pecúnia, no caso de morte do servidor, nos termos do art. 3º da Lei n. 1.756/97, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração. A averbação da licença-prêmio, para fins de aposentadoria, não gozada em virtude de falecimento, não tem o condão de suprimir direito adquirido em consonância com o ordenamento jurídico quanto ao benefício. De sorte que, materialmente impossível sua fruição, deve a Administração indenizar o servidor. 2. O termo inicial para a incidência dos juros de mora é a data de sua citação válida, uma vez que é nesta oportunidade que o recorrente foi constituído em mora, nos termos do artigo 219 do Código de Processo Civil. 3. Deve ser mantido o valor dos honorários advocatícios fixados na sentença quando razoáveis e de acordo com o art. 20 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, dar parcial provimento ao recurso voluntário e conhecer em parte do reexame necessário, negando-lhe, nesta extensão, provimento, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 12 de maio de 2011.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

O Estado de Mato Grosso do Sul interpõe recurso de apelação em face da sentença proferida nos autos da Ação de Obrigação de Fazer que lhe move Leonora Florinda Cezário, na qual foi julgado procedente o pedido, a fim de determinar a conversão dos nove meses de licença-prêmio do servidor Gabriel Cezário (cônjuge da apelada falecido) em pecúnia, devidamente corrigido. Sustenta que procedeu, a pedido do servidor Gabriel Cezário, à averbação da sua licença-prêmio para fins de aposentadoria. Aduz ainda que, feita a averbação da licença-prêmio para fins de aposentadoria, não pode ser convertida em pecúnia. Defende que o ato concessivo da averbação é perfeito, válido e eficaz, ainda que inexecutável, porquanto não alcançado o termo para a aposentadoria do servidor, tendo em vista seu falecimento. Assim, mesmo diante da impossibilidade da produção dos efeitos do ato, ou seja, de aposentadoria do servidor, em razão do seu falecimento, este não deixou de ser válido e eficaz, especialmente quanto ao efeito jurídico de impedir a conversão da licença em pecúnia. Portanto, concluiu que o pedido deve ser julgado improcedente.

Concernente aos juros de mora, defende que deve incidir a partir da citação, data da constituição em mora, nos termos do art. 219 do CC/02. Ataca ainda o capítulo da sentença que fixou os honorários advocatícios, aduzindo a exorbitância do valor fixado, diante da ausência de complexidade da causa, sendo que nem sequer houve produção de provas em audiência. Pugna pela fixação no valor de R\$ 1.500,00 ou em valor razoável. Prequestiona dispositivos legais. Pugna, ao final, pelo provimento do recurso, com a reforma da sentença para a improcedência do pedido.

Em contrarrazões, pugnou-se pelo improvimento.

## VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator)

Apelação e Recurso Obrigatório

Estabeleceu-se a controvérsia em torno da possibilidade de o servidor falecido receber indenização em razão da licença-prêmio não gozada, tendo em vista a existência de averbação do benefício para fins de aposentadoria, posicionando-se o juiz da causa pela existência do direito alegado.

Com efeito, no caso versado observa-se que a situação é a seguinte: houve a averbação da licença-prêmio para fins de aposentadoria, conforme documento de f. 24 TJMS. No entanto, o servidor não se aposentou, pois faleceu antes disso. Assim, através da presente ação, a viúva do servidor (autora-apelada) requer a conversão da licença em pecúnia. O apelante, por outro lado, requer a improcedência do pedido, sob o argumento de que o ato de averbação da licença-prêmio, para fins de aposentadoria, é perfeito, válido e eficaz, ainda que inexecutável em face do falecimento, não pode, portanto, ser feita nova opção para gozo da referida licença, por falta de previsão legal, pois, uma vez feita opção para aposentadoria, não podem agora os herdeiros pleitear a conversão em pecúnia.

Pois bem, sobre o tema, consigno que a licença especial constitui prerrogativa conferida ao servidor para afastamento das funções pelo período de 6 meses, assegurados todos os direitos inerentes ao cargo, adquirida depois do exercício da função pelo período de 10 anos, nos termos do art. 139 da Lei Complementar Estadual n. 2/80 (revogada pela Lei n. 1.756/1997) e por 5 anos (afastamento por 3 meses), conforme art. 159 da Lei n. 1.102/90. O instituto muito se assemelha às férias, em que o servidor adquire o direito a 30 dias de descanso, sem prejuízo da remuneração (que, aliás, é acrescida de 1/3), depois de cada período aquisitivo de 1 ano.

E, tal como as férias, uma vez cumpridos os requisitos (período aquisitivo), o servidor público adquire o direito à licença, que se incorpora ao seu patrimônio. Se é um direito do servidor contra a Administração Pública, é possível concluir que poderá ele ser exercido contra esta a qualquer tempo, enquanto vigente a relação laboral (seja pelo regime celetista ou estatutário). Importante conferir o texto legal sobre a matéria, sendo que o pedido encontra fundamento no art. 3º da Lei n. 1.756/97, que assim dispõe:

Os períodos de licença-prêmio adquiridos na forma do artigo 159, da Lei n. 1.102, de 10 de outubro de 1990, até a vigência desta Lei, poderão ser usufruídos, contados em dobro para efeito de aposentadoria, ou **convertidos em pecúnia na hipótese de falecimento do servidor**.

O nó górdio na hipótese concreta reside na circunstância de que a licença-prêmio foi averbada, para fins de aposentadoria, porém antes mesmo de se aposentar o servidor veio a falecer, tornando materialmente impossível o exercício do direito. Segundo o Estado, esse direito é inexistente, uma vez que houve a averbação da licença-prêmio para fins de aposentadoria, ato perfeito, válido e eficaz, sendo que, feita a escolha por uma das opções legais, não há possibilidade de nova escolha, por falta de previsão legal.

Entretanto, em que pesem tais fundamentos, a averbação da licença-prêmio para fins de aposentadoria, não gozada em virtude de falecimento, não tem o condão de suprimir direito adquirido em consonância com o ordenamento jurídico quanto ao benefício. De sorte que, materialmente impossível a sua fruição, deve a Administração indenizar o servidor. Tais conclusões apoiam-se no preceito constitucional que coloca a salvo o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5º, XXXVI). Não se trata de inconstitucionalidade, conquanto seja possível interpretar os dispositivos da Lei Complementar n. 2/80 e Lei n. 1.102/90 à luz do preceito mencionado, dando efetividade aos princípios da eficácia integradora, da força normativa da Constituição Federal, da máxima efetividade, da interpretação conforme a Constituição e da razoabilidade.

Por fim, vale registrar ainda, caso prevalecesse o entendimento estatal, o inequívoco enriquecimento sem causa da Administração Pública, na medida em que se locupletou do trabalho desempenhado pelo servidor, que poderia ter gozado sua licença-prêmio. Assim, considerando o direito adquirido, bem como a possibilidade de enriquecimento ilícito da Administração com a não indenização da licença-prêmio não gozada, não há falar em impossibilidade de conversão da licença em pecúnia, em razão de anterior conversão para fins de aposentadoria não gozada. O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou acerca da possibilidade de conversão em pecúnia da licença-prêmio não gozada. Confira:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. **LICENÇA-PRÊMIO NÃO USUFRUÍDA. CONVERSÃO EM ESPÉCIE.** LEGALIDADE. ACÓRDÃO REGIONAL EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. ENUNCIADO N. 83 DA SÚMULA DO STJ. 1. O cerne da controvérsia circunvolve-se à legalidade de conversão, em pecúnia, de licença-prêmio não usufruída por membro do Ministério Público Estadual, em razão de interesse público. 2. **No caso, ao adimplir os requisitos necessários à aquisição de licença-prêmio, inegável o direito potestativo do servidor, quando da sua aposentadoria, à indenização pela não fruição do benefício por necessidade da própria Administração.** 3. Enunciado n. 83 da Súmula do STJ. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no REsp n. 678.546/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Celso Limongi (Des. Convocado do TJ/SP), julgado em 23.2.2010, DJ de 15.3.2010 – destaqueei).

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. LICENÇA-PRÊMIO. CONVERSÃO EM PECÚNIA. APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. **Há direito à conversão em pecúnia das licenças-prêmio não gozadas e não contadas em dobro, quando da aposentadoria, sob pena de locupletamento ilícito da Administração.** Nesse sentido: REsp n. 829.911/SC, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ de 18.12.2006. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no REsp n. 1063313/DF - 2008/0072037-6, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, Julgado em 3.2.2009, DJ de 2.3.2009 – frisei).

Esta Corte tem acompanhado esse pensamento, sufragando o mesmo posicionamento, confira-se:

APELAÇÕES CÍVEIS - AÇÃO DE COBRANÇA - SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - **LICENÇA-PRÊMIO NÃO GOZADA - MORTE DA SERVIDORA - PRESCRIÇÃO DOS PERÍODOS ADQUIRIDOS E NÃO USUFRUÍDOS - AFASTADA - CUSTAS - FAZENDA PÚBLICA - IMPOSSIBILIDADE - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - MINORADOS - JUROS CONTRA FAZENDA PÚBLICA - 6% AO ANO - RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.** (TJMS, AC n. 2011.007272-0, Pedro Gomes, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, DJ n. 2.395 de 5.4.2011 – frisei).

APELAÇÕES CÍVEIS - ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - LICENÇA-PRÊMIO NÃO GOZADA - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - PRESCRIÇÃO - TERMO INICIAL - DATA DA APOSENTADORIA - CONVERSÃO DO

BENEFÍCIO EM PECÚNIA-POSSIBILIDADE-BASE DE CÁLCULO-REMUNERAÇÃO PERCEBIDA PELO SERVIDOR NA ATIVA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - MAJORAÇÃO. (TJMS, AC n. 2009.012872-1/0000-00, Campo Grande, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Dorival Renato Pavan, DJ n. 1.998 de 6.7.2009 – destaquei).

E ainda,

SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL – APOSENTADORIA – LICENÇA-PRÊMIO NÃO GOZADA – CONVERSÃO EM PECÚNIA – POSSIBILIDADE. O servidor público municipal deve ser indenizado, com a conversão, em pecúnia, da licença-prêmio não gozada e que não foi computada, em dobro, para a contagem de tempo de serviço para efeito de aposentadoria. Tal direito independe de previsão legal expressa, pois consubstanciado na responsabilidade objetiva e no princípio que veda o enriquecimento ilícito por parte da Administração. (TJMS, AC n. 2004.009326-8, Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, julgado em 22.11.2005).

Concernente aos juros de mora, defende o apelante a incidência a partir da citação, data da constituição em mora, nos termos do art. 219 do CC/02. Entendo que lhe assiste razão, conforme tem entendido esta Corte de Justiça, inclusive em acórdão de minha relatoria. Confira:

REEXAME NECESSÁRIO - AÇÃO REVISIONAL - PENSÃO POR MORTE - PRESCRIÇÃO PARCIAL - BENEFÍCIO DEVE CORRESPONDER À TOTALIDADE DOS PROVENTOS DO SERVIDOR FALECIDO - CORREÇÃO MONETÁRIA - INPC - JUROS DE MORA DE 6% AO ANO ATÉ ENTRADA EM VIGOR DA LEI N. 9.494/97 - APÓS DEVE SER ADOTADO ÍNDICE DA CADERNETA DE POUPANÇA - SENTENÇA MANTIDA. 1. Consiste a pensão por morte em obrigação de trato sucessivo em que o prazo para ajuizamento da ação se renova mês a mês, atingindo a prescrição apenas o período anterior aos cinco anos que precederam a propositura da demanda, nos termos do Decreto n. 20.910/32 e súmula n. 85 do STF. 2. A Constituição Federal em seu art. 40, §§ 3º e 7º estabelece que a pensão por morte deve corresponder à totalidade da remuneração do servidor se vivo fosse, de modo que a lei estadual deve estar em harmonia com este direito, sendo inconstitucional o pagamento a menor realizado ao requerente, fazendo jus ao pagamento das diferenças não prescritas. 3. Os vencimentos dos servidores públicos pagos com atraso devem ser monetariamente corrigidos pelo INPC. Ressalte-se que o STJ vem adotando tal indexador quando aprecia casos envolvendo pagamento de parcelas salariais a servidores (REsp n. 505472- RS). 4. **Os juros moratórios devam ser calculados a partir da citação a taxa de 6% ao ano até 29.6.2009, quando deverá incidir a taxa da caderneta de poupança, pois se aplica à hipótese o disposto no art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, alterado pela Lei n. 11.960, de 29.6.2009, que passou a vigorar a partir de 30.6.2009.** (TJMS, AC n. 2010.011039-5, Campo Grande, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel, DJ n. 2.274 de 13.9.2010 – destaquei).

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA E ORDINÁRIA DE COBRANÇA – REEXAME NECESSÁRIO – NECESSIDADE – PENSÃO POR MORTE – BENEFÍCIO QUE DEVE CORRESPONDER À TOTALIDADE DOS PROVENTOS DO FALECIDO – ARTIGO 40 DA CF – DIFERENÇA ENTRE O VALOR EFETIVAMENTE PAGO E O VALOR DEVIDO – JUROS DE MORA DE 6% AO ANO – LEI N. 9.494/97 – TERMO INICIAL – CITAÇÃO VÁLIDA – RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS. 1. Sendo a sentença proferida em desfavor da Fazenda Pública, condenando-a ao pagamento de valor incerto, faz-se indispensável que o *decisum* seja submetido ao reexame necessário (artigo 475, § 2º, do Código de Processo Civil). 2. Infere-se da redação do artigo 40 da CF/88, apesar das alterações de seus parágrafos pelas EC 20/98 e 41/2003, que sempre restou garantido o benefício da pensão por morte correspondente à totalidade da remuneração a que faria jus o servidor se vivo fosse e estivesse na ativa. Assim, não tendo sido observado tal regramento constitucional, impõe-se sua correção, bem como o pagamento das diferenças dos valores efetivamente pagos

com os valores devidos, acrescidos dos consectários legais. 3. O legislador constituinte ao consignar, no artigo 40, § 5º, da CF/88 (redação anterior a EC 20/98), a expressão “até o limite estabelecido em lei” pretendeu apenas determinar que o benefício por morte deveria atender aos tetos impostos aos proventos e aos vencimentos dos servidores conforme o cargo ou a lotação prevista na própria administração, e não fixar pensão por morte em valor inferior à totalidade da remuneração do ex-servidor se vivo fosse. 4. Deve ser aplicado o percentual de 6% (seis por cento) ao ano, a título de juros de mora, por estar em conformidade com a Lei n. 9.494/97. 5. **O termo inicial para a incidência dos juros de mora é a data de sua citação válida, uma vez que é nesta oportunidade que o recorrente foi constituído em mora, nos termos do artigo 219 do Código de Processo Civil.** (TJMS, AC Nn 2007.003195-8, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 11.4.2007 – frisei).

Assim, deve ser reformada a sentença nesse ponto, para que os juros de mora incidam desde a citação e não a partir do vencimento de cada parcela, como entendeu o juízo *a quo*.

Por fim, insurgiu-se o apelante quanto ao valor dos honorários advocatícios, alegando ser excessivo (10% sobre o valor da causa = R\$ 4.000,00), pois entende exorbitante a quantia de R\$ 1.500,00. No entanto, a pretensão não merece prosperar.

Embora a questão posta em debate não seja de alta indagação, levando em consideração os requisitos do § 3º do art. 20 do CPC, como grau de zelo, local da prestação do serviço, natureza e importância da causa, tempo exigido para o serviço, verifico que o valor arbitrado está razoável, devendo ser mantido.

Fica prejudicado o recurso obrigatório nos pontos recursais ora analisados.

Os dispositivos prequestionados foram explícita ou implicitamente apreciados ou não guardam pertinência com a causa.

De tudo quanto exposto, conheço do recurso de apelação e dou-lhe parcial provimento, apenas para determinar a incidência dos juros de mora a partir da citação. Quanto ao recurso obrigatório conheço dele parcialmente, mas nego-lhe provimento na parte conhecida.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

**POR UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO E CONHECERAM EM PARTE DO REEXAME NECESSÁRIO, NEGANDO-LHE, NESTA EXTENSÃO, PROVIMENTO, 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, 12 de maio de 2011.

\*\*\*

**Segunda Turma Cível**  
**Apelação Cível n 2008.005044-9 - Campo Grande**  
**Relatora Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CAUTELAR FISCAL – RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – INDISPONIBILIDADE DOS BENS – CRÉDITO TRIBUTÁRIO – ARTIGO 2º, V, a, DA LEI N. 8.397/92 – INADIMPLEMENTO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS – RECURSO IMPROVIDO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – MAJORAÇÃO – CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NÃO OBSERVADOS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O propósito principal da cautelar é o de tornar, de imediato, indisponíveis os bens do devedor até o limite da satisfação da obrigação.

Presentes os pressupostos necessários à confirmação da medida liminar, que se enquadra nas hipóteses que autorizam a Fazenda Pública a promover a medida cautelar fiscal (art. 2º da Lei n. 8.397/92), impõe-se a sua procedência.

Adequada a majoração dos honorários advocatícios quando fixados em valor aquém daquele condizente com o trabalho desenvolvido pelos profissionais, adequando-se tal valor aos critérios legais equitativos.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso de Gledison Lopes Sandim e dar parcial provimento ao apelo de Fazenda Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, nos termos do voto da relatora.

Campo Grande, 12 de abril de 2011.

Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relatora

## **RELATÓRIO**

A Sra. Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges

Gledison Lopes Sandim e Estado de Mato Grosso do Sul, inconformados com a sentença que julgou procedente a ação cautelar fiscal contra si ajuizada pelo segundo em desfavor do primeiro, recorrem a este Tribunal.

O primeiro recorrente aduz que a sentença deve ser reformada, uma vez que a indisponibilidade de seus bens, enquanto não se resolver a questão acerca do suposto débito apresentado pelo recorrido, certamente lhe acarretará prejuízos de expressiva monta e de impossível reparação.

Ressalta não estarem presentes os requisitos previstos no art. 2º, d, da Lei n. 8.397/1992, uma vez que não se enquadra em nenhuma das situações mencionadas nesta norma, mormente pelo fato de que tanto a

intimação do recorrente acerca do procedimento administrativo quanto o próprio procedimento são eivados de vícios e falhas que deverão ser anulados por esta Corte.

Assevera que teve cerceado seu direito à anistia, concedida nos termos da Lei Estadual n. 3.045/2005, por culpa exclusiva da Fazenda Estadual, que se negou a entregar cópias das notas fiscais previamente requeridas.

Pugna pelo conhecimento e provimento do recurso de apelação, reformando-se a sentença objurgada, a fim de determinar a liberação dos bens do recorrente, visto que, para a interposição de embargos na ação principal, deve ser garantido o Juízo.

Por sua vez, o Estado de Mato Grosso do Sul recorre da sentença, pugnando pela majoração da verba honorária – fixada em R\$ 1.000,00 (mil reais) – com base no § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil, que estabelece os parâmetros certos, entre o patamar mínimo de 10% e máximo de 20%, e não no §4º do mesmo dispositivo, devendo ser levado em consideração que o valor atribuído à causa é de R\$ 470.562,90 (quatrocentos e setenta mil, quinhentos e sessenta e dois reais e noventa centavos).

Contrarrazões pelo Estado de Mato Grosso do Sul às f. 321-36.

## VOTO

A Sra. Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges (Relatora)

Trata-se de recursos de apelação interpostos por Gledison Lopes Sandim e Estado de Mato Grosso do Sul, pretendendo a reforma da sentença que julgou procedente a Ação Cautelar Fiscal, fixando honorários no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) em favor do ente estatal, que se insurge, exclusivamente, quanto ao valor da verba honorária.

A sentença recorrida embasou-se nos seguintes fundamentos:

A Lei n. 8.397/92 que instituiu em nosso ordenamento jurídico a medida cautelar fiscal visa tão-somente resguardar uma situação de fato, que garanta à parte a satisfação de um direito que será discutido em toda a sua amplitude na ação principal.

Portanto, as questões acerca da validade da constituição do crédito tributário não são passíveis de apreciação no presente procedimento, posto que a CDA tem presunção de certeza e liquidez, nos termos do art. 3º, da LEF, cabendo apenas a análise dos requisitos legais que autorizam a decretação da medida.

Frise-se que o objeto da presente ação é assegurar, por meio da indisponibilidade dos bens dos devedores, o resultado útil do processo executivo, não havendo qualquer ato de apropriação antecipado.

Depreende-se dos documentos de f. 16-170, acostados pelo requerente (processo administrativo n. 11359/2004), que o requerido foi notificado do ALIM n. 4.035, por meio do correio, com aviso de recebimento - AR (f. 141), repetindo-se a notificação por meio de edital (f.142-143), nos termos da lei do processo administrativo tributário - Lei n. 2315/2001, sem apresentar qualquer manifestação, conforme termo de revelia (f. 147).

O requerido ingressou nos autos de processo administrativo, requerendo cópia dos documentos, em 2.6.2005, consoante f. 159-165. À vista disto, tenho que o requerido é conhecedor do seu débito, caracterizando, dessarte, a inadimplência como requisito estabelecido pela lei para a concessão da presente medida, nos termos do artigo 2º, V, “a”,

da Lei n. 8.397/92: “notificado pela Fazenda Pública para que proceda ao recolhimento do crédito fiscal: a) deixa de pagá-lo no prazo legal, salvo se suspensa sua exigibilidade”, mormente, quando se constata que o crédito em questão encontra-se constituído e ajuizado.

A medida acautelatória deferida poderá ser suspensa assim que efetivada a penhora de bens suficientes para garantia do crédito tributário, conforme faculta o art. 10 da Lei n. 8.397/92.

Ademais, a discussão judicial da dívida ativa deve se dar por meio de embargos, nos termos dos art.16 c/c 38, ambos da Lei de Execução Fiscal – Lei n. 6830, de 22.9.1980.

Diante do exposto, julgo procedente o pedido constante na presente ação, confirmando-se a medida liminar concedida ao Estado de Mato Grosso do Sul, nos termos da decisão de f. 172-173, que decretou a indisponibilidade dos bens de Gledison Lopes Sandim.

Condeno o requerido ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados na quantia de R\$ 1.000,00 (um mil reais), tendo-se em vista o disposto no art. 20, § 4º, do CPC. Prossigam-se os autos executivos. (f. 286-8)

Com efeito, a sentença recorrida não merece reparos no tocante à procedência do pedido cautelar, razão pela qual, adoto, como razões de decidir, a fundamentação nela exarada.

Como forma de demonstrar a ausência dos pressupostos da cautelar, o recorrente sustenta que o recorrido não demonstrou o preenchimento dos requisitos dispostos no art. 2º da Lei n. 8.397/92.

Dentre as hipóteses que autorizam a Fazenda Pública a promover a medida cautelar fiscal, estão previstas as seguintes, desde que o devedor:

I - sem domicílio certo, intenta ausentar-se ou alienar bens que possui ou deixa de pagar a obrigação no prazo fixado;

II – tendo domicílio certo, ausenta-se ou tenta se ausentar, visando a elidir o adimplemento da obrigação;

III – caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens que possui; contrai ou tenta contrair dívidas extraordinárias; põe ou tenta pôr seus bens em nome de terceiros ou comete qualquer outro ato tendente a frustrar a execução judicial da Dívida Ativa;

IV – notificado pela Fazenda Pública para que proceda ao recolhimento do crédito fiscal vencido, deixa de pagá-lo no prazo legal, salvo se garantida a instância em processo administrativo ou judicial;

V – possuindo bens de raiz, intenta aliená-los, hipotecá-los ou dá-los em anticrese, sem ficar com algum ou alguns, livres e desembaraçados, de valor igual ou superior à pretensão da Fazenda Pública. (art. 2º da LMCF).

Cumprido ressaltar que deverá a Fazenda (Nacional, Estadual, do Distrito Federal, Municipal e suas autarquias) demonstrar, através de prova documental, a concretização de algumas das hipóteses antes mencionadas, além de juntar a prova literal do crédito para com a Fazenda.

Ressalte-se, ainda, que o propósito principal da cautelar é o de tornar, de imediato, indisponíveis os bens do devedor até o limite da satisfação da obrigação.

Desta feita, contrariamente ao externado nas razões recursais, entendo que os pressupostos necessários à confirmação da medida liminar, uma vez que suficientemente demonstrado que, após a constituição do crédito tributário, o recorrido foi notificado para o pagamento, deixando de fazê-lo no prazo legal, resultou na propositura da ação de execução fiscal para a cobrança do referido crédito tributário.

Por tais razões, conheço do recurso interposto por Gledison Lopes Sandim, e nego-lhe provimento.

De outro norte, no que concerne ao valor fixado a título de honorários de sucumbência ao Estado de Mato Grosso do Sul, assiste-lhes razão a reforma da sentença.

Conquanto comungue do entendimento de que o juiz não está obrigatoriamente adstrito aos exatos limites de 10% a 20% sobre o valor da condenação, devendo tal verba ser fixada consoante apreciação equitativa do julgador, entendo que, no caso em voga, devem ser sopesadas a dedicação dos advogados, a competência com que conduziram os interesses de seu cliente, e o tempo despendido desde o início até o término da ação, que, apesar de não ultrapassar um ano e seis meses até a prolação da sentença, foi exercido de forma zelosa pelos profissionais, sendo justa a majoração dos honorários.

Analisando tais aspectos, noto que o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), fixado pelo magistrado, está aquém daquele que condiz com o trabalho desenvolvido, razão pela qual dou provimento ao recurso para que, reformando o *decisum*, sejam fixados os honorários advocatícios no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Entendimento semelhante foi pronunciado pelo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

PROCESSO CIVIL – HONORÁRIOS DE ADVOGADO – EMBARGOS DO DEVEDOR – NATUREZA JURÍDICA – AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO – APLICAÇÃO DO ART. 20, § 4º, CPC – APRECIÇÃO EQUITATIVA – DOUTRINA – PRECEDENTES – RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE –

[...] A questão relacionada com o *quantum* dos honorários advocatícios está normalmente envolta com os fatos da causa, pelo que, em princípio, inapreciável no âmbito do recurso especial. Cuidando-se, no entanto, de questões de direito ou quando a estipulação feita nas instâncias ordinárias desborda dos critérios estipulados em lei, seja porque se distanciam do juízo de equidade, seja porque desatendem aos limites previstos, a Turma tem conhecido dos apelos visando à alteração do quantitativo escolhido, para elevá-los ou reduzi-los. IV – Na espécie, os critérios legais recomendam a majoração da verba honorária. (STJ, REsp n. 279064, SC, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 5.3.2001, p. 00174).

Para corroborar, na mesma senda é a jurisprudência desta Corte:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – APELAÇÃO CÍVEL PROVIDO – PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS FORMULADOS NA INICIAL – INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS – MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – OMISSÕES SANADAS – RECURSO PROVIDO.

Estando devidamente demonstrada a existência de omissão no acórdão recorrido, acolhem-se os embargos para sanar a omissão porventura existente.

Quando o interesse de uma das partes é inteiramente atendido, impõe-se a condenação da parte *ex adversa* à composição das custas do processo e dos honorários advocatícios.

Em atenção ao estatuído no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, é passível a majoração dos honorários advocatícios fixados, considerando o disposto no § 3º do

mesmo artigo, sem descurar do valor ofertado à causa. (TJMS, ED em AC n. 2003.006100-2/0001.00, Campo Grande, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Horácio Vanderlei Nascimento Pithan, 14.12.2004).

Por tais razões, nego provimento ao recurso interposto por Gledison Lopes Sandim, e dou provimento às razões recursais lançadas pelo Estado de Mato Grosso do Sul, a fim de majorar a verba honorária fixada para R\$ 10.000,00 (dez mil reais), nos moldes do que preceitua o art. 20, §4º, do Código de Processo Civil.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

**POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DE GLEDISON LOPES SANDIM E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DE FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, NOS TERMOS DO VOTO DA RELATORA.**

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relatora, a Exma. Sra. Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Tânia Garcia de Freitas Borges, Julizar Barbosa Trindade e Paulo Alfeu Puccinelli.

Campo Grande, 12 de abril de 2011.

\*\*\*

**Segunda Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2008.009500-3 - Campo Grande**  
**Relatora Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA – FAZENDA PÚBLICA – FRACIONAMENTO DA EXECUÇÃO – HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA – CRÉDITO DE NATUREZA ALIMENTAR – POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO AUTÔNOMA – VIOLAÇÃO À NORMA DO ART. 100, § 3º, DA CF NÃO VERIFICADA – OBRIGAÇÃO DE PEQUENO VALOR – DISPENSA DE PRECATÓRIO – RECURSO IMPROVIDO.

Os honorários de sucumbência são créditos de natureza alimentar, de titularidade do advogado, que possui autonomia para executá-los, nos termos da Lei n. 8.906/94.

Não há falar em violação ao § 3º do artigo 100 da Constituição Federal, em face do desmembramento do débito da Fazenda Pública entre o credor principal e seu advogado, pois o dispositivo legal somente veda o fracionamento de créditos da mesma titularidade.

## 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, nos termos do voto da relatora.

Campo Grande, 12 de abril de 2011.

Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relatora

## RELATÓRIO

A Sr<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges

Estado de Mato Grosso do Sul, inconformado com a sentença que julgou parcialmente procedentes os Embargos à Execução opostos em desfavor de Renata Barbosa Lacerda Oliva, recorre a esta Corte.

Aduz que não procede o entendimento exarado na sentença recorrida, no sentido de permitir o fracionamento da execução do título executivo – rito do precatório e verba de sucumbência como execução de pequeno valor –, pois não nasceu de forma autônoma a partir da sentença, tendo decorrido do julgamento de uma lide, independentemente de requerimento expresso, conforme Súmula n. 256 do STF.

Ressalta que o resultado da soma dos valores oriundos do título judicial executado que classifica o débito como de pequeno valor ou não, Visto que a Constituição Federal proíbe expressamente o fracionamento, a repartição do valor da execução, para que parte dela seja paga sem a expedição do precatório, nos termos do § 4º do art. 100 da Constituição Federal.

Pugna pelo conhecimento e provimento do recurso, reformando-se a sentença, a fim de reconhecer a nulidade da execução proposta, extinguindo-se o feito e condenando-se a recorrida aos ônus sucumbenciais.

Contrarrazões às f. 95-6.

## VOTO

A Sr<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges (Relatora)

A questão cerne devolvida à apreciação desta Corte de Justiça pelo embargante Estado de Mato Grosso do Sul diz respeito à possibilidade ou não de se executar a verba honorária de sucumbência separadamente do débito principal, nas execuções contra a Fazenda Pública, sem que tal medida caracterize afronta à norma contida no art. 100 da CF.

No tocante à alegação de impossibilidade legal de fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução (§ 4º do artigo 100 da CF), a fim de que o pagamento se faça, nos termos do § 3º do artigo 100 da Constituição Federal, entendo que o posicionamento externado na sentença recorrida deve ser mantido.

Em prestígio ao princípio da economia processual, deve-se sempre prezar pela forma menos onerosa, não só para a parte, mas também ao Poder Judiciário, já tão abarrotado na prestação da tutela jurisdicional.

Vedar o fracionamento de crédito é o mesmo que incentivar os jurisdicionados intentarem individualmente demandas com o mesmo escopo.

A norma inserta no art. 100, § 3º, da CF estabelece que “*O disposto no caput deste artigo relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado*”.

Abstrai-se, pois, que os pagamentos das dívidas da Fazenda Pública, definidas em lei como de pequeno valor, dispensarão a expedição de precatórios.

Em atenção à referida norma, o Estado de Mato Grosso do Sul editou a Lei n. 2.586/2002, que definiu como obrigações de pequeno valor aquelas iguais ou inferiores a 515 UFERMS.

No caso, em que pese o valor total da execução importar em R\$ 14.779,36 (quatorze mil, setecentos e setenta e nove reais e trinta e seis centavos), convém ressaltar que os créditos pertencentes às recorridas estão devidamente individualizado, podendo ser cobrado separadamente.

Assim, aplica-se à hipótese vertente o art. 257 do atual Código Civil, o qual determina que “*havendo mais de um devedor ou mais de um credor em obrigação divisível, esta se presume dividida em tantas obrigações, iguais ou distintas, quantos os credores, ou devedores*”.

Infere-se, pois, que os valores executados são divisíveis e devem ser vistos como débitos individuais e pagos conforme o direito que cada um faz jus separadamente, mesmo porque, conquanto o valor total da execução ultrapasse o limite previsto na Lei Estadual n. 2.586/2002, urge observar que, na realidade, o pagamento será feito individualmente para cada recorrido, ou seja, a dotação orçamentária será expedida para pagamento a cada uma das partes agravadas, de forma individual, nos limites de seus créditos.

Destarte, inatacável a sentença de primeiro grau, a qual determinou que o pagamento do crédito de Renata Barbosa Lacerda Oliva seja feito independentemente da expedição de precatório, na forma do art. 100, § 3º, da Constituição Federal, razão pela qual deve ser mantida.

Este é o entendimento desta Corte:

RECURSO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA – FAZENDA PÚBLICA – FRACIONAMENTO DA EXECUÇÃO – HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA – CRÉDITO DE NATUREZA ALIMENTAR – POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO AUTÔNOMA – VIOLAÇÃO À NORMA DO ART. 100, § 3º, DA CF NÃO VERIFICADA – OBRIGAÇÃO DE PEQUENO VALOR – DISPENSA DE PRECATÓRIO – RECURSO IMPROVIDO.

Os honorários de sucumbência são créditos de natureza alimentar, de titularidade do advogado, que possui autonomia para executá-los, nos termos da Lei n. 8.906/94.

Não há falar em violação ao § 3º do artigo 100 da Constituição Federal, em face do desmembramento do débito da Fazenda Pública entre o credor principal e seu advogado, pois o dispositivo legal somente veda o fracionamento de créditos da mesma titularidade.

No caso da requisição de pagamento das obrigações de pequeno valor, verificada a inadimplência do ente político (art. 17 Lei n. 10.259/01), admite-se o bloqueio e o seqüestro de numerário suficiente para a satisfação do crédito. (TJMS, AC n. 2008.002925-5, Campo Grande, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, Julgado em 25.8.2008).

Por oportuno, destaco trecho do voto exarado pelo Desembargador Paulo Alfeu Puccinelli no acórdão acima transcrito, em caso semelhante ao que ora se discute, *in verbis*:

De acordo com recente julgado do Supremo Tribunal Federal, firmou-se o entendimento de que não há distinção entre a verba honorária de sucumbência e a contratada, ambas as verbas têm a mesma natureza, ou seja, são verbas de natureza alimentar, de forma que, porquanto a verba honorária de sucumbência perdeu a sua característica de acessório do crédito principal, como outrora se entendia, esta não só pode, como deve ser executada separadamente do débito principal, por se tratar, em razão de sua natureza, de crédito com privilégio na ordem dos precatórios, senão vejamos:

CRÉDITO DE NATUREZA ALIMENTÍCIA - ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A definição contida no § 1-A do artigo 100 da Constituição Federal, de crédito de natureza alimentícia, não é exaustiva. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - NATUREZA - EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA. Conforme o disposto nos artigos 22 e 23 da Lei n. 8.906/94, os honorários advocatícios incluídos na condenação pertencem ao advogado, consubstanciando prestação alimentícia cuja satisfação pela Fazenda ocorre via precatório, observada ordem especial restrita aos créditos de natureza alimentícia, ficando afastado o parcelamento previsto no artigo 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, presente a Emenda Constitucional n. 30, de 2000. Precedentes: Recurso Extraordinário n. 146.318-0/SP, Segunda Turma, Relator ministro Carlos Velloso, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 4 de abril de 1997, e Recurso Extraordinário n. 170.220-6/SP, Segunda Turma, por mim relatado, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 7 de agosto de 1998. (STF, REsp n. 470407/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9.5.2006).

Por tais razões, conheço do recurso interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul e nego-lhe seguimento, mantendo-se inalterada a sentença recorrida.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

**POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DA RELATORA.**

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relatora, a Exma. Sr<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Tânia Garcia de Freitas Borges, Julizar Barbosa Trindade e Paulo Alfeu Puccinelli.

Campo Grande, 12 de abril de 2011.

\*\*\*

**Segunda Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2008.024628-4 - Dourados**  
**Relatora Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL – DANO MORAL – AGRAVO RETIDO – ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA – MORTE DE ADOLESCENTE – AFOGAMENTO EM LAGO NO INTERIOR DE CHÁCARA DE LAZER – CULPA DA VÍTIMA NÃO DEMONSTRADA – NEGLIGÊNCIA DOS PROPRIETÁRIOS E DO RESPONSÁVEL PELO EVENTO – VALOR DO DANO MORAL – BINÔMIO COMPENSAÇÃO/SANÇÃO – TERMO INICIAL JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA – DATA DO EVENTO DANOSO – HONORÁRIOS – MANUTENÇÃO DO VALOR FIXADO NA SENTENÇA – CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA – RECURSOS NÃO PROVIDOS.

Nega-se provimento ao agravo retido, afastando-se a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelos réus agravantes, quando evidenciado que a propriedade rural onde ocorreu o acidente encontra-se em seus respectivos nomes, razão pela qual detêm legitimidade passiva para responder à ação de indenização.

Restou comprovado que os proprietários do empreendimento violaram os deveres de vigilância e segurança na área do lago onde ocorreu o fatídico acidente com o filho dos recorridos e, por esta razão, não há atribuir a responsabilidade exclusiva ao organizador do evento que, por sua vez, como responsável que estava pela vítima, não se cercou das cautelas devidas, a fim de proteger o garoto, que adentrou no barco, sem saber nadar e desprovido do necessário equipamento de segurança (colete salva-vidas).

Adequado o valor de R\$ 76.000,00 (setenta e seis mil reais) fixado na sentença, que se mostra em consonância com os critérios da razoabilidade e proporcionalidade, sendo certo que a dor pela perda de um filho é permanente e de valor imensurável, impondo-se sua conversão em indenização, a fim de que a quantia a ser paga sirva de amparo à dor e sofrimento dos recorridos e, por outro lado, tenha um fim pedagógico, inculcando, nos recorrentes, receio de incidir no mesmo fato.

A condenação solidária possibilita que os autores promovam o cumprimento da obrigação da forma que lhes convier, visto que todos os réus respondem igualmente pelos danos causados (art. 942 do Código Civil).

Razoável a fixação da verba honorária em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, em atenção ao que preceitua o § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil.

Consoante os verbetes n. 43 e 54, *in verbis*: “*Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo e “Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual”.*

## 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 e negar provimento ao agravo retido e ao recurso principal. Também por unanimidade, conheceram em parte do recurso adesivo, e, na parte conhecida, negaram-lhe provimento.

Campo Grande, 10 de maio de 2011.

Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relatora

## RELATÓRIO

A Sra. Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges

Valdir Volpato, Valdir Volpato Júnior e Walcione Lange Volpato, inconformados com a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 4<sup>a</sup> Vara Cível de Dourados/MS, que julgou procedente o pedido formulado na Ação de Indenização por Danos Morais, ajuizada por João Francisco Lima e Sirlei Crepche de Aquino, condenando-os, solidariamente, ao pagamento de danos morais no valor de R\$ 76.000,00 (setenta e seis reais), interpõem recurso de apelação.

Valdir Volpato, Valdir Volpato Júnior e Walcione Lange Volpato pedem pela apreciação do agravo retido, no qual suscitaram preliminar de ilegitimidade passiva, sob o argumento de que não são proprietários do empreendimento instalado no imóvel.

No mérito, alegam a presença de causa excludente de responsabilidade, uma vez que o acidente se deu por culpa exclusiva da vítima, ao desobedecer as regras locais (lago da Chácara Chapecó), sendo que restou comprovado que a vítima não sabia nadar, embora o local oferecesse todos os equipamentos de segurança necessários.

Imputam a responsabilidade pelo dano a Paulo Pereira Rosa, que foi o idealizador da excursão, pretendendo que a condenação seja estendida somente em relação a ele, afastando-se, portanto, a responsabilidade solidária, devendo a condenação ser exigida *pro rata* entre os réus, na proporção de 50% para os recorrentes e 50% para Paulo Pereira Rosa.

Argumentam que os danos morais devem ser reduzidos para, no máximo, 10 (dez) salários-mínimos, levando-se em consideração a situação dos autos e a forma pela qual se deu o acidente e, principalmente, a não comprovação da conduta lesiva dos recorrentes.

Pedem a redução dos honorários de sucumbência para 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, devendo ser divididos igualmente – *pro rata* – entre os réus, já que foram vencidos na proporção da responsabilidade de cada um.

Ainda, pretendem que os juros e correção monetária sejam corrigidos a contar da prolação da sentença e não do evento danoso, como estipulado na sentença recorrida.

Por sua vez, Paulo Pereira Rosa, também, recorre da sentença, pretendendo o afastamento da condenação por danos morais, salientando que a culpa não se presume, porquanto não há nos autos quaisquer provas de que a morte do filho dos recorridos deu-se por negligência ou imprudência do recorrente, pugnando pelo conhecimento e provimento do recurso.

João Francisco Lima e Sirlei Crepche de Aquino interpõem recurso adesivo, pugnando pela majoração do valor fixado por danos morais, devendo os juros e correção monetária incidirem da data do ato ilícito e não da prolação da sentença.

Contrarrazões às f. 369.

Às f. 359, o autor João Francisco de Lima peticionou ao Juízo *a quo* requerendo a desistência da ação com relação ao réu Paulo Pereira Rosa que, por sua vez, discordou do pedido de desistência, requerendo a apreciação do recurso de apelação por ele interposto.

## VOTO

A Sra. Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges (Relatora)

A controvérsia reside na existência, ou não, de culpa dos recorrentes pelo afogamento e morte do filho dos recorridos, no Lago da Chácara Chapecó – localizado no Distrito de Vila Vargas, Município de Dourados-MS –, e no valor a ser fixado a título de indenização, caso preenchidos os requisitos legais para a condenação da apelada.

Inicialmente, aprecio o agravo retido interposto por Valdir Volpato, Valdir Volpato Júnior e Walcione Lange Volpato, às f. 156-8.

Entendo que o agravo retido não merece acolhimento.

Isto porque, embora os agravantes aleguem que não são proprietários do empreendimento instalado no imóvel, não há prova alguma que corrobore tal alegação.

Conforme destacado pelo magistrado *a quo*:

É fato incontroverso que as terras onde se encontra edificado o empreendimento Chácara Chapecó são de propriedade dos três primeiros réus, conforme cópia das matrículas juntadas às f. 20-25, na proporção de 50% para Valdir Volpato, 25% para Walcione Lange Volpato e 25% para o réu Valdir Volpato Junior.

Para provar a alegação de que não têm qualquer participação no empreendimento, os réus Walcione Lange Volpato e Valdir Volpato Júnior juntaram aos autos tão somente os documentos de f. 82-83, constantes de uma cota fiscal-fatura e uma fatura de energia elétrica, emitidas em nome do réu Valdir Volpato. Tais documentos, contudo, não servem para demonstrar ser este réu o único proprietário do empreendimento. (f. 288)

Desse modo, aplica-se a teoria da responsabilidade civil objetiva, sendo certo que a omissão capaz de gerar o dever de indenizar está relacionada com o descumprimento de um dever jurídico de agir. Nesse aspecto, ao afastar a preliminar, o magistrado *a quo* ponderou, *in verbis*:

Desse modo, a natureza da atividade exercida no local é passível de ocasionar danos a terceiros, dada a existência de um lago destinado ao lazer dos frequentadores, e que por si só representa um risco, Demais disso, trata-se de atividade desenvolvida com habitualidade, e, portanto, a teor do disposto no parágrafo primeiro do art. 927 do Código Civil, aplicável a teoria do risco da atividade, que conduz à responsabilidade civil objetiva dos réus Valdir Volpato, Valdir Volpato Júnior e Walcione Leange Volpato, não havendo que se falar em culpa (CC, art. 932, III e art. 933). (f. 155)

Por tais razões, conheço do agravo retido e nego-lhe provimento.

No mérito, entendo que a sentença não merece reparos.

Maria Helena Diniz ensina que, “*para que se configure o ato ilícito, será imprescindível que haja: a) fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência; b) ocorrência de um dano patrimonial ou moral; c) nexos de causalidade entre o dano e o comportamento do agente*” (**Código Civil anotado**, Saraiva, 1999, 5. ed., p. 169) (AC n. 2000.018091-2, da Capital, Rel. Des. Marcus Túlio Sartorato, julgado em 1º.4.2005).

No mérito, passo à apreciação conjunta dos recursos de apelação interpostos por Valdir Volpato, Valdir Volpato Júnior, Walcione Lange Volpato e Paulo Pereira Rosa, respectivamente, proprietários da Chácara Chapecó e o responsável pela organização do evento que culminou na morte, por afogamento, de Jefferson de Aquino Lima, visto que os argumentos lançados pelas partes se assemelham e visam à exclusão da responsabilidade em razão do evento.

Os apelantes afirmam a existência de causa excludente de responsabilidade, uma vez que o acidente de seu por culpa exclusiva da vítima, ao desobedecer às regras locais (Lago da Chácara Chapecó), sendo que restou comprovado que a vítima não sabia nadar, embora o local oferecesse todos os equipamentos de segurança necessários. Pretendem, os primeiros recorrentes, que a responsabilidade pelo dano seja imputada a Paulo Pereira Rosa, que foi o idealizador da excursão, afastando-se a responsabilidade solidária.

Já o organizador do passeio, que também recorre da sentença, afirma que a culpa não se presume, não havendo nos autos quaisquer provas de que a morte do filho dos recorridos deu-se por negligência ou imprudência de sua parte.

Contudo, no caso concreto, restou comprovado que os proprietários do empreendimento violaram os deveres de vigilância e segurança na área do Lago da Chácara Chapecó, onde ocorreu o fatídico acidente com o filho dos recorridos e, por esta razão, não há atribuir a responsabilidade exclusiva ao organizador do evento que, por sua vez, como responsável que estava pela vítima, não se cercou das cautelas devidas, a fim de proteger o garoto, que adentrou no barco, sem saber nadar e desprovido do necessário equipamento de segurança (colete salva-vidas).

Importante observar que a relação estabelecida entre os proprietários do empreendimento de lazer “Chácara Chapecó” e o falecido Jefferson de Aquino Lima caracterizou-se como verdadeira relação de consumo, visto que exploram financeiramente os recursos naturais do local, cobrando pelo ingresso no local, e, em troca, prestam serviço de assistência e segurança aos visitantes. Nesse contexto, preenche os requisitos do artigo 3º, *caput* e § 2º, do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

[...].

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. (destacou-se)

É fato incontroverso que Jefferson pagou a entrada e teve acesso ao local, onde faleceu, vítima de afogamento. Das provas produzidas nos autos, extrai-se que, embora a Chácara Chapecó conte com placas de segurança e coletes salva-vidas, Jefferson não o portava no momento do acidente fatal que o vitimou. Ora, os recorrentes cobram a entrada naquela estância de lazer, impondo algumas restrições aos visitantes e, em troca, têm o dever de garantir-lhes segurança.

Neste aspecto, destaco o bem lançado fundamento da sentença, *in verbis*:

Disso se conclui que o fato da vítima não saber nadar e mesmo assim ter entrado no lago, não serve para atribuir-lhe culpa (e muito menos exclusiva) pelo ocorrido, já que o lago tem acesso livre a todos os banhistas, saibam ou não nadar, sem qualquer restrição e sem o fornecimento de equipamento de segurança, com vistas a preservar-lhes a vida. Nem tampouco se pode classificar o fato como sendo uma “fatalidade”, como querem fazer crer os réus, já que dadas as condições do local, e consistindo a principal atração em um lago com acesso irrestrito a todos os banhistas, o ocorrido era previsível. (f. 293)

Restou demonstrada, portanto, a negligência dos recorrentes, que permitiram o acesso do menor ao lago, sem que lhe fosse oferecida a indispensável segurança, mormente o colete salva-vidas, portanto não persiste a tese de que a culpa pelo evento danoso deveria ser atribuída à vítima ou mesmo, com exclusividade, ao recorrido Paulo Pereira Rosa, que organizou o passeio.

Neste aspecto, embora os primeiros recorrentes afirmem que o acidente deu-se por culpa exclusiva da vítima que, por não saber nadar, não poderia ter entrado no lago, entendo que a responsabilidade dos proprietários da Chácara, bem como do responsável pela organização do passeio, reside justamente na total falta de cautela ao permitir que o menor ingressasse no interior do barco sem a necessária segurança (colete salva-vidas).

De fato, a testemunha Jeferson Gomes da Silva afirmou (f. 229):

[...] Jeferson sabia ler; Jeferson não sabia nadar; Paulo aqui presente, estive na sala e convidou a turma para a excursão na Chácara Chapecó;

Thainá Brito Carvalho asseverou (f. 237):

[...] ninguém perguntou se alguém do grupo não sabia nadar; também ninguém ofereceu colete salva-vidas; as bóias existentes na lagoa são aquelas para manter a corda na superfície da lagoa; bóias salva-vida não havia na lagoa.

[...] Posteriormente eu soube que o corpo de Jeferson foi encontrado próximo à ilha que tem no meio da lagoa; esse local está do lado raso da lagoa; no local onde Jeferson teria se afogado, não daria pé para ele [...] Esse local é perto de onde todos estavam nadando, ou seja, mais ou menos um metro de onde nós estávamos nadando.

A testemunha Ronei Rodrigues Pena ressaltou (f. 235):

[...] Eu calculo que com o grupo e as pessoas que já se encontravam na Chácara, devia encontrar-se lá cerca de cem pessoas; o Sr. Paulo conversou com o Sr. Valdir Volpato e este autorizou a entrada do grupo, mesmo sem reserva; eu não tenho curso de salva-vidas; eu sei nadar.

Como se vê dos depoimentos acima, evidencia-se a culpa dos recorrentes pelo evento danoso, visto que, embora possuam estrutura física para receber turistas, naquela ocasião deixou de adotar as cautelas devidas e, da mesma forma, a culpa do organizador do passeio. Como bem lançado na sentença, “[...] A ausência da vítima foi notada por volta de 13h, sendo que deixaram o local em torno das 17h30min, sem que qualquer providência tenha sido adotada pelo responsável Paulo para localizar o menor, demonstrando descaso pra com a sua vida e integridade física.” (f. 299)

Acerca da afastabilidade da culpa da vítima, que se coloca em situação razoável de risco, encontram-se os seguintes julgados:

SEGURO ACIDENTE. MORTE POR AFOGAMENTO. RECUSA NO PAGAMENTO. EMBRIAGUEZ. VIOLAÇÃO NÃO CARACTERIZADA AO ARTIGO 1.454 DO CÓDIGO CIVIL. RECURSOS IMPROVIDOS. 1. O artigo 1.454 de Código Civil impõe ao segurado a abstenção de tudo quanto possa aumentar os riscos, sob pena de perder o direito ao seguro. Não se pode ampliar o alcance da norma, de sorte a entender-se que tomar cerveja no convívio da família aumenta o risco de morte. A previsão legal diz respeito a fatos inusitados, contrários à legislação e ao razoável, quando escapa aos limites do bom senso. 2. Ocorrendo a morte por afogamento em decorrência de situação não suficientemente esclarecida, não cabe presumir que a ingestão moderada de bebida alcoólica tenha sido a causa primária do infortúnio. 3. Para excluir a responsabilidade da seguradora em indenizar, além de provar ter o segurado adotado conduta de risco, necessário confirmar ter esta contribuído para o acidente (TAPR, AC n. 141766100, Curitiba, Sétima Câmara Cível, Juiz Miguel Pessoa, julgado em 29.5.2000, DJ de 9.6.2000).

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO RETIDO - [...] REPARAÇÃO DE DANOS - MORTE DE MENOR - AFOGAMENTO - PISCINA DE CLUBE - BAILE - CULPA DA VÍTIMA - INEXISTÊNCIA - RESPONSABILIDADE DA APELANTE NAO AFASTADA - NEGLIGÊNCIA [...] AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO - PROVIMENTO PARCIAL DOS APELOS.

[...] 2. O conjunto probatório é insuficiente para se atribuir culpa exclusiva à vítima, permanecendo incólume, conseqüentemente, o dever da apelante em salvaguardar a integridade física de seus freqüentadores. 3. Desse modo, ainda que todas as medidas preventivas tenham sido tomadas, mister o reconhecimento da culpa da requerida, por negligenciar na fiscalização da piscina que, reconhecidamente sofreria invasão ao final do baile, sendo previsível a ocorrência de acidentes com os presentes, como de fato aconteceu [...] (TJPR, AC n. 120709600, ASSAI, Segunda Câmara Cível, Rel. Vitor Roberto Silva, julgado em 11.9.2002).

[...] DANO, NEGLIGÊNCIA DOS APELANTES E NEXO DE CAUSALIDADE CARACTERIZADOS (CULPA). UTILIZAÇÃO DE PISCINA PARA USO PÚBLICO SEM CONDIÇÕES MÍNIMAS DE SEGURANÇA. MENORES QUE ADENTRARAM NO RECINTO, COM ANUÊNCIA DOS PROPRIETÁRIOS, E VIERAM A FALECER POR AFOGAMENTO [...] RECURSO IMPROVIDO. - a) - A tipicidade do crime culposo decorre da realização de uma conduta não diligente causadora de uma lesão ou de perigo a um bem jurídico penalmente protegido. Contudo, a falta do cuidado objetivo devido, configurador da imprudência, negligência ou imperícia, é de natureza objetiva. Em outros termos, no plano da tipicidade, trata-se, apenas, de analisar se o agente agiu com o cuidado necessário e normalmente exigível. No entanto, o emprego adequado da diligência deve ser aferido nas condições concretas, existentes no momento do fato, além da necessidade objetiva, naquele instante, de proteger o bem jurídico (Cezar Roberto Bitencourt. TAPR - CRIMINAL - b) A ordinariade dos fatos leva em consideração a possibilidade de que muitos dos freqüentadores do local não soubessem nadar, donde se conclui ser possível o evento afogamento, principalmente se se levar em conta a profundidade da piscina (superior a dois metros na parte mais profunda); o que caracteriza a negligência dos réus, pois não se precaveram para perigo objetivamente aceitável (falta de conduta diligente), cuja omissão contribuiu preponderantemente para o afogamento das adolescente. (TAPR, ACr n. 0171465-8, Cascavel, Primeira Câmara Criminal, Juiz convocado Wilde Pugliese, julgado em 14.3.2002, DJ de 5.4.2002).

Desse modo, acertada a sentença de primeiro grau ao imputar a responsabilidade solidária aos recorrentes.

Nem se diga que o valor dos danos morais – R\$ 76.000,00 – fixados na sentença *a quo* não se mostra em consonância com os critérios da razoabilidade e proporcionalidade, sendo certo que a dor pela perda

de um filho é permanente e de valor imensurável, impondo-se sua conversão em indenização, a fim de que a quantia a ser paga sirva de amparo à dor e sofrimento dos recorridos e, por outro lado, tenha um fim pedagógico, inculcando, nos recorrentes, receio de incidir no mesmo fato.

Tal indenização não pode significar, porém, enriquecimento injustificável, devendo ser estabelecida de forma equânime. O valor não deve ser baixo, a ponto de ser irrelevante para a condenada, nem alto, de modo a proporcionar o enriquecimento sem causa do beneficiado. Deve-se observar o binômio compensação/sanção, o que foi perfeitamente observado na sentença recorrida, razão pela qual o *quantum* não deve ser modificado.

Insta salientar que, não tendo sido afastada a responsabilidade solidária dos réus, afasta-se a pretensão dos três primeiros recorrentes no sentido de a condenação ser exigida *pro rata*, ou seja, na proporção de 50% para os recorrentes e 50% para Paulo Pereira Rosa, até porque a condenação solidária possibilita que os autores promovam o cumprimento da obrigação da forma que lhes convier, visto que todos os réus respondem igualmente pelos danos causados (art. 942 do Código Civil).

Por sua vez, Valdir Volpato, Valdir Volpato Júnior e Walcione Lange Volpato pretendem a modificação do termo inicial dos juros e correção monetária, bem como a redução da verba honorária para percentual equivalente a 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, dividindo-a igualmente entre os três primeiros recorrentes e o segundo recorrente, Paulo Pereira Rosa.

No que diz respeito ao termo inicial de incidência de correção monetária e juros, a sentença não merece reparos. Tal questão encontra-se sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça, consoante os verbetes n. 43 e 54, *in verbis*: “*Incidência de correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo e “Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual”*”.

Ademais, nos termos do artigo 398 do Código Civil de 2002: “*Artigo 398: Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou*”.

Outrossim, entendo razoável a fixação da verba honorária em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, em atenção ao que preceitua o § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil, considerando as peculiaridades do processo em questão, e, visto que a obrigação da sucumbência também foi solidária, não há acolher a pretensão dos primeiros recorrentes, no sentido de dividir igualmente – *pro rata* – entre os réus.

Por consequência e pelas mesmas razões acima mencionadas, o recurso adesivo interposto por João Francisco Lima e Sirlei Crepche de Aquino não merece provimento, visto que a pretensa majoração do valor fixado por danos morais não se mostraria condizente com os critérios aqui anotados.

Com relação aos juros e correção monetária, pretendem os autores/recorrentes que incidam da data do ato ilícito, e não da prolação da sentença.

Da leitura da sentença (f. 305), vê-se que o magistrado *a quo* fixou a correção monetária e juros a partir do evento danoso, ou seja, da data do óbito de Jefferson, razão pela qual deixo de conhecer do recurso neste aspecto ante a nítida falta de interesse recursal.

À vista do exposto, nego provimento ao agravo retido e conheço do recurso interposto por Valdir Volpato, Valdir Volpato Júnior e Walcione Lange Volpato, negando-lhe provimento, conhecendo parcialmente do recurso adesivo interposto por João Francisco Lima e Sirlei Crepche de Aquino, negando-lhe provimento, mantendo-se inalterada a sentença recorrida.

**DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E AO RECURSO PRINCIPAL. TAMBÉM POR UNANIMIDADE, CONHECERAM EM PARTE DO RECURSO ADESIVO, E NA PARTE CONHECIDA, NEGARAM-LHE PROVIMENTO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relatora, a Exma. Sra. Des<sup>a</sup>. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Tânia Garcia de Freitas Borges, Julizar Barbosa Trindade e Paulo Alfeu Puccinelli.

Campo Grande, 10 de maio de 2011.

\*\*\*

**Quinta Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2010.036944-8 - Campo Grande**  
**Relator Des. Vladimir Abreu da Silva**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – TRANSAÇÃO REALIZADA SOBRE BEM IMÓVEL – COMPRA E VENDA – CONFIGURADA – RÉU QUE NÃO PRODUZ PROVA DE FATO IMPEDITIVO, MODIFICATIVO OU EXTINTIVO DO DIREITO DO AUTOR – ESCRITURA COM IRREGULARIDADE – FALHA DA SERVENTIA – LAVRATURA DE ESCRITURA DE COMPRA E VENDA – RECONVENÇÃO – PEDIDO REIVINDICATÓRIO – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ARTIGO 1228 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – RECURSO IMPROVIDO.

Compete ao réu a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, de modo que incorrendo apenas em alegações, sem qualquer prova, fere o que dispõe o art. 333, inciso II, do Código de Processo Civil, ensejando o provimento jurisdicional que vai de encontro à pretensão do autor.

Demonstrada a transação de compra e venda do imóvel, onde houve o cumprimento integral da avença, a escritura do bem em nome do adquirente é medida que se impõe.

As partes não podem ser penalizadas por irregularidades atribuídas ao Notário, cometidas no ato da lavratura da escritura de compra e venda, devendo ser mantida a real intenção delas.

A ensejar a pretensão reivindicatória, deve a parte interessada demonstrar o domínio sobre o bem que pretende reaver de quem injustamente o possua ou detenha.

## **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, 31 de março de 2011.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Roseli Aparecida Lima Valdez e Elavir Ajala Martins interpõem recurso de apelação, irresignados com a sentença proferida pelo Juízo da 10ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que julgou procedente o pedido formulado na ação de obrigação de fazer, autos n. 001.07.113303-9, proposta por Edvaldo José de Souza.

Alegam que o apelado não trouxe aos autos documento capaz de demonstrar fato constitutivo de seu direito, deixando de demonstrar o adimplemento do débito mediante a juntada de recibo ou outro documento equivalente.

Afirmam que o próprio apelado teria pago valor pela compra de um imóvel, sem exigir recibo, e que o veículo utilizado como parte do pagamento do negócio estava em nome de um terceiro, denominado “Cido”.

Salientam que os documentos acostados às f. 8-9 não merecem ser valorados, pois a assinatura constante neste último foi lançada enquanto ainda em branco, não devendo ser acolhido como hábil para a configuração do negócio jurídico celebrado entre as partes.

Frisam que a escritura pública é essencial para a validade dos negócios jurídicos, hipótese em que não se enquadra o documento de f. 9, pois se encontra em branco, inexistindo manifestação de vontade.

Ressaltam que tamanha era a certeza de que eram os proprietários do imóvel objeto da presente demanda, que efetuaram o pagamento do IPTU, conforme documento de f. 57, o qual foi realizado anteriormente à propositura desta.

Sustentam que a propriedade do bem objeto da presente demanda foi transferida para o seu patrimônio com a lavratura da escritura de compra e venda, pois o direito de propriedade sobre imóveis é adquirido com o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Esclarecem que, durante o período alegado na peça vestibular, o imóvel continuava e continua a ser de propriedade dos apelantes, de modo que a alegação de que os recorrentes teriam assinado o documento de f. 17 é completamente irrelevante para o deslinde da causa, sendo que na condição de proprietários lhes é assegurado o direito de reaver a coisa.

Ao final, requerem o provimento do recurso, reformando-se a sentença proferida.

Intimado, o apelado apresentou contrarrazões, pugnando pela manutenção da sentença.

### **VOTO (EM 3.3.2011)**

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Roseli Aparecida Lima Valdez e Elavir Ajala Martins, irrisignados com a sentença proferida pelo Juízo da 10ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que julgou procedente o pedido formulado na ação de obrigação de fazer, autos n. 001.07.113303-9, proposta por Edvaldo José de Souza.

Ao que consta dos autos, as partes celebraram negócio jurídico de compra e venda, tendo por objeto um lote de terreno urbano, determinado sob n. 8 (oito), da quadra 104 (cento e quatro), do Loteamento Cidade de Anhanduí, matriculado sob n. 117.144, no 1º Serviço Notarial e de Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição desta Capital.

Ocorre que, no ato de celebração do negócio jurídico, o Tabelião colheu as assinaturas das partes antes de lavrar a escritura, deixando em branco as folhas do livro (f. 8-9). Porém, essa grave irregularidade cometida pelo Notário não desnatura a real intenção dos contratantes que era, justamente, formalizar a compra e venda

Não merece guarida a alegação de que as assinaturas constantes na escritura de compra e venda são falsas, uma vez que submetidas a exame grafotécnico, foram reconhecidas como autênticas (v. laudo pericial de f. 123-34).

No mesmo sentido, foi o posicionamento adotado pelo juízo singular:

Portanto, tenho como certa a afirmação de que os réus apuseram as suas assinaturas no citado documento, denominado “escritura de compra e venda”, que foi produzido entre os dias 7 e 12 de fevereiro de 1997, conforme evidenciam as escrituras juntadas às f. 179-182, as quais, no livro do cartório, medeiam a ora questionada.

Frise-se que, embora os apelantes tenham impugnado o laudo pericial, os argumentos invocados não são capazes de elidir a conclusão do *expert*, que se encontra calcada em estudo técnico e detalhado do material colhido, deixando registrado, *in verbis*:

Em face de todo o exposto CONCLUI este Perito Judicial que as ASSINATURAS QUESTIONADAS, atribuídas à Senhora ROSELI APARECIDA LIMA VALDEZ e ao Senhor ELAUIR AJALA MARTINS, apostas no campo destinado às assinaturas dos emitentes na ESCRITURA DE COMPRA E VENDA, inserta em f. 17 dos Autos, são MORFOLOGICAMENTE CONVERGENTES com os seus padrões gráficos utilizados nos exames, caracterizando TEREM PARTIDO DE SEUS PUNHOS ESCRITURADORES e são, portanto, ASSINATURAS AUTÊNTICAS.

Por outro lado, atestando a legitimidade da escritura de compra e venda acostado às f. 15-7, Cléia Catarina de Oliveira Rezende, tabeliã no cartório registral onde se encontra inscrito o imóvel desde junho de 1997, ouvida às f. 166-7, esclareceu que, quando assumiu o exercício de suas funções, “*encontrou outros documentos em branco e assinados*”.

Outrossim, como bem considerado na sentença, tal fato robustece “*a versão de que, realmente, logo após o pagamento do preço, autor e réus estiveram em cartório para finalizar o contrato naquele momento, o que não ocorreu em virtude da desídia do cartorário responsável, justificando-se o fato de o autor não possuir recibo da quitação, pois acreditava, com razão, que a escritura seria lavrada*”.

Os depoimentos prestados por Eronides da Silva e Rosimeire da Silva (f. 168-9) confirmam que, à época do negócio jurídico, o apelado era proprietário de um veículo marca Volkswagen, modelo Passat, adquirido de Cido, que foi dado em pagamento aos apelantes pela aquisição do imóvel.

Diante do que, resta evidente que as partes celebraram contrato de compra e venda sobre o imóvel, mediante o qual o apelado pagou o valor acordado aos apelantes, adquirindo seu domínio.

Insta salientar que não há a menor relevância o fato de que os apelantes efetuaram o recolhimento do IPTU dos anos de 2006 e 2007 (f. 57-9), haja vista que Roseli ainda figura como proprietária e nessa condição consegue obter os documentos necessários a viabilizar o pagamento.

Melhor sorte não está reservada à pretensão reconvenicional.

Estabelece o artigo 1.228 do Código Civil que o instrumento da ação reivindicatória compete ao proprietário do bem que pretende reaver a coisa de quem injustamente a possua ou detenha.

Todavia, referido dispositivo legal não pode ser aplicado ao presente caso, tendo em vista a decisão proferida na lide principal, onde foi reconhecido o direito de propriedade de Edvaldo José de Souza sobre o bem imóvel matriculado sob n. 117.144, do 1º Serviço Notarial e de Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição desta Capital, por força da escritura de compra e venda de f. 15-7.

Por tais razões, merece ser mantida a sentença proferida pelo juízo *a quo*, que determinou a outorga de escritura de compra e venda do imóvel matriculado sob n. 117.144, do 1º Serviço Notarial e de Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição desta Capital, sob pena de adjudicação compulsória, nos termos do artigo 466-B do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

ADIADA A CONCLUSÃO DO JULGAMENTO EM FACE DO PEDIDO DE VISTA FORMULADO PELO REVISOR, DES. LUIZ TADEU BARBOSA SILVA, APÓS O RELATOR IMPROVER O RECURSO. O VOGAL AGUARDA.

### **VOTO (EM 31.3.2011)**

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Revisor)

Justifico o pedido de vista na necessidade de análise mais acurada, por parte deste Revisor, do elenco probatório constante dos autos, especialmente.

Todavia, depois de atenta análise do caderno processual, é de se constatar a existência de fortes indícios da realização da compra e venda, tal como narrado na inicial. O laudo pericial de f. 125-33 conclui seguramente pela autenticidade das assinaturas apostas no livro de escritura deixado em branco, bem assim o depoimento da testemunha Cléia Catarina de Oliveira Rezende (f. 166-7), Tabeliã no cartório registral desde junho de 1997, que esclareceu que, quando assumiu o exercício de suas funções, “*encontrou outros documentos em branco e assinados*”. Tem-se por demonstrados, portanto, os fatos constitutivos do direito alegado pelo autor na inicial.

Ademais, caberia aos réus-apelantes, conforme dispõe o art. 333, inciso II, do Código de Processo Civil, demonstrar fato impeditivo, modificativo ou extintivo desse direito perseguido na inicial, porém não o fizeram, o que autoriza o julgamento de procedência do pleito inicial e improvimento do apelo.

Diante dessa circunstância, acompanho o voto proferido pelo eminente Relator, conhecendo do recurso interposto e negando-lhe provimento.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Vogal)

Acompanho o relator.

### **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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 Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 31 de março de 2011.

\*\*\*

**Quinta Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2011.003427-0 - Dourados**  
**Relator Des. Vladimir Abreu da Silva**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – PEDIDO DE IMPLANTAÇÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DE PENSÃO POR MORTE – PROVA DA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA DA MÃE – DEPENDÊNCIA COMPROVADA – CUMULAÇÃO DE PENSÃO – PREVIDÊNCIA GERAL E PREVIDÊNCIA ESTADUAL – FONTES DISTINTAS DE CUSTEIO – RECURSO PROVIDO.

Se comprovada a dependência econômica dos pais, é devida a pensão por morte, que deve ser implantada a partir do óbito do segurado.

Não há vedação à cumulação da pensão por morte vinculada ao regime geral de previdência com a pensão por morte do regime próprio de previdência estadual, já que provenientes de fontes distintas de custeio.

## 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, 7 de abril de 2011.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Marisa Bento Martins Ramos interpõe apelo a este Tribunal, irresignada com a sentença proferida pelo Juízo da 6ª Vara Cível da Comarca de Dourados, que, julgou improcedente o pedido formulado na ação de implantação de benefício previdenciário pensão por morte, ajuizada em desfavor de Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul – Ageprev.

Alega em suas razões que, até a data do óbito, seu filho Wagner Alexandre Ramos Soschinski residia com a apelante, e era quem ajudava na manutenção da casa, pois, apesar de a autora receber pensão por morte do seu falecido marido, não era o suficiente para os gastos, já que o valor da renda é de um salário-mínimo.

Aduz que, muito embora não fosse inscrita como dependente do seu filho no MSPREV e o fato de estar amparada por outro órgão previdenciário, não a impede de receber a pensão, já que o art. 124 da Lei n. 8.213/91 faculta ao dependente a escolha da pensão de maior valor, visto que não pretende acumular benefícios, e sim que lhe seja deferido o benefício de pensão por morte em razão da morte do seu filho, pois era com sua ajuda que mantinha sua sobrevivência.

Sustenta que a condição de dependente não se restringe ao disposto no art. 13, inciso II, da Lei n. 3.150/2005, pois deve ser provada por indício de prova material e, se tal não bastasse, devia-lhe ter sido oportunizada a produção de prova testemunhal, conforme requerido na inicial.

Requer, ao final, a reforma da sentença e a condenação da requerida ao pagamento de honorários advocatícios.

Contrarrazões (f. 311-21).

## VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Marisa Bento Martins Ramos em face de Ageprev - Agência de Previdência Social de Mato Grosso do Sul -, objetivando a reforma da sentença proferida pelo Juízo da 6ª Vara Cível da Comarca de Dourados, que julgou improcedente o pedido de benefício previdenciário de pensão por morte.

A autora ajuizou ação em face da requerida pretendendo a declaração da sua condição de dependente do seu filho Wagner Alexandre Ramos Soschinski, falecido em 22.8.2009, enquanto servidor da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, para que lhe seja deferido o benefício de pensão por morte.

Informou, para tanto, que residia com o falecido, de quem era dependente, pois recebe o benefício de pensão por morte de trabalhador rural, em razão do falecimento do seu marido, no valor de um salário-mínimo, o que é insuficiente para sua sobrevivência.

Requeru o benefício administrativamente, o que lhe foi negado, por não ter comprovado a dependência econômica, cujo entendimento é equivocado, haja vista estar comprovada a dependência.

O magistrado de primeiro grau indeferiu a pretensão (f. 294-96), sob o entendimento de que os segurados estão obrigados a declarar a dependência econômica e de que, além do mais, a autora já está amparada por outro órgão previdenciário que não o MSPREV, o que afasta o pressuposto de que fosse dependente do segurado.

A autora alega estar comprovada a sua condição de dependência econômica, e que o fato de estar amparada por outro órgão previdenciário, não a impede de receber a pensão pela morte do filho; sustenta, ainda, que a condição de dependente não se restringe ao disposto no art. 13, inciso II, da Lei n. 3.150/2005, pois deve ser provada por indício de prova material e, se tal não bastasse, devia-lhe ter sido oportunizada a produção de prova testemunhal, conforme requerido na inicial.

A pensão por morte é de caráter alimentar, visando a assegurar os meios de subsistência daquele que vivia economicamente do segurado que faleceu.

O Regime de Previdência do Estado de Mato Grosso do Sul (MSPREV) é regulado pela Lei n. 3.150/2005, que prevê em seu art. 44, *in verbis*:

Art. 44. A pensão por morte consistirá numa importância mensal conferida ao conjunto dos dependentes do segurado, definidos nos artigos 13 e 14, quando do seu falecimento [...].

Os artigos 13 e 14 da referida lei dispõem:

Art. 13. São beneficiários do MSPREV, na condição de dependente do segurado:

[...]

II – os pais;

[...]

Art. 14. Equiparam-se aos filhos, nas condições do inciso I do art. 13, mediante declaração escrita do segurado e desde que comprovada a dependência econômica, o enteado e o menor que esteja sob sua tutela não possua bens suficientes para o próprio sustento e educação.

[...]

§ 1º Os segurados que têm dependentes definidos nos incisos II e III do art. 13, estão obrigados a declarar a dependência econômica.

[...]

§ 3º A dependência econômica:

[...]

III – dos pais, é na forma do regulamento do regimento geral de previdência.

Por sua vez, a Lei n. 8.213/91, que regula o Regime Geral da Previdência Social determina em seu art. 16, § 4º, que a dependência econômica dos pais deve ser comprovada.

O Decreto n. 3.048/99, que dá outras providências ao Regime de Previdência Social (Lei n. 8.213/91), estabelece em seu art. 22, § 3º, que, para a comprovação dependência econômica, devem ser apresentados no mínimo três dos documentos listados em seu rol:

Art. 22. A inscrição do dependente do segurado será promovida quando do requerimento do benefício a que tiver direito, mediante a apresentação dos seguintes documentos: (Redação dada pelo Decreto n. 4.079/2002

[...]

II - pais - certidão de nascimento do segurado e documento de identidade dos mesmos; e

[...]

§ 3º Para comprovação do vínculo e da dependência econômica, conforme o caso, devem ser apresentados no mínimo três dos seguintes documentos: (Redação dada pelo Decreto n. 3.668, de 2000)

I - certidão de nascimento de filho havido em comum;

II - certidão de casamento religioso;

III - declaração do imposto de renda do segurado, em que conste o interessado como seu dependente;

IV - disposições testamentárias;

V - anotação constante na Carteira Profissional e/ou na Carteira de Trabalho e Previdência Social, feita pelo órgão competente; (Revogado pelo Decreto 4.079/2002)

VI - declaração especial feita perante tabelião;

VII - prova de mesmo domicílio;

VIII - prova de encargos domésticos evidentes e existência de sociedade ou comunhão nos atos da vida civil;

IX - procuração ou fiança reciprocamente outorgada;

X - conta bancária conjunta;

XI - registro em associação de qualquer natureza, onde conste o interessado como dependente do segurado;

XII - anotação constante de ficha ou livro de registro de empregados;

XIII - apólice de seguro da qual conste o segurado como instituidor do seguro e a pessoa interessada como sua beneficiária;

XIV - ficha de tratamento em instituição de assistência médica, da qual conste o segurado como responsável;

XV - escritura de compra e venda de imóvel pelo segurado em nome de dependente;

XVI - declaração de não emancipação do dependente menor de vinte e um anos; ou

XVII - quaisquer outros que possam levar à convicção do fato a comprovar.

Assim, dentre o rol dos documentos acima, verifica-se que dos autos consta: prova de mesmo domicílio; conta bancária conjunta; e prova de encargos domésticos arcados pelos dois em conjunto, restando devidamente comprovados os requisitos exigidos pelo regime da previdência geral.

Outrossim, apesar de a autora receber pensão do INSS, este benefício não é, por si só, suficiente para demonstrar a independência financeira dela, uma vez que um salário-mínimo não se mostra suficiente para que a pessoa possa custear tratamento de saúde, alimentação, moradia dentre outras necessidades básicas, não lhe tirando o direito ao benefício nem evidencia a não necessidade dele.

Frise-se que não existe óbice à cumulação da pensão por morte proveniente do INSS com a pensão ora pleiteada, pois são provenientes de fontes de custeio distintas.

Veja-se o entendimento jurisprudencial:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. FILHA APOSENTADA POR INVALIDEZ. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL *A QUO*. REEXAME DE MATÉRIA PROBATÓRIA. SÚMULA N. 7 DO STJ. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO.

3. É perfeitamente possível acumulação de pensão por morte com aposentadoria por invalidez, por possuírem naturezas distintas, com fatos geradores diversos.

4. Recurso especial conhecido em parte e desprovido. (REsp n. 486030/ES, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Laurita Vaz, julgado em 25.3.2003).

Este Tribunal, também, não destoa:

EMENTA - PENSÃO POR MORTE – DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVADA – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA.

Demonstrado nos autos que a autora, mãe do militar falecido, dele dependia financeiramente, possui o direito de receber pensão por morte, mesmo que já receba outra proveniente do RGPS. (TJMS, AC n. 2008.006451-0, Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, julgado em 25.11.2008).

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO ORDINÁRIA DE PENSÃO POR MORTE – ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ – AFASTADA – PREVIDÊNCIA MUNICIPAL – MÃE QUE DESEJA RECEBER PENSÃO POR MORTE DO FILHO – DEPENDÊNCIA ECONÔMICA COMPROVADA – CUMULAÇÃO DE PENSÃO – PREVIDÊNCIA GERAL E PREVIDÊNCIA MUNICIPAL – FONTES DE CUSTEIO DISTINTAS – POSSIBILIDADE – RECURSOS CONHECIDOS E NÃO-PROVIDOS.

Se a mãe do segurado dele dependia financeiramente, possui o direito de receber pensão por morte do filho falecido.

Não há vedação à cumulação da pensão por morte vinculada ao regime geral de previdência com a pensão por morte do regime próprio de previdência municipal, já que provenientes de fontes de custeio distintas. (TJMS, AC n. 2008.012775-7, Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins, julgado em 31.3.2009).

EMENTA–APELAÇÃO CÍVEL–AÇÃO DECLARATÓRIA DE DEPENDÊNCIA FINANCEIRA C/C PAGAMENTO DE PENSÃO POR MORTE – DEPENDÊNCIA FINANCEIRA COMPROVADA – POSSIBILIDADE DE ACUMULAR PROVENTOS – APOSENTADORIA COM PENSÃO POR MORTE – AUSÊNCIA DE IMPEDIMENTO LEGAL – NATUREZA DIVERSA DOS INSTITUTOS – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Verificado que a mãe dependia financeiramente do seu falecido filho e que o mesmo contribuía com o sistema previdenciário, a beneficiária tem o direito de receber a pensão por morte, ainda que receba aposentadoria do Estado, pois não há nenhum impedimento legal que proíba acumular o recebimento da pensão por morte com o de aposentadoria, ante a natureza diversa destes institutos. (AC n. 2006.006910-5, Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, julgado em 29.5.2006).

Portanto, é de se reconhecer o direito da apelante de receber a pensão pela morte do seu filho.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para determinar à apelada a implantação do benefício de pensão por morte à autora, que, nos termos do art. 45, I, da Lei n. 3.150/2005, deve ocorrer a partir da data do óbito do segurado, em 22 de agosto de 2009.

As parcelas em atraso deverão ser pagas de uma só vez, devidamente corrigidas a partir de cada vencimento, de acordo com o artigo 1º-F da Lei n. 9.494/97, de acordo com a nova redação dada pela Lei n. 11.960/2009, observando os índices oficiais de remuneração básica aplicados às cadernetas de poupança, a partir da citação.

Considerando que se trata de ação de natureza previdenciária, condeno a apelada ao pagamento de honorários advocatícios ao patrono da autora, que, nos termos da Súmula n. 111 do Superior Tribunal de Justiça, fixo em 10% (dez por cento) sobre as parcelas vencidas até a data do julgamento deste recurso.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Vladimir Abreu da Silva, Luiz Tadeu Barbosa Silva e Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 7 de abril de 2011.

\*\*\*

**Quinta Turma Cível**  
**Apelação Cível n. 2011.008398-1 - Cassilândia**  
**Relator Des. Vladimir Abreu da Silva**

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – PRELIMINAR – COISA JULGADA – AFASTADA – SEQUESTRO DE BENS DE PROPRIEDADE DO CASAL – REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL DE BENS – CONSTRIÇÃO QUE DEVE OBSERVAR O DIREITO À MEAÇÃO – RESTRIÇÃO DA HIPÓTESE ÀQUELES BENS ADQUIRIDOS ANTERIORMENTE À SEPARAÇÃO DE FATO – DATA DO EVENTO – ARTIGO 333 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – RECURSO PROVIDO.

Proposta medida para reaver o patrimônio público subtraído, tendo por base sentença penal que não limitou sua possibilidade apenas com o perdimento dos bens adquiridos após a prática do ilícito, mas ressalvou a hipótese de complementação caso aqueles se mostrem insuficientes, fica afastada a hipótese da coisa julgada.

O direito à meação deve observar o patrimônio adquirido pelo casal até a data em que se separaram de fato, de sorte que, o conjunto de bens adquiridos por um dos cônjuges, após a separação de fato, não se comunica o outro.

Pretendendo salvaguardar o direito à meação dos bens, compete ao cônjuge a demonstração que ao tempo de sua aquisição não haviam se separado de fato.

## **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. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 2 de junho de 2011.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Ministério Público Estadual interpõe recurso de apelação, irresignado com a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de Cassilândia, que julgou procedente os embargos de terceiro, autos n. 007.09.002177-7, opostos por Magda Rosimane Barbosa Cotrim.

Alega que, diante dos elementos colhidos nas ações civis por ato de improbidade administrativa e da condenação na ação criminal, autos n. 2007.029858-9, em que figurou como réu Waldimiro José Cotrim Moreira, a medida deve ser mantida, uma vez que parte dos bens gravados são frutos da prática de ilícito contra o patrimônio público.

Sustenta que o pretense direito à meação apenas deve ser reconhecido em relação àqueles bens adquiridos anteriormente ao ano de 2000, quando a apelante e Waldimiro José Cotrim Moreira separaram-se de fato, em face dos quais devem ser excluídos os gravames na fração de 50% de cada bem.

Esclarece que a apelada somente tem direito à meação dos bens adquiridos no período em que mantinha a união conjugal, uma vez que aqueles que integraram o patrimônio após a separação de fato, apenas pelo esforço de Waldimiro, não se comunicam com a requerente, pois configuraria enriquecimento ilícito desta.

Ao final, requer o provimento do recurso, reformando-se a sentença proferida, a fim de que seja mantida a integral disponibilidade dos bens adquiridos no período compreendido entre os anos de 2000 a 2004, a fim de garantir o futuro ressarcimento do erário.

Intimada, a apelada apresentou contrarrazões, oportunidade em que arguiu a preliminar de não conhecimento do recurso por ofensa à coisa julgada, uma vez que, quando do julgamento do recurso de apelação no processo criminal, autos n. 007.07.100500-1, que motivou o ajuizamento dos presentes embargos, foi decidida a questão sobre a limitação temporal, no sentido de que o perdimento incidisse apenas sobre aqueles bens adquiridos após as infrações penais que deram origem ao crime de lavagem de dinheiro (2009.032012-9); e, no mérito, pugna pela manutenção da sentença.

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça é pelo não conhecimento da preliminar suscitada e, no mérito, pelo provimento do recurso de apelação.

## VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator)

Trata-se de recurso de apelação cível interposto pelo Ministério Público Estadual, irredigido com a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de Cassilândia, que julgou procedentes os embargos de terceiro, autos n. 007.09.002177-7, opostos por Magda Rosimane Barbosa Cotrim.

Inicialmente, analiso a preliminar de ofensa à coisa julgada.

Restou decidido na Apelação Criminal, autos n. 2009.032012-9:

Referente aos bens cujo perdimento foi decretado, deve haver reparo na sentença, nesta parte, quanto à limitação temporal dos bens e valores adquiridos, devendo constar que restringem-se aos havidos após as infrações penais que deram origem à lavagem de dinheiro. Certamente, os bens e valores havidos pelos acusados, após os delitos que originaram a lavagem de dinheiro, independentemente do patrimônio anterior de cada um dos réus, devem ter o perdimento declarado em favor da entidade pública lesada, como forma de restituição, pois as negociações, em regra, são realizadas por operações em dinheiro vivo, e, geralmente tendentes a dissimular os verdadeiros destinatários finais dos recursos, que por vezes são enviados para paraísos fiscais, ficando impunes os criminosos. Assim não tenho que seja necessário comprovar o nexo de causalidade, mas que a simples demonstração de que a aquisição dos bens ou os valores sejam desproporcionais aos ganhos lícitos comprovados pelos réus é suficiente para o perdimento. Ademais, nada impede o pleito pelo ressarcimento integral do quantum faltante, que poderá, inclusive, ser feito no juízo cível à título indenizatório.

Analisando-se o conteúdo do julgado, extrai-se que a limitação temporal fixada quando da análise da Apelação Criminal, autos n. 2009.032012-9, restringiu-se a hipótese de perdimento dos bens, medida

a ser efetivada apenas em relação àqueles adquiridos após as infrações que deram origem ao crime de lavagem de dinheiro, ou seja, após ter iniciado o exercício da função pública.

Todavia, note-se que a parte final do julgado excepciona, para o caso de aqueles bens serem inferiores ao prejuízo ocasionado aos cofres públicos, o direito de buscar complementação, a ser realizada no juízo cível.

De tal sorte, não havendo bens adquiridos naquele período, ou sendo eles insuficientes pra reparar o dano, a medida passará a atingir mesmo aqueles bens adquiridos anteriormente ao ilícito, conforme fez o apelante ao propor a cautelar de sequestro de bens, autos n. 007.07.100500-1.

Portanto, não se limitando a reposição do prejuízo apenas com o perdimento dos bens adquiridos após a prática do ilícito, mas ressalvada a hipótese de complementação, caso aqueles se mostrem insuficientes, não há falar em coisa julgada.

**Por tais razões, de acordo com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, afasto a preliminar arguida.**

O centro da questão a ser dirimida consiste em apurar a data em que a apelada e Waldimiro José Cotrim Moreira levaram a termo o relacionamento conjugal, separando-se de fato, a fim de definir sobre quais bens aquela tem direito à meação.

Os depoimentos prestados pela apelada e testemunhas são inconclusivos em relação ao momento em que aquela e Waldimiro José Cotrim Moreira separaram-se de fato, de sorte que inquiridos a se manifestar acerca do fato responderam:

a) Magda Rosimane Barbosa Cotrim (f. 320-1):

Juiz: Dona Magda, a senhora entra com (ininteligível), tentando proteger a meação de bens que teria em comum com o senhor Valdimiro, a senhora me esclarece quando que a senhora se separou de fato dele?

Depoente: 6 anos.

Juiz: Faz 6 anos?

Depoente: É.

b) Gildemar Moraes da Silva (f. 321-2):

Juiz: [...] O senhor sabe dizer quando que esse casal, e se eles se separaram de fato?

Depoente: Datas eu não me lembro não.

Juiz: Os anos mais ou menos eles estão separados?

Depoente: Olha eu acredito que deve ser o que, uns 8, 10 anos, não tenho, não sei, certeza disso.

c) Mario Antonio Ferreira (f. 322-v-324-v):

Juiz: Quantos anos mais ou menos eles 'tão' separados?

Depoente: Ah faz muitos anos.

Juiz: Seja exato pra mim, mais de 10 anos, menos de 10 anos?

Depoente: Faz mais, eu acho que faz mais de 10 anos.

Juiz: Mais de 10 anos?

Depoente: Acho que faz.

d) Ronilda Ribeiro Machado (f. 324-v-325-v):

Juiz: A senhora sabe dizer a quanto tempo estão separados, o Sr. Waldir e senhora Magda?

Depoente: Ah uns 10 anos, eu acho.

e) Francisco Alberto Deoben (f. 325-v-326):

Juiz: Sabe há quanto tempo eles se separaram?

Depoente: Há mais ou menos uns 7, 8 anos, mais ou menos.

f) Dairson Paulino de Castro (f. 329-31):

Juiz: Quanto tempo eles estão, ou e se estão separados, o senhor sabe?

Depoente: Olha, eu acredito que de corpos eu acredito tem que ser uns seis, sete anos por aí, estão separados né, ou acho que é por aí mais ou menos.

Por outro lado, visando a demonstrar a data em que houve a separação de fato do casal, e, conseqüentemente, sobre quais bens devem recair a meação, o apelante trouxe aos autos a escritura pública de transação (f. 376), lavrada em 6 de janeiro de 2006, no 1º Serviço Notarial e de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil das Pessoas Jurídicas e Tabelionato de Protesto, onde consta que Waldimiro José Cotrim Moreira conviveu com Vanessa Alves Carvalho Lima *“por um período de mais ou menos 5 anos e agora estão colocando um termo final neste relacionamento”*.

Tomando por base o conteúdo de referida escritura e diante da ausência de elementos que possam demonstrar a data em que, efetivamente, a apelada e Waldimiro José Cotrim Moreira separaram-se de fato, adoto como base para sua fixação o mês que precedeu aquele em que, supostamente, teria dado início à convivência entre este e Vanessa Alves Carvalho Lima, conforme escritura pública de transação de f. 376.

Lavrada em 6 de janeiro de 2006 e declarando que a convivência entre os transigentes data de *“mais ou menos 5 anos”*, considero o mês de dezembro de 2000 como momento em que houve a separação de fato entre a apelada e Waldimiro José Cotrim Moreira.

Portanto, o direito à meação da apelada deve observar aqueles bens adquiridos até dezembro de 2000.

Ante o exposto, de acordo com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para reconhecer, em favor de Magda Rosimane Barbosa Cotrim, o direito à meação dos bens adquiridos até dezembro de 2000, época em que houve a separação de fato.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

**POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR, NO MÉRITO, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. DECISÃO COM O PARECER.**

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Vladimir Abreu da Silva, Luiz Tadeu Barbosa Silva e Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 2 de junho de 2011.

\*\*\*

REVISTA  
TRIMESTRAL DE  
JURISPRUDÊNCIA

TJMS

JURISPRUDÊNCIA  
CRIMINAL



**Segunda Turma Criminal**  
**Apelação Criminal n. 2011.002169-9 - Campo Grande**  
**Relator Des. Carlos Eduardo Contar**

EMENTA – APELAÇÃO – PENAL E PROCESSO PENAL – TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – ABSOLVIÇÃO – POSSIBILIDADE PARA UM DOS CORRÉUS PELO CRIME DE TRÁFICO – CONSEQUENTE ABSOLVIÇÃO DE AMBOS EM RELAÇÃO AO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – ACUSADO QUE FAZ MERCANCIA DE DROGAS – REPRIMENDA IMPOSTA NO MÍNIMO LEGAL – IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO – EVENTUALIDADE – MANUTENÇÃO DE “BOCA DE FUMO” – DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA – BENEFÍCIO NÃO INCIDENTE – HEDIONDEZ – EQUIPARAÇÃO CONSTITUCIONAL – REGIME INICIAL FECHADO – RIGOR NECESSÁRIO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA INVIABILIZADA – PROVIMENTO E PARCIAL PROVIMENTO.

Se a prova não demonstra o envolvimento de um dos acusados na prática do crime de tráfico de drogas, a sua absolvição é medida de rigor.

A absolvição de um dos agentes quanto ao delito de tráfico inviabiliza a manutenção da condenação do corréu pelo delito de associação para o tráfico quando apenas 2 (dois) eram os denunciados.

Não há falar em redução da pena-base quando foi fixada no mínimo legal.

A manutenção de “boca de fumo” evidencia, muito além do simples tráfico, a dedicação do agente à atividade criminosa, tornando inviável a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Sendo o crime de tráfico de drogas equiparado a hediondo, o início do cumprimento da pena é no regime fechado.

Nos termos do art. 44 da Lei de n. 11.343/06, é vedada a substituição da pena corporal por restritiva de direitos aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas.

Apelação defensiva a que se dá provimento para absolver um dos acusados, pela falta de provas em relação ao seu envolvimento e, em consequência, também se absolve o corréu pela prática do crime de associação para o tráfico, que não pode se configurar apenas com a pessoa do sentenciado remanescente.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso de Adriano Wruck e dar provimento ao de Ângela Cristina de Souza Duarte, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 20 de junho de 2011.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Adriano Wruck e Angela Cristina de Souza Duarte interpõem Apelação objetivando a reforma da sentença que os condenou à pena de 8 (oito) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) dias-multa, pela prática dos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico (art. 33 e art. 35, ambos da Lei n. 11.343/06).

Angela aduz que não há prova de sua participação na prática delitiva.

Adriano argumenta que o registro constante em certidão criminal não pode ser considerado como conduta social desfavorável, conforme a Súmula n. 444 do STJ.

Requer, ainda, a aplicação da eventualidade criminosa no patamar máximo, o abrandamento do regime prisional; e a substituição da reprimenda corporal.

Asseveram que não restou comprovado o crime de associação para o tráfico.

Contrarrazões pelo não provimento do apelo (f. 267-77).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina no mesmo sentido (f. 285-9).

## VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator)

Trata-se de Apelação interposta por Adriano Wruck e Angela Cristina de Souza Duarte, objetivando a reforma da sentença que os condenou à pena de 8 (oito) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) dias-multa, pela prática dos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico (art. 33 e art. 35, ambos da Lei n. 11.343/06).

Infere-se dos autos que, aos 31 de janeiro de 2010, por volta das 15h50min., na Avenida Santo Eugênio n. 43, no Bairro Santo Eugênio, em Campo Grande, Adriano foi flagrado trazendo consigo, em associação com Angela, 21 (vinte e um) papelotes de cocaína, pesando o total de 43,02 g (quarenta e três gramas e dois decigramas).

No mesmo dia e local, os apelantes venderam para o usuário Erimar Ariovaldo Bentos do Palhano 1 (uma) “paradinha” de pasta-base de cocaína, além de trazerem consigo mais 4 (quatro) papelotes de cocaína, totalizando 1,8 g (um grama e oito decigramas).

Conforme apurado, policiais militares receberam denúncia, relatando que no endereço dos acusados funcionava a denominada “Boca do Punk e da Ângela”, onde havia comercialização de drogas com grande movimentação de pessoas.

Ato contínuo, a polícia dirigiu-se ao local e, ao se aproximar, avistou Erimar saindo da residência, motivo pelo qual foi abordado e declarou ter adquirido 1 (um) papelote de pasta-base de cocaína da acusada Angela, pelo valor de R\$ 5,00 (cinco reais).

Em seguida, os policiais adentraram na residência e, ao realizarem buscas, encontraram com Angela mais 4 (quatro) papelotes de cocaína, e na posse de Adriano localizaram mais 21 (vinte e um) papelotes da

mesma droga, além da quantia de R\$ 35,00 (trinta e cinco reais) em dinheiro, resultante da comercialização da ilícita substância.

Angela pugna pela absolvição quanto aos crimes de tráfico de drogas e associação, enquanto Adriano requer apenas a absolvição quanto ao delito de associação para o tráfico.

Interrogado na fase extrajudicial, Adriano declarou (f. 35):

[...] fora ele e não ANGELA quem vendeu a paradinha de cocaína apreendida na posse de ERIMAR; que a ANGELA não presenciou a venda da droga; que, a ANGELA tem conhecimento que o interrogando vende pasta base de cocaína na residência do casal [...] que, quando aparece algum usuário e o interrogando não se encontra, ANGELA não atende e pede para o usuário voltar quando o interrogando voltar para atendê-lo.

Em juízo o apelante manteve a versão ofertada (f. 167-9).

Na fase policial, Angela alegou (f. 16) “*quem vendeu a droga para o ERIMAR, foi seu companheiro ADRIANO, vulgo PANK; que a interroganda tem conhecimento que PANK vende drogas na residência do casal, mas não compactua de suas atividades ilícitas*”. Assim como o corréu, a recorrente manteve a versão inicial em juízo (f. 164-5).

Por sua vez, Erimar Ariovaldo Bentos dos Palhanos assegurou que, no dia dos fatos “*comprou uma paradinha de pasta base da pessoa de ANGELA CRISTINA DE SOUZA DUARTE*”, salientando que “*há mais de cinco meses o depoente está comprando pasta base na residência de ANGELA e PUNK*”, sendo que “*durante este período comprou pasta base tanto de ANGELA como de PUNK*” (f. 14).

Muito embora Erimar impute à Angela o crime de tráfico de drogas, é certo que o usuário não foi ouvido em juízo e a prova testemunhal não logrou corroborar suas declarações.

Ocorre que, das declarações dos policiais militares Rui Barbosa de Oliveira e Deivid de Alcântara Albuquerque, não é possível extrair que a acusada Angela tenha qualquer envolvimento na comercialização do entorpecente, uma vez que apenas asseveraram que o usuário confirmou ter comprado a droga na residência dos acusados, e que, após adentrarem no local encontraram o produto sem, contudo, mencionar qualquer individualização da conduta da ré (f. 154-5 e 157-8).

Assim, forçoso reconhecer que a prova produzida não permite aferir indene de dúvidas que a apelante praticou o crime que lhe fora imputado.

Destarte, a absolvição de Angela pela prática do crime de tráfico de drogas é medida que se impõe.

Nesse sentido, esta Corte já se pronunciou:

APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – TRÁFICO DE DROGAS – DÚVIDAS ACERCA DA AUTORIA DO DELITO – PROVAS INSUFICIENTES PARA LASTREAR A CONDENAÇÃO – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO* – ABSOLVIÇÃO DECRETADA – RECURSO PROVIDO.

Prevalecendo a dúvida quanto à autoria do delito, a absolvição é medida que se impõe, posto que a condenação não pode ser ancorada em depoimento contraditórios com as demais provas dos autos, ante a aplicação do princípio do *in dubio pro reo*.<sup>1</sup>

Consequentemente, deve ser decretada, também, a absolvição tanto de Angela como de Adriano em relação ao crime de associação para o tráfico.

1 TJMS, ACr n. 2010.035590-6, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Manoel Mendes Carli, julgado em 10.1.2011.

Adriano requer, por seu turno, a redução da pena-base, visto que a conduta social não pode ser considerada desfavorável, pugnando pela aplicação da benesse do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, com conseqüente abrandamento do regime prisional e substituição da reprimenda.

Sem maiores explanações, refuto a pretensão defensiva, porquanto, ao dosar a reprimenda, o magistrado singular declarou: “*não há nos autos elementos suficientes para uma análise mais aprofundada de sua personalidade e de sua conduta social*” e, ao proceder à análise das demais circunstâncias judiciais, fixou a pena-base no mínimo legal, ou seja, em 5 (cinco) anos de reclusão (f. 227).

Sem razão também no que refere ao pedido de aplicação da diminuta prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Impende salientar que, para se aplicar a causa de redução em apreço, faz-se necessário o preenchimento cumulativo de alguns requisitos, quais sejam: primariedade, bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e não integrar organização criminosa.

*In casu*, embora por força da Súmula n. 244 do STJ o apelante seja primário (f. 214), é certo que a prova indica que se dedica à atividade criminosa, o que torna inviável a concessão da benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

Não se trata de “mula” ou “aviãozinho”, fazendo do crime o seu meio de vida, isto é, dedica-se à atividade criminosa como se “trabalho” fosse, e ainda causando males incomensuráveis a toda sociedade.

Ora, sabidamente, a referida causa de diminuição visa a beneficiar os traficantes de primeira viagem que, seduzidos pela oferta do dinheiro fácil, acabam ingressando na vida criminosa vez ou outra com pequenas quantidades de droga capazes de lhes assegurar a própria subsistência, o que não ocorre no caso em tela, como já esclarecido.

O apelante confessou, e tal declaração foi corroborada pela prova testemunhal, que sua residência funciona como ‘boca de fumo’, portanto evidente que fez do crime profissão dedicando-se habitualmente ao exercício de atividade criminosa.

Assim, tendo em vista a existência comprovada de “boca de fumo”, evidenciando dedicação constante à prática delitiva, torna-se inviável a aplicação da diminuta pretendida pelo recorrente.

Feitas essas considerações, o não reconhecimento da benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 é medida de rigor.

Com melhor sorte não conta o recorrente quanto ao abrandamento de regime prisional e substituição da reprimenda corporal, pois, consoante o teor do disposto no seu art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, o crime de tráfico é equiparado a hediondo, sendo vedada a concessão das referidas benesses legais.

Ademais, tratando-se de crime assemelhado ao hediondo, não faz o mínimo sentido a concessão de regime aberto para o cumprimento da reprimenda, haja vista a obrigatoriedade do regime inicial fechado, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90.

E, quanto ao pedido de substituição da sanção corporal por restritiva de direitos, a Lei n. 11.343/06, que cuida especificamente do tráfico de drogas, é expressa, em seu art. 44, no sentido de vedar a conversão das penas em restritivas de direito, de sorte que a pretensão defensiva não encontra sustentáculo jurídico.

Ante do exposto, dou provimento ao apelo de Angela Cristina de Souza Duarte para, com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, absolvê-la da prática do crime de tráfico de drogas e associação para o tráfico, bem como parcial provimento quanto à irresignação de Adriano Wruck tão somente para absolvê-lo no que se refere à prática do crime de associação para o tráfico.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

**POR UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DE ADRIANO WRUCK E DERAM PROVIMENTO AO DE ÂNGELA CRISTINA DE SOUZA DUARTE, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.**

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Carlos Eduardo Contar, Manoel Mendes Carli e Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 20 de junho de 2011.

\*\*\*

**Segunda Turma Criminal**  
**Apelação Criminal n. 2011.005252-2 - Campo Grande**  
**Relator Des. Carlos Eduardo Contar**

EMENTA – APELAÇÃO – PROCESSO PENAL – RECURSO DA VÍTIMA – PARTE NÃO HABILITADA COMO ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO – ILEGITIMIDADE – IGUAL RECURSO INTERPOSTO PELO *PARQUET* – NÃO CONHECIMENTO – PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVA DE DIREITOS – PEDIDO DE REVOGAÇÃO E CONCESSÃO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA – IMPOSSIBILIDADE – MODIFICAÇÃO, PORÉM, DA PENA SUBSTITUÍDA – PARCIAL PROVIMENTO.

A legitimidade conferida ao Assistente de Acusação para apelar é supletiva, somente podendo ocorrer na falta de apresentação de recurso pelo membro do *Parquet*, titular da ação penal. Assim, nos casos de violência doméstica contra mulher, ainda que a Defensoria Pública atue na defesa da vítima, não há conhecer do recurso manejado pela parte, mormente se não habilitada nos autos, e, sobretudo, se o seu inconformismo é idêntico ao apelo interposto pelo Órgão Ministerial.

É possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos mesmo quando a lesão corporal é praticada no âmbito doméstico, pois a pouca gravidade da ofensa não caracteriza o fator impeditivo previsto no art. 44, I, do Código Penal.

Apelação do *Parquet* para qual se dá parcial provimento, a fim de modificar a pena restritiva de direitos imposta ao acusado; não se conhecendo do recurso interposto pela vítima, não habilitada nos autos.

## ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 16 de maio de 2011.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Trata-se de Apelações interpostas pelo Ministério Público e por Adriana Santa Rosa Pereira, a fim de reformar a sentença que, apesar de condenar Rondinelli Ramires Mercado pela prática de vias de fato (art. 21 do Decreto-Lei n. 3.688/41) e dos crimes de ameaça e desobediência (art. 147 e 330, ambos do Código Penal), concedeu-lhe o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Pugnaram os apelantes pela exclusão da benesse concedida, sob o argumento de que, além de o acusado não cumprir o requisito do art. 44, I, do Código Penal, “*as formas alternativas de composição e*

*sanção, previstas na Lei dos Juizados Especiais Criminais, estão afastadas para os delitos da Lei Maria da Penha, sendo que, da mesma forma, para tais infrações penais não se admite a substituição de pena prevista no artigo 44 do Código Penal” (f. 92).*

O *Parquet* sustenta, ainda, “*que após a edição da Lei n. 9.714/1998, que alterou o caput do artigo 46 do Código Penal, não é mais possível a substituição por prestação de serviços à comunidade em condenações inferiores a 6 (seis) meses de privação de liberdade” (f. 93).*

Ao final, oferece questionamento.

Contrarrazões pelo não provimento (f. 100-4 e 130-1).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo parcial provimento (f. 141-7).

## VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator)

O recorrido foi condenado ao cumprimento das penas de 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de detenção, e multa de 10 (dez) dias-multa, bem como 15 (quinze) dias de prisão simples, todas em regime aberto, pela prática de vias de fato (art. 21 do Decreto-Lei n. 3.688/41) e dos crimes de ameaça e desobediência (artigos 147 e 330, ambos do Código Penal), cujas reprimendas foram substituídas por 1 (uma) pena restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade.

Extrai-se da acusação que, aos 9 de fevereiro de 2008, por volta das 22h30min., na Av. Guaicurus, Bairro Universitário, em Campo Grande, o acusado “*desobedeceu à ordem judicial de proibição de aproximação e contato com a vítima Adriana Santa Rosa Pereira, sua ex-companheira, deferida nos autos de Medida Cautelar n. 001.07.068029-0 [...], pela qual foi devidamente citado/intimado [...], dirigindo-se a um estabelecimento comercial em que a vítima se encontrava, proferindo-lhe ameaças, dizendo: ‘que iria matá-la’” (f. 2).*

Ainda de acordo com a denúncia, o acusado “*agrediu a vítima, com puxões de cabelo e um soco na boca, contudo, sem causar-lhe lesões aparentes” (f. 2).*

A pretensão ministerial cinge-se ao pedido de revogação da benesse concedida e à aplicação dos artigos 77 e 78, parágrafo único, ambos do Código Penal.

Inicialmente, deixo de conhecer do recurso de Adriana Santa Rosa Pereira, interposto pela Defensoria Pública da Mulher.

Considerando que o titular da ação penal é somente o *Parquet*, ainda que ocorra assistência à acusação, não se pode cogitar a possibilidade de a Defensoria Pública da Mulher também se insurgir contra o *decisum*, pois, “*a legitimidade do Assistente de Acusação para recorrer tem caráter supletivo, ou seja, somente em caso de inércia do Ministério Público, titular da ação penal, ou em caso de recurso parcial, é possível se conhecer do recurso interposto.*”<sup>1</sup>

*In casu*, nem sequer haverá falar em assistência à acusação, visto que esta jamais foi requerida. De mais a mais, a interposição de idêntico recurso pelo *Parquet* inviabiliza a apreciação do interesse da parte.

O *Parquet* aduz que a reprimenda não poderia ser substituída por restritiva de direitos, porquanto a contravenção foi praticada com violência à pessoa.

<sup>1</sup> TJDF, REsp n. 2008.03.1.015720-3, ACr n. 420.073, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Sérgio Rocha, DJ de 6.5.2010, p. 207.

O entendimento proclamado pelo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA é no sentido de que a violência ou grave ameaça mencionada no art. 44, I, do Código Penal não é impeditiva à concessão do benefício ao crime de lesão corporal leve. É o que se extrai do voto condutor proferido no *HC* n. 87.644/RS<sup>2</sup>:

Como se trata de lesão leve e de simples ameaça, a ofensa resultante daquela e a decorrente desta não dizem respeito à violência e à grave ameaça a que se refere o inciso I do art. 44 do Código Penal.

Violência e grave ameaça são resultantes de atos mais graves do que os decorrentes dos tipos legais dos artigos 129 e 147. Na lesão leve (ou simples), até poderá haver alguma violência, mas não a violência impeditiva da substituição de uma pena por outra; do mesmo modo, relativamente à ameaça, até porque, sem ameaça, nem sequer existiria o tipo legal. Com isso, estou entendendo que lesão corporal leve (ou simples) e ameaça admitem, sempre e sempre, sejam substituídas as penas. Explico-me melhor quanto ao disposto no inciso I: sendo lesão corporal de natureza leve, diferente é a violência se violência há; sendo ameaça, é óbvio que ameaça haverá de ocorrer.

A melhor das políticas recomenda, quanto aos crimes da espécie aqui noticiada, que se lhes dê tratamento por penas diferentes – substituição das privativas de liberdade por restritivas de direitos.

Tal posição, a toda evidência, deve ser aplicada à contravenção penal de vias de fato, sensivelmente menos gravosa que a figura típica mencionada no referido *decisum*.

Em relação ao argumento de que a Lei n. 11.340/06 veda a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, equivoca-se o *Parquet*.

O principal alvo da referida legislação é vedar os benefícios previstos na Lei dos Juizados Especiais, dentre eles o pagamento de cestas básicas, prestação pecuniária ou de multa, isoladamente, conforme determina o art. 17 da Lei n. 11.340/06.

No caso dos autos, o fundamento para a substituição encontra respaldo no art. 44, I, do Código Penal, até porque não há nenhuma referência expressa quanto à vedação ao aludido dispositivo legal, conforme interpretação do art. 41 da Lei n. 11.340/06.

No entanto, é certo que, segundo se extrai da expressa dicção do art. 46, *caput*, do Código Penal, “a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a 6 (seis) meses de privação de liberdade”, de modo que, sendo o apelado condenado ao cumprimento de sanção abaixo do mínimo previsto em lei, a pena substituída deveria ser diversa da estabelecida no *decisum*.

Neste sentido, o entendimento jurisprudencial:

Não se pode substituir pena privativa de liberdade, fixada em 3 (três) meses de detenção, por prestação de serviços à comunidade, tendo em vista que esta somente é aplicável às condenações superiores a 6 (seis) meses de privação da liberdade. Deve ser anulada a sentença de primeiro grau somente no que tange à substituição da pena privativa de liberdade, a fim de que outra decisão seja proferida, mantendo-se a condenação. Ordem concedida, nos termos do voto do relator.<sup>3</sup>

Incabível nos termos do art. 46 do CP, no Juízo da Condenação, a substituição de pena privativa de liberdade, inferior a seis meses, pela restritiva de direitos de prestação de serviço à comunidade.<sup>4</sup>

2 STJ, HC n. 87.644/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Nilson Naves, DJ de 30.6.2008.

3 STJ, HC n. 20.189/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Langaro Dipp, julgado em 10.12.2002, DJ de 17.3.2003, p. 244.

4 TJRS, ACr n. 71.002.059.244, Turma Recursal Criminal, Rel.ª Des.ª Laís Ethel Corrêa Pias, julgado em 25.5.2009, DJ de 29.5.2009, p. 125.

Surgiria a dúvida a respeito da aplicação do art. 60, § 2º, do mesmo *Codex*, que permite ao condenado à pena privativa de liberdade não superior a 6 (seis) meses, a substituição por multa, desde que observados os critérios do art. 44, II e III, do mesmo diploma legal.

Todavia, tal questionamento há de se resolver compatibilizando-se os ditames do Código Penal com aqueles preceituados pela Lei n. 11.340/06. Neste diapasão, considerando que a lei não permite a substituição da pena que resulte somente na aplicação de multa e, de outro lado, que referido instituto é flagrantemente muito mais favorável ao réu do que a suspensão condicional da pena, a modificação da reprimenda substituída pela de limitação de fim de semana mostra-se de todo adequada ao caso *in concreto*.

Ante o exposto, não conheço do recurso interposto por Adriana Santa Rosa Pereira, e, por outro lado, dou parcial provimento ao apelo manejado pelo Ministério Público Estadual, para modificar a pena restritiva de direitos imposta ao apelado, fixando-lhe a de limitação de final de semana, cujas condições deverão ser estabelecidas pelo Juízo da Vara de Execução Penal.

Retifique-se a autuação dos autos, para o fim de excluir o acusado como apelante, fazendo-se constar a vítima como tal.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Carlos Eduardo Contar, Claudionor Miguel Abss Duarte e Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 16 de maio de 2011.

\*\*\*

**Segunda Turma Criminal**  
**Agravo Criminal n. 2011.013991-0 - Rio Brilhante**  
**Relator Des. Carlos Eduardo Contar**

EMENTA - AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – PROGRESSÃO POR SALTO – TEMPO EM QUE O CONDENADO NÃO ESTEVE SUBMETIDO ÀS REGRAS ADEQUADAS – PENA NÃO CUMPRIDA – PROVIMENTO.

Não se computa como pena cumprida o tempo em que o agravado não esteve submetido às regras do regime semiaberto, furtando-se deliberadamente ao cumprimento da pena/regime imposto, visto que durante o interregno permaneceu totalmente livre e deixou de efetivar as disposições da sentença condenatória, conforme determina o art. 1º da Lei de Execução Penal, o que impossibilita a progressão direta para o regime aberto.

Agravo de Execução Penal interposto pelo Ministério Público a que se dá provimento, dada a vedação à progressão por salto.

## ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 6 de junho de 2011.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

O Ministério Público interpõe Agravo de Execução Penal, objetivando a reforma da decisão que concedeu ao sentenciado Alcinei Almaieda da Silva a progressão para o regime aberto.

Narra que o recorrido cumpria pena no regime fechado e, após o preenchimento dos requisitos pertinentes, foi progredido para o semiaberto, porém as condições respectivas seriam estabelecidas pelo juízo da execução penal da comarca de Maracaju, para onde o Alcinei pleiteou a transferência.

Alega que:

O apenado nunca cumpriu o regime semiaberto naquela localidade, porquanto [...] não conseguiu emprego em Maracaju, oportunidade em que postulou o retorno à comarca de Rio Brilhante, o que foi deferido [...] e na audiência realizada em Rio Brilhante para estabelecer as condições do regime semiaberto, o magistrado indevidamente determinou a progressão *per saltum* [...] ao determinar a progressão incontinenti do regime semiaberto para o aberto, mesmo não tendo o condenado cumprido sequer um dia nesse regime.

Sustenta que oportunizar o cumprimento da pena diretamente para o aberto, situação desprovida de qualquer vigilância, seria por demais precoce e iria de encontro com a intenção do legislador ao vedar a progressão por salto.

Requer o provimento do recurso, a fim de que seja aplicada a regular progressão de regime do fechado para o semiaberto.

Contrarrazões pelo não provimento (f. 88-92).

O *decisum* recorrido foi mantido pelo juízo *a quo* (f. 93).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento.

## VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator)

Trata-se de Agravo de Execução Penal manejado pelo Ministério Público contra a decisão que concedeu a progressão para o regime aberto em favor do sentenciado Alcinei Almeida da Silva.

O agravado foi condenado ao cumprimento da pena de 4 (quatro) anos, 5 (cinco) meses e 14 (quatorze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de furto em continuidade delitiva.

A insurreição ministerial diz respeito à concessão do regime aberto, antes que o recorrido executasse as condições inerentes ao semiaberto.

Conforme se infere dos autos, o sentenciado cumpria pena no regime fechado na comarca de Rio Brillante e, aos 23 de fevereiro de 2010, logrou a progressão, oportunidade em que pleiteou a transferência para a comarca de Maracaju, onde teria endereço fixo (f. 26), sendo que a guia de recolhimento foi remetida para esse juízo aos 19 de março de 2010 (f. 34).

Na comarca de Maracaju, foi designada a audiência admonitória para o dia 27 de julho de 2010 (f. 36); no entanto, o ato não se realizou (f. 44) porque o agravado não foi encontrado na ocasião da intimação, tendo o Oficial de Justiça obtido a informação de que Alcinei mudou-se para Rio Brillante (f. 39), para onde foi remetida carta precatória com o intuito de intimá-lo.

Por outro lado, na comarca de Rio Brillante, o recorrido também não foi encontrado e o meirinho noticiou que Alcinei encontrava-se em Maracaju (f. 52), onde foi designada nova audiência admonitória para o dia 9 de novembro de 2010 (f. 60).

Nessa oportunidade, o agravado novamente não foi encontrado pelo Oficial de Justiça – pois estaria residindo em Rio Brillante (f. 67-v) – mas finalmente compareceu e “*disse que não conseguiu emprego em Maracaju e que por isso quer voltar a cumprir sua pena na Comarca de Rio Brillante*”, razão pela qual foi novamente transferido (f. 63).

Realizada audiência admonitória em Rio Brillante para o início do regime semiaberto, aos 24 de fevereiro de 2011, Alcinei foi progredido para o regime aberto, pois “*verifica-se pelo cálculo de liquidação da pena [...] que o réu já possui os requisitos objetivos e subjetivos*” (f. 82).

Ora, a singela leitura do breve relatório evidencia que o pedido do *Parquet* prospera.

Embora tenha havido demora no envio da guia de recolhimento do agravado para a comarca de Maracaju, o fato é que, a partir do momento em que o recorrido foi “colocado” no regime semiaberto, jamais se apresentou para cumpri-lo.

Com efeito, após ser transferido de Rio Brillhante para Maracaju, no período de julho a novembro de 2010, Alcinei não foi encontrado por Oficiais de Justiça em seus supostos endereços, pois, de acordo com familiares, em determinado momento estaria residindo em Maracaju, e em outro estaria em Rio Brillhante.

No ponto, vale ressaltar que, aos 24 de fevereiro de 2010, quando foi beneficiado com a progressão para o regime semiaberto, o sentenciado comprometeu-se a se apresentar na comarca de Maracaju no prazo de 10 (dez) dias (f. 26), sendo que jamais honrou com tal obrigação.

Aliás, conforme se infere dos autos, nesse período, Alcinei ficou perambulando entre uma cidade e outra, não obstante devesse permanecer em Maracaju, onde supostamente residiria.

Como cedição, um dos desideratos da execução penal é “*fazer cumprir o comando emergente da sentença penal condenatória*”<sup>1</sup>, tanto que a primeira parte do art. 1º da Lei n. 7.210/84 dispõe que “*a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal*”.

Sendo assim, evidente que o agravado deixou de cumprir parte da sanção no tempo em que não estava submetido às regras do regime semiaberto, tampouco sujeito ao controle dos juízos da execução penal das comarcas de Maracaju ou Rio Brillhante, visto que nessa época encontrava-se totalmente livre, sem limitação de espécie alguma.

Ademais, nos termos do art. 112 da Lei de Execução Penal, “*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.*” (Destques não originais)

Assim, a legislação pátria adotou o sistema progressivo de execução da pena, o qual apregoa a colocação gradativa do sentenciado em liberdade, passando da etapa mais rigorosa (regime fechado), para uma intermediária (regime semiaberto) e, finalmente, para mais brando (regime aberto).

A respeito, leciona a doutrina:

A essência deste regime consiste em distribuir o tempo de duração da condenação em períodos, ampliando-se em cada um os privilégios que o recluso pode desfrutar de acordo com sua boa conduta e o aproveitamento demonstrado do tratamento reformador. Outro aspecto importante é o fato de possibilitar ao recluso reincorporar-se à sociedade antes do término da condenação. A meta do sistema tem dupla vertente: de um lado pretende constituir um estímulo à boa conduta e à adesão do recluso ao regime aplicado e, de outro, pretende que este regime, em razão da boa disposição anímica do interno, consiga paulatinamente sua reforma moral e a preparação para a futura vida em sociedade.<sup>2</sup>

A própria exposição de motivos da Lei de Execução Penal, em seu item 120, deixa claro que “se o condenado estiver no regime fechado não poderá transferido diretamente para o regime aberto.

1 MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1.

2 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 130. v. 1.

Portanto, verificado que o condenado não permaneceu um dia sequer no regime semiaberto, frustrando deliberadamente o cumprimento da lei, não pode agora, ainda mais, ser beneficiado com a progressão por saltos, já que tal procedimento implicaria a queima de etapas necessárias para a ressocialização, bem como na contagem fictícia de lapso, quando, na verdade, se faz necessária a efetiva submissão do sentenciado às condições de cada regime.

Sobre o assunto, é interativa a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

O entendimento desta Corte é no sentido de que devem ser respeitados os períodos cumpridos em cada regime prisional. Nem mesmo o fato de o apenado ter cumprido tempo suficiente para os dois estágios no regime fechado autoriza a progressão direta para o aberto.<sup>3</sup>

Nos termos da reiterada jurisprudência desta Corte, não se admite a denominada progressão de regime *per saltum*, considerando a inteligência do art. 112 da Lei de Execução Penal, no qual é estabelecido que o sentenciado deve descontar 1/6 da pena imposta no regime em que se encontra e, posteriormente, progredir para o regime subsequente.<sup>4</sup>

Ante o exposto, dou provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público, a fim de revogar a decisão que determinou a progressão para o regime aberto em favor de Alcinei Almeida da Silva, e determinar o seu retorno para o regime semiaberto, onde deverá permanecer durante o tempo preconizado na Lei de Execução Penal.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Carlos Eduardo Contar, Manoel Mendes Carli e Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 6 de junho de 2011.

\*\*\*

<sup>3</sup> STJ, HC n. 191835/SC, Quinta Turma, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Laurita Vaz, julgado em 12.4.2011.

<sup>4</sup> STJ, HC n. 164203/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 5.4.2011.

## Seção Criminal

### Embargos Infringentes em Apelação Criminal n. 2010.032906-6/0001-00 - Campo Grande Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO QUALIFICADO – PRETENDIDO AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO – AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL – PRESENÇA DE OUTROS MEIOS DE PROVA – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

A ausência de laudo pericial, atestando o rompimento de obstáculo, não tem o condão de excluir a respectiva qualificadora, quando há outros meios de prova, como depoimento de testemunhas e declaração da vítima.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria e com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Ausente, por férias, o 5º vogal.

Campo Grande, 17 de maio de 2011.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Trata-se de Embargos Infringentes em Apelação Criminal, interpostos por Agnaldo Felício de Souza em face do acórdão de f. 196-204 que, por maioria, negou provimento ao recurso, mantendo a condenação do embargante pela prática do crime de tentativa de furto qualificado pelo rompimento de obstáculo e pelo concurso de pessoas.

Objetiva o prevalecimento do voto vencido do relator, Des. Romero Osme Dias Lopes, que dava provimento ao apelo, a fim de afastar a qualificadora do rompimento de obstáculo.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo improvimento do recurso (f. 230-6).

## VOTO

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

Trata-se de Embargos Infringentes em Apelação Criminal, interpostos por Agnaldo Felício de Souza em face do acórdão de f. 196-204 que, por maioria, negou provimento ao recurso, mantendo a condenação do embargante pela prática do crime de tentativa de furto qualificado pelo rompimento de obstáculo e pelo concurso de pessoas.

Objetiva o prevalectimento do voto vencido do relator, Des. Romero Osme Dias Lopes.

Para melhor compreensão, segue, no que aqui importa, o voto dissidente:

Com melhor sorte conta o apelante ao requerer a exclusão da qualificadora.

As declarações do acusado e da vítima não suprem a realização de perícia para caracterizar referida circunstância, consoante determinação do Código de Processo Penal.

De acordo com os artigos 158 e 167 do CPP, aos crimes que deixam vestígios a prova técnica é imprescindível, somente podendo-se utilizar da prova testemunhal quando não mais possível o exame.

Logo, havendo condições de se realizar um laudo de exame de corpo de delito por profissional devidamente habilitado (perito oficial ou não), outro meio de prova, baseado tão-somente nas declarações da vítima, não é suficiente.

A doutrina de Marco Antônio de Barros, na mesma esteira, vem afirmando que: seja como for, firma-se como indispensável o exame de corpo de delito para efeito de comprovação da materialidade das infrações penais que deixam vestígios (*In A Busca da Verdade no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2002. p. 202).

Guilherme de Souza Nucci é incisivo ao prelecionar:

Preocupa-se a lei com os crimes que deixam rastros passíveis de constatação e registro, obrigando-se no campo das provas, à realização do exame de corpo de delito. Trata-se de uma prova imposta por lei (prova tarifada), de modo que não obedece à regra da ampla liberdade na produção das provas no processo criminal. Assim, não se realizando o exame determinado, pode ocorrer nulidade, nos termos do disposto no art. 564, III, b, do Código de Processo Penal. (*In Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: RT, 2007. p.353-4).

Confira-se a jurisprudência do STJ:

Pela interpretação dos art. 158 e 167 do Código de Processo Penal, conclui-se que, relativamente às infrações que deixam vestígio, a realização de exame pericial se mostra indispensável, podendo a prova testemunhal supri-lo apenas na hipótese em que os vestígios do crime tiverem desaparecido. Precedentes do STJ. 2. No caso dos autos, a qualificadora do rompimento de obstáculo apenas poderia ter sido comprovada por exame pericial, já que os vestígios não haviam desaparecido. 3. O fato de os vestígios do delito serem facilmente perceptíveis por qualquer pessoa não afasta a indispensabilidade do exame de corpo de delito direto, cuja realização não fica ao livre arbítrio do julgador, mas, ao contrário, decorre de expressa determinação legal. (REsp n. 1008913/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves, julgado em 5.2.2009, DJ de 9.3.2009).

O exame de corpo de delito, em regra, é indispensável quando a infração deixar vestígios. Apenas quando inviável a sua realização ou no caso de desaparecimento dos vestígios poderá a prova testemunhal suprir-lhe a falta (art. 158 c/c 167, CPP). No presente caso, era perfeitamente viável a realização de tal exame. (REsp n. 894313/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 22.5.2007, DJ de 20.8.2007, p. 305).

Cito também à guisa de exemplo o HC n. 92.687-MS, HC n. 85.901-MS em REsp n. 911.755-RS, todos do STJ.

Deste modo, ante à inexistência de prova hábil para o reconhecimento da citada qualificadora, deve-se afastar a incidência desse tipo derivado à conduta do apelante.

Ao contrário do posicionamento adotado no voto vencido, a prova pericial não é imprescindível em todos os casos, pois o referido exame pode ser suprido pelos depoimentos testemunhais colacionados aos autos.

Consoante se observa pelo teor do voto condutor, proferido pelo Des. Carlos Eduardo Contar, a necessidade de realização de prova pericial foi suprida pelo conteúdo dos depoimentos prestados pela vítima e pelo policial que atendeu a ocorrência.

A vítima declarou expressamente em juízo que a fechadura da porta do consultório (a recepção) sofreu danos, pois teve de consertá-la (f. 90). O policial Waldemir Camargo Esteves, ouvido à f. 93, confirmou as suas declarações prestadas na fase investigativa (f. 6), oportunidade em que disse o seguinte: “[...] os autores tiveram acesso ao interior do consultório, depois de arrancarem o miolo da fechadura da porta de entrada [...]].”

Tanto a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça quanto a jurisprudência dominante desta Corte estão pacificadas no sentido de que a ausência de laudo pericial, atestando o rompimento de obstáculo, não tem o condão de excluir a respectiva qualificadora, quando há outros meios de prova, como depoimento de testemunhas e declaração da vítima.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. FURTO TENTADO. ALÍNEA “C” DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO COMPROVADO. MATÉRIA NÃO SUSCITADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM GRAU DE APELAÇÃO. PRECLUSÃO. QUALIFICADORA DE ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS DE PROVA QUE NÃO A PERÍCIA. POSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA. MAUSANTECEDENTES. ELEMENTOS DIVERSOS. *BIS IN IDEM*. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA.

1. A divergência jurisprudencial, autorizativa do recurso especial interposto, com fundamento na alínea “c” do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, requisita comprovação e demonstração, esta, em qualquer caso, com a transcrição dos trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando-as e as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, não se oferecendo, como bastante, a simples transcrição de ementas ou votos. 2. A matéria federal não arguida pelo Ministério Público em grau de apelação não pode ser suscitada em recurso especial, protegida que está pela preclusão. 3. O exame pericial não se constitui o único meio probatório possível para a comprovação da qualificadora de rompimento de obstáculo no crime de furto, sendo lícito, na busca pela verdade real, a utilização de outras formas, tais como a prova testemunhal e a documental. Precedentes do STJ. 4. Não há entre as denominadas circunstâncias judiciais e as circunstâncias legais, diferença ontológica qualquer, afastando, por isso, a reincidência os maus antecedentes, enquanto circunstância judicial, pois que tem a mesma função, determinada pela mesma causa, possuindo apenas força e grau de intensidade diversas. 5. Recurso, em parte, conhecido e parcialmente provido. Declaração de prescrição da pretensão punitiva. (STJ, REsp n. 924.254/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 27.9.2007, DJ de 22.10.2007, p. 391).

Este Pretório assim já se manifestou. *in verbis*:

APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO QUALIFICADO – ART. 155, § 4º, I DO CP – RECURSO DA DEFESA – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA – PROVAS SEGURAS PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO – PEDIDO DE AFASTAMENTO DA REINCIDÊNCIA – COMPROVAÇÃO POR FOLHA DE ANTECEDENTES – PRETENDIDA EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA DO

ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO – IMPOSSIBILIDADE – IMPROVIDO. [...] III - Restando devidamente comprovada a presença da qualificadora referente ao rompimento de obstáculo, impõe-se a manutenção de seu reconhecimento. (ACr n. 2010.032731-6, Três Lagoas, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Manoel Mendes Carli, julgado em 16.12.2010, DJ de 11.1.2011).

Desse modo, não há falar em afastamento da qualificadora prevista no art. 155, § 4º, I, do Código Penal (destruição ou rompimento de obstáculo), razão por que o recurso não deve ser provido.

Diante do exposto, de acordo com o parecer, nego provimento aos embargos infringentes, mantendo-se inalterada a sentença condenatória.

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (Revisor)

De acordo com o relator.

A Srª. Desª. Marilza Lúcia Fortes (1º Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (2º Vogal)

Mantenho meu voto já proferido quando do julgamento da apelação criminal.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (3º Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (4º Vogal)

De acordo com o relator.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

**POR MAIORIA E COM O PARECER, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. AUSENTE, POR FÉRIAS, O 5º VOGAL.**

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Claudionor Miguel Abss Duarte, João Carlos Brandes Garcia, Marilza Lúcia Fortes, Romero Osme Dias Lopes, Carlos Eduardo Contar, Dorival Moreira dos Santos e Juiz Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 17 de maio de 2011.

\*\*\*

**Segunda Turma Criminal**  
**Agravo Criminal n. 2011.005261-8 - Corumbá**  
**Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte**

EMENTA–AGRAVOCRIMINAL–TRÁFICODEDROGAS–CONDUTAPRIVILEGIADA – AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ – INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL – ROL TAXATIVO – CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS DECORRENTES DA EXECUÇÃO DA PENA NA FORMA DA LEGISLAÇÃO COMUM – AGRAVADO ESTRANGEIRO – DECRETO DE EXPULSÃO – IRRELEVÂNCIA – PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA – INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA – POSSIBILIDADE – FIXAÇÃO DE PRAZO PARA DEIXAR O TERRITÓRIO NACIONAL – INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PRÓPRIO PARA A EXPULSÃO – ANULAÇÃO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Em se tratando de rol taxativo, por inexistência de previsão legal expressa, o reconhecimento da conduta privilegiada do tráfico de drogas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06) afasta a hediondez do crime e, portanto, não há óbice legal ou constitucional para a concessão dos benefícios decorrentes da execução da pena com base na legislação geral.

A execução da pena do nacional e do estrangeiro submete-se aos princípios da isonomia e da individualização da pena, não sendo a condição de estrangeiro irregular em virtude de decreto de expulsão, por si só, fator impeditivo à concessão do livramento condicional.

A Lei n. 6.815/1980 menciona o procedimento a ser adotado para a efetivação da expulsão de estrangeiro, devendo ser respeitado para a concretização da respectiva medida.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, vencido o 2º Vogal.

Campo Grande, 14 de março de 2011.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Trata-se de recurso de Agravo em Execução Penal interposto pelo Ministério Público Estadual, inconformado com a decisão (f. 81-3-v) que afastou a hediondez da condenação do agravado pelo crime de tráfico privilegiado de drogas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), concedendo o benefício do livramento condicional após cumprimento de 1/3 (um terço) da pena, e, ainda, determinou que a manutenção do benefício até o término da pena fica condicionada à obrigação do reeducando deixar o território brasileiro no prazo de 5 (cinco) dias, não mais retornando, salvo se devidamente autorizado pela autoridade competente.

O agravante, em suas Razões Recursais (f. 91-9), em apertada síntese, alega que a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, na pena do agravado, não faz com que a conduta por ele praticada deixe de ser hedionda. Afirma, ainda, que a decisão proferida pelo mutirão carcerário não respeitou os critérios legais referente ao procedimento de expulsão do agravado estrangeiro deste país, deixando a ele mesmo o cumprimento desta liberalidade, quando o certo seria a retirada compulsória pela Polícia Federal.

O agravado, em suas Contrarrazões Recursais (f. 139-44), em apertada síntese, pugna pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (f. 152-8) opina pelo provimento do agravo.

## VOTO

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

Trata-se de recurso de Agravo em Execução Penal interposto pelo Ministério Público Estadual, inconformado com a decisão (f. 81-83-v) que afastou a hediondez da condenação do agravado pelo crime de tráfico privilegiado de drogas (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), concedendo o benefício do livramento condicional após cumprimento de 1/3 (um terço) da pena, e, ainda, determinou que a manutenção do benefício até o término da pena fica condicionada à obrigação do reeducando deixar o território brasileiro no prazo de 5 (cinco) dias, não mais retornando, salvo se devidamente autorizado pela autoridade competente.

O agravante, em suas Razões Recursais (f. 91-9), em apertada síntese, alega que a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, na pena do agravado, não faz com que a conduta por ele praticada deixe de ser hedionda. Afirma, ainda, que a decisão proferida pelo mutirão carcerário não respeitou os critérios legais referente ao procedimento de expulsão do agravado estrangeiro deste país, deixando ao mesmo o cumprimento desta liberalidade, quando o certo seria a retirada compulsória pela Polícia Federal.

O agravado, em suas contrarrazões recursais (f. 139-44), em apertada síntese, pugna pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (f. 152-8), opina pelo provimento do agravo.

Consta dos autos, que o agravado foi condenado às penas de 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão e 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa, pela prática do delito previsto nos arts. 33, § 4º, c.c. 40, I, III e V, todos da Lei n. 11.343/2006 (tráfico internacional de drogas, realizado em transporte público), em regime inicial fechado, uma vez que:

[...] No dia 1º de maio de 2008, por volta das 15:30 horas, uma equipe de policiais federais, que se deslocou até o Terminal Rodoviário de Corumbá para realização de fiscalização de rotina, tendo em vista o grande movimento decorrente do feriado prolongado e do festival cultural que acontecia na cidade, flagrou CIRILO MIRANDA MACHACA, LUISA ARANCIBIA VEDIA e ROSALIA ESPINOZA DE GUZMAN, passageiros embarcados em ônibus da empresa Cruçenã que partiria de Corumbá com destino à São Paulo/SP, realizando o transporte ilícito, em seus tratos digestivos, de 167 (cento e sessenta e sete) cápsulas confeccionadas com material plástico colorido, em cujo interior se encontrava acondicionada substância em pó branca com aspecto farinhento, posteriormente identificada como sendo “cocaína”, totalizando a quantidade de 2.065 g (dois mil e sessenta e cinco gramas), sendo que 55 (cinquenta e cinco) cápsulas, perfazendo

725g (setecentos e vinte e cinco gramas), haviam sido ingeridas por CIRILO, 69 (sessenta e nove) cápsulas, perfazendo 830g (oitocentos e trinta gramas), haviam sido ingeridas por LUISA, e 43 (quarenta e três) cápsulas, pesando 510 g (quinhentos e dez gramas), haviam sido ingeridas por ROSALIA. [...] Em sede inquisitorial, CIRILO confessou haver sido “contratado” para realizar o transporte de drogas por uma pessoa de nome MARIO, que o teria abordado no Terminal Rodoviário de Corumbá no dia 30 de abril do ano corrente, no momento em que ele formalizava sua entrada em solo pátrio. Informou ainda que receberia U\$ 300,00 (trezentos dólares americanos) pelo “serviço”, quando entregasse o entorpecente na cidade de São Paulo/SP. Além disso, asseverou que recebera a droga no dia 1º de maio pela manhã, na cidade de Puerto Quijarro/BO, ocasião em que de pronto iniciara a ingestão das 55 cápsulas, que perfizeram um total de 725 g (setecentos e vinte e cinco gramas). Asseverou, outrossim, que não conhecia as denunciadas LUISA ARANCIBIA VEDIA e ROSALIA ESPINOZA DE GUZMAN, com quem se encontrara no táxi que os conduzira da fronteira até a rodoviária de Corumbá na data dos fatos [...] (Grifos não originais).

Inconformado com a decisão que afastou a hediondez da condenação do apenado pelo crime de tráfico privilegiado de drogas e concedeu o benefício do livramento condicional após cumprimento de 1/3 (um terço) da pena, o Ministério Público Estadual interpõe o presente agravo pugnando pelo retorno do agravado ao cumprimento de sua pena no regime fechado.

Inicialmente, importante ressaltar que comungo do entendimento de que o tráfico privilegiado não se encarta como hediondo, pois, além de ser incompatível com esta natureza, não foi inserido no rol taxativo da Lei n. 8.072/90, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal.

No presente caso, o cerne do recurso cinge-se em saber se o tráfico de drogas praticado na forma privilegiada (com a incidência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06) tem a hediondez afastada ou não. Este enquadramento, por sinal, influencia todo o cumprimento de pena do reeducando.

Da análise do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06<sup>1</sup>, verifica-se que o legislador se preocupou em punir com mais rigor o traficante profissional, ao elaborar a nova lei de tóxicos, elevando a pena mínima de 3 (três anos) – prevista na Lei n. 6.368/76 – para 5 (cinco) anos e, de forma louvável, realizando a distinção entre o *traficante profissional* ou *habitual* – que vive única e exclusivamente para a prática da traficância e de outros delitos (roubos, sequestros etc) – e o *traficante ocasional* ou *acidental*, mais conhecido como “mula” – que pratica o ilícito penal em decorrência de sua situação econômica (desemprego ou até miséria absoluta) ou devido sua dependência doentia (transporte ou vende o entorpecente para conseguir alimentar seu vício), ou seja, sua conduta se caracteriza por ausência de habitualidade e caráter não profissional.

Portanto, a hediondez está inserida apenas nos crimes de tráfico, em que o agente não preencha os requisitos previstos para caracterizar a figura privilegiada, uma vez que privilégio não se harmoniza com hediondez, em razão de os conceitos serem totalmente incompatíveis.

Além disso, fazendo um paralelo com alguns crimes previstos no Código Penal, percebe-se que existem elementos convincentes de que o tráfico privilegiado não se enquadra como hediondo.

Por exemplo, temos o furto qualificado e porte de arma de fogo de uso permitido. Em ambos os casos, conquanto não sejam hediondos, a pena mínima é superior ao do crime de tráfico privilegiado, por isso, não

1 Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. [...]

§ 4.º Nos delitos definidos no caput e no § 1.º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

se mostra razoável que este último tenha sido considerado pelo legislador, como de maior gravidade, tanto que ao mencionar os crimes hediondos e assemelhados na Lei n. 8.072/90, não previu a figura híbrida do tráfico privilegiado, assim como não o fez no caso do homicídio qualificado-privilegiado.

Damásio Evangelista de Jesus, de há muito, não aceita a incidência dos efeitos da Lei dos Crimes Hediondos ao delito de homicídio qualificado-privilegiado, consignando que “*nos termos do art. 67 do CP, havendo concorrência de circunstâncias agravantes e atenuantes, dá-se preponderância às de natureza subjetiva, com fundamento nos motivos determinantes do crime*” (Código Penal Anotado. 12. ed. p. 397).

Dessa forma, como no homicídio qualificado-privilegiado as qualificadoras são sempre objetivas, o ilustre doutrinador entende que deve preponderar o caráter do privilégio, que é de cunho subjetivo, arredando a hediondez do crime de homicídio qualificado-privilegiado.

O mesmo raciocínio deve ser aplicado aqui. Não existem motivos para que o homicídio qualificado-privilegiado não seja crime hediondo, ao passo que o tráfico privilegiado o seja, uma vez que este último também não está previsto na Lei n. 8.072/90, cujo rol é taxativo.

Portanto, os argumentos despendidos pelo douto representante ministerial se referem aos casos de tráfico de drogas previsto no *caput* e no § 1º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. Estes, sim, considerados hediondos, não se aplicando para o tráfico privilegiado, ou seja, aqueles em que a pessoa faz jus a causa de diminuição do § 4º do art. 33.

Em julgados recentes e reiterados, a 2ª Turma Criminal vem se manifestando neste sentido:

A Lei n. 11.343/06 estabeleceu uma importante distinção entre o traficante habitual e o acidental, no tocante ao quantum da pena em abstrato. Essa distinção acarreta a aplicação ao grau máximo do princípio constitucional da isonomia: tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida de sua desigualdade. Afastada a hediondez do delito, *ex officio*, determina-se a modificação do regime prisional para o semiaberto, nos termos do disposto no art. 33, § 2º, “c”, c.c § 3º, do Código Penal, visto que, embora primário, possui em seu desfavor algumas circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. (ACr n. 2009.032955-0, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes, julgado em 8.3.2010)

A causa de diminuição prevista no art. 33, § 4. da lei n. 11.343/06, não viola o princípio da proporcionalidade, uma vez que a pecha da hediondez deve ser afastada no tráfico privilegiado, pois não foi inserido no rol taxativo da Lei n. 8.072/90. Essa distinção acarreta a aplicação ao grau máximo do princípio constitucional da isonomia, devendo-se aplicar, raciocínio semelhante ao do crime de homicídio qualificado-privilegiado. (TJMS, ACr n. 2009.010319-0, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Claudionor Miguel Abs Duarte, julgado em 24.8.2009, DJ de 3.9.2009).

O Decreto Presidencial n. 6.706, de 22.12.2008, traz a previsão de concessão indulto, aos condenados por infração ao artigo 33, § 4.º, da 11.343/2006 Lei Antidrogas, pois o chamado tráfico privilegiado encontra-se fora do elenco dos delitos hediondos e a estes equiparados, inexistindo violação ao artigo 2.º, inciso I, da Lei n. 8.072/90 e artigo 5.º, inciso XLII, da Constituição Federal. (TJMS, AgCr n. 2009.025615-4, Segunda Turma Criminal, Rel. Juiz Manoel Mendes Carli, julgado em 9.11.2009, DJ de 16.11.2009).

Ademais, o fato de já conter nos autos decreto de expulsão do agravado não constitui óbice ao livramento condicional, pois, de acordo com o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, a execução penal do nacional e do estrangeiro submete-se aos princípios da isonomia e da individualização da pena, não sendo

a condição de estrangeiro irregular, por si só, fator impeditivo à concessão do benefício, de acordo com o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal.

Neste sentido, já se posicionaram os Tribunais Superiores:

O fato de o condenado por tráfico de drogas ser estrangeiro, estar preso, não ter domicílio no país, não constitui óbice à progressão de regime de cumprimento de pena. (STF, *HC* n. 97.147, Segunda Turma, Rel. para o acórdão Min. Cezar Peluso, julgado em 4.8.2009, DJ de 12.2.2010).

PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ESTRANGEIRO NÃO-RESIDENTE NO PAÍS. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. POSSIBILIDADE.

1. Tanto a execução penal do nacional quanto a do estrangeiro submetem-se aos cânones constitucionais da isonomia e da individualização da pena.

2. Não se admite, após a nova ordem constitucional inaugurada em 1988, a remissão a julgados que se reportam a comandos com ela incompatíveis.

3. A disciplina do trabalho no Estatuto do Estrangeiro não se presta a afastar o co-respectivo direito-dever do condenado no seio da execução penal.

4. Ordem concedida. (STJ, *HC* n. 164.744/SP, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 30.6.2010, DJ de 16.8.2010)

AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. ESTRANGEIRO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. POSSIBILIDADE.

1. A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão no sentido de ser cabível a concessão do livramento condicional ao estrangeiro preso e condenado no Brasil, a despeito de haver decreto de expulsão, sob pena de violação do princípio constitucional da individualização da pena.

2. Agravo regimental desprovido. (STJ, *AgRg* no *HC* n. 113.080/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Haroldo Rodrigues (Des. convocado do TJ/CE), julgado em 13.8.2009, DJ de 31.8.2009)

Dessa forma, de acordo com a decisão recorrida, todos os institutos que beneficiam o crime comum, tais como progressões, comutações, indulto e livramento condicional, devem ser aplicados ao condenado por tráfico privilegiado, na forma da legislação comum, e não conforme a atinente aos crimes hediondos ou a eles equiparados.

No entanto, em relação à afirmação do agravante de que “a decisão do Mutirão Carcerário sequer respeitou os critérios legais referente ao procedimento de expulsão do Agravado estrangeiro deste país, pois, o correto seria que a Polícia Federal providenciasse a retirada compulsória do Agravado do território nacional, o que não aconteceu nos autos, já que a respectiva decisão além de não ter determinado a comunicação da Polícia Federal sobre tal fato, também deixou para o próprio Agravado o cumprimento desta liberalidade, deixando, com isso, uma sensação de impunidade e descrédito na justiça”, assiste-lhe razão.

Observa-se que, ao conceder o livramento condicional, o juiz do Mutirão Carcerário determinou que a manutenção do referido benefício até o término da pena fica condicionada à obrigação do reeducando deixar o território brasileiro no prazo de 5 (cinco) dias, não mais retornando, salvo se devidamente autorizado por autoridade competente.

Imperioso salientar que a expulsão do estrangeiro é formalizada através de decreto de competência exclusiva do Presidente da República, aliás, sendo a ele cabível analisar a conveniência e a oportunidade da medida, consoante o artigo 66 do Estatuto do Estrangeiro.

É o que se observa no documento acostado às f. 56, em que o Ministro de Estado da Justiça, no uso da competência que lhe foi delegada pelo artigo 1º do Decreto n. 3.447/2000:

[...] determinou a expulsão do País, com base nos artigos 65 e 71 da lei n. 6.815, de 1980, na redação dada pela Lei n. 6.964, de 1981, do estrangeiro CIRILO MIRANDA MACHACA, de nacionalidade boliviana, filho de Eliseu Miranda e de Tereza Machaca Cavana, nascido em Cochabamba, Bolívia, em 10 de maio de 1980, tal medida decorreu em razão do nominado ter sido condenado à pena de 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão e ao pagamento de multa, como incurso nas sanções previstas no art. 33, c/c o art. 40, incisos I, III e V, da Lei n. 11.343/2006, por tráfico internacional de tóxicos, conforme sentença proferida pelo MM. Juiz Federal da 1ª Vara, em Corumbá, nesse estado. A efetivação da medida deverá verificar-se após o cumprimento da pena a que estiver sujeito no País ou à liberação pelo Poder Judiciário e a respectiva autorização ministerial. Outrossim, solicito os bons ofícios de Vossa Excelência, no sentido de mandar cientificar a Polícia Federal, com antecedência de 60 dias, a data da liberação do estrangeiro, a fim de que possam ser providenciados os procedimentos necessários para sua retirada compulsória do território nacional e não ocorra retardamento na efetivação da medida. (Grifos não originais)

Extraí-se do referido documento que para a efetivação da expulsão, o reeducando estrangeiro já deve ter cumprido a pena a que estiver sujeito no país, o que não ocorre no caso em análise.

Assim, ao determinar que o agravado retornasse ao país de origem no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para manutenção da liberdade condicional, sem sequer cientificar a Polícia Federal (competente para providenciar a retirada compulsória do estrangeiro do território nacional), o magistrado extrapolou sua competência, não respeitando os trâmites legais para a concretização da expulsão, previstos na Lei 6.815/1980, em seus Títulos VII e VIII. Nesse ponto, portanto, deve ser anulada a decisão.

## DISPOSITIVO

Diante do exposto, em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso ministerial, para, reformar a decisão proferida em primeiro grau, anulando a parte em que determina, como condição para manutenção do livramento condicional, que o agravado deixe o território brasileiro no prazo de 5 (cinco) dias.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (1º Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (2º Vogal)

O agravado Cirilo Miranda Machaca foi condenado ao cumprimento da pena de 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão, em regime inicial fechado, porque, juntamente com Rosalia Espinoza de Guzman e Luisa Arancibia Vedia – em 1º de maio de 2008, por volta das 15h30min., no terminal rodoviário, em Corumbá – transportavam, no total, 167 (cento e sessenta e sete) cápsulas de cocaína trazidas da República da Bolívia.

O recurso ministerial comporta provimento, uma vez que, independente da natureza do crime do tráfico de drogas, no que tange ao livramento condicional, a fração diferenciada decorre do art. 44, parágrafo único, da Lei n. 11.343/06, *in verbis*:

Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

**Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.** (Destaques não originais)

O delito de tráfico de drogas – tenha sido a conduta criminosa havida como eventual ou não – é sempre equiparado aos crimes hediondos por força do império contido no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal.

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 de drogas 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*”<sup>1</sup> (destaques não originais).

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<sup>2</sup> (Destaques não originais.)

Ademais, a intenção do legislador ao criar a referida diminuta foi atender aos reclamos da política criminal e compensar o aumento da pena-base implementado pela Lei n. 11.343/06, e não nivelar o tráfico ao crime comum.

Reforçando o entendimento, o art. 2º da Lei n. 8.072/90 e o art. 83, V, do Código Penal restringem e recrudescem 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, tal qual o tráfico de drogas.

Sobre o assunto leciona a doutrina:

[...] a Constituição Federal determinou para as condutas adequadas ao tráfico de drogas o mesmo tratamento destinado aos crimes considerados hediondos [...]. A Constituição equiparou o tipo de tráfico aos tipos hediondos, equiparando-os também com as medidas mais restritivas da Lei de Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90), que repetiu o mandamento constitucional no seu art. 2º.<sup>3</sup>

Assim, é indubitável que o tráfico de drogas tem natureza hedionda e, dessa forma, a mera incidência de uma causa de diminuição, como aquela que define a figura privilegiada do delito, não modifica a realidade.

1 CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: Parte geral. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 436.

2 GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte geral. Niterói: Impetus, 2007. p. 468. v. 1.

3 BACILA. Carlos Roberto. RANGEL, Paulo. **Lei de Drogas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 160.

Em julgado recente, o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA firmou 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.

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 de 8.3.2010).<sup>4</sup> (Destques não originais).

Outrossim, é inegável que o transporte de grande quantidade de droga, ainda que incidente a causa de diminuição em testilha, torna indiscutível a hediondez do delito e, *in casu*, o agravado engoliu e trazia consigo 55 (cinquenta e cinco) cápsulas de cocaína, que totalizou 725 g (setecentos e vinte e cinco gramas) (f. 13-20), não se tratando de “mula” ou “formiguinha”, gêneros normalmente utilizados por aqueles que são aliciados pelos grandes traficantes para o transporte de pequenas porções da droga.

E, mesmo que assim não fosse, o fato de o agravado ser estrangeiro obsta a concessão de qualquer benefício carcerário.

<sup>4</sup> STJ, REsp n. 1.133.945/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 15.4.2010.

Com efeito, malgrado a lei penal e de execução penal prevejam diversos benefícios aos condenados no sentido de encurtar o cumprimento efetivo da reprimenda, por outro lado, o legislador impõe determinadas condições para a fruição dessas benesses, exigindo garantias mínimas.

A título ilustrativo, a progressão de regime engloba o merecimento do sentenciado; já o livramento condicional, dentre outras condições, requer vocação laboral.

Ora, sendo assim, é óbvio que o estrangeiro em situação irregular no país, tal qual o agravado – de nacionalidade boliviana, condenado pela Justiça Federal por tráfico de drogas – fica inviabilizado de prestar no Estado brasileiro os compromissos inerentes à flexibilização das condições carcerárias, pois as vedações laborais decorrem do art. 95 – e seguintes – do Estatuto do Estrangeiro.

Como conciliar a expulsão com as condicionantes estabelecidas pelo juízo da execução? Impossível!

Destarte, não existe o tratamento discriminatório porque, a toda evidência, a situação do estrangeiro irregular que aqui executa pena não pode ser equiparada à do preso brasileiro.

Sobre o assunto, leciona a doutrina:

[...] tratamentos diferenciados podem estar em plena consonância com a Constituição. É que a igualdade implica o tratamento desigual das situações de vida desiguais, na medida de sua desigualação. Aliás, trata-se de exigência contida no próprio princípio da Justiça. O elemento discriminador erigido como causa da desequiparação deve estar predisposto ao alcance de uma finalidade. Esta, por sua vez, deve corresponder a exatamente a algum objetivo encampado pelo Direito, seja expressa, seja implicitamente.<sup>5</sup>

Outrossim, o sacrifício diferenciado da liberdade, no caso concreto, é exigível e atende aos reclamos da proporcionalidade, visto que a concessão dos benefícios almejados em favor do agravado fatalmente implicaria total renúncia ao poder punitivo do Estado, desprestigiando o direito coletivo à segurança pública.

Com efeito, considerando-se que a conduta praticada pelo recorrido é das mais graves e colocou em sério risco a incolumidade pública, é impossível abrir mão do direito de punir.

Sobre o assunto, já se decidiu:

Não se concede progressão de regime prisional a estrangeiro em situação irregular no país, condenado no Brasil por tráfico de entorpecentes e posse ilegal de arma de fogo, em face da impossibilidade de cumprir as condições do benefício, consistentes em fixar residência no território brasileiro e conseguir trabalho lícito, requisito objetivo exigido pelo art. 115 da LEP.<sup>6</sup>

O réu, ora paciente, apresenta situação incompatível com a imposição de regime mais brando, pois trata-se de estrangeiro irregular no território nacional, sem residência, trabalho ou qualquer vínculo com o país, não possuindo, sequer, documento que possa identificá-lo com segurança (STJ, HC n. 25.934, Quinta Turma, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Laurita Vaz, DJU de 18.2.2003, p. 241).

Segundo entendimento desta corte, a progressão de regime não pode ser concedida a réu estrangeiro em situação irregular no país. Recurso provido (TJPR, ACr n. 421.201-5, Terceira Câmara Criminal, Rel. conv. Juiz Albino Jacomel Guérios, DJ de 26.10.2007).<sup>7</sup>

5 TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 525.

6 TJMS, HC n. 2009.003011-0, Amambá, Primeira Turma Criminal, Rel. Des. João Carlos Brandes Garcia, DJ de 14.4.2009, p. 26.

7 TJPR, AgExPe n. 549.584-9, Foz do Iguaçu, Terceira Câmara Criminal, Rel. Des. Rogério Kanayama, DJ de 28.5.2009, p. 217.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso manejado pelo Ministério Público, a fim de cassar a decisão que afastou o caráter hediondo do delito praticado por Cirilo Miranda Machaca, revogando-lhe – por consequência – o livramento condicional que lhe foi concedida à revelia da legislação aplicável ao caso *in concreto*.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

**POR MAIORIA, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, VENCIDO O 2º VOGAL.**

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Claudionor Miguel Absz Duarte, Romero Osme Dias Lopes e Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 14 de março de 2011.

\*\*\*

**Seção Criminal**  
**Revisão Criminal n. 2010.021169-7 - Bela Vista**  
**Relator Des. Dorival Moreira dos Santos**

EMENTA – REVISÃO CRIMINAL – DELEGADO DE POLÍCIA – CRIMES DE ABUSO DE AUTORIDADE, FALSIDADE IDEOLÓGICA, CORRUPÇÃO PASSIVA, PREVARICAÇÃO, PECULATO E ESTELIONATO – PERDA DO CARGO – EFEITO DA CONDENAÇÃO – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. As provas são robustas para condenação. A revisão criminal não é meio próprio para o puro e simples reexame de provas, ainda mais quando estas já foram devida e oportunamente verificadas. Logo, existindo elementos suficientes para embasar a conclusão condenatória e a sanção imposta, inclusive com a confirmação por meio do julgamento de recurso de apelação, e, inexistindo quaisquer das situações previstas no artigo 621, incisos I a III, do CPP, não há motivos para alteração da coisa julgada. 2. O artigo 92 do Código Penal rege o âmbito criminal e prevê a perda do cargo como efeito específico da condenação. Não há vinculação de dependência da perda do cargo exclusivamente ao procedimento administrativo, visto que o ordenamento jurídico pátrio consagra a independência das esferas administrativa e penal, à exceção da exclusão da ilicitude, a inexistência material do fato, ou a negativa de autoria. Pedido improcedente.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria e com o parecer, indeferir o pedido revisional, nos termos do voto do relator. Ausente, justificadamente, a 4ª vogal.

Campo Grande, 15 de março de 2011.

Des. Dorival Moreira dos Santos – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Trata-se de revisão criminal proposta por Alfredo Gomes, condenado pela sentença de f. 784-812, confirmada pelo acórdão de f. 951-66, como incurso nas sanções do artigo 4º, alínea “a”, da Lei n. 4.898/65 e dos artigos 171, 299, parágrafo único, 312, 317, § 1º e 319 c.c. art. 69, todos do Código Penal, ao cumprimento de 7 (sete) anos e 9 (nove) meses de reclusão e 8 (oito) meses de detenção, em regime inicial semiaberto, além do pagamento de 83 (oitenta e três) dias-multa, bem como perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer função pública pelo prazo de 3 (três) anos.

Na exordial, alega em resumo: 1. fragilidade das provas, argumentando que se consubstanciam em declarações esparsas, colhidas no inquérito policial sem ratificação na fase judicial; 2. impossibilidade da aplicação da penalidade de perda do cargo sem procedimento administrativo, invocando dispositivos da Lei n. 1.102/90 – Estatuto dos Servidores Públicos e Lei n. 114/2005 – Lei Orgânica da Polícia Civil; 3. Incongruência na valoração probatória, argumentando que a sentença condenatória é contrária às evidências

dos autos. Requeru antecipação dos efeitos da tutela. Requer indenização por danos morais e materiais em face do imputado erro judiciário e a cassação da sentença rescindenda.

Por decisão de f. 1090, foi indeferida a antecipação dos efeitos da tutela. O requerente agravou (f. 1092-104), sendo mantida a decisão (f. 1105) em julgamento colegiado.

Parecer da Procuradoria de Justiça às f. 1109-15 pelo indeferimento da revisão criminal, fundamentado na inexistência de novas provas.

### **VOTO (EM 15.2.2011)**

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Relator)

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela foi indeferido à f. 1090 e ao Agravo Regimental negado provimento à f. 1105. No mérito, o pedido é improcedente. Vejamos.

O sentenciado, que à época dos fatos ocupava o cargo de Delegado de Polícia, foi condenado à pena de 7 anos e 9 meses de reclusão e 8 meses de detenção, pagamento de 83 dias-multa e perda do cargo, bem como inabilitação para exercício de função pública pelo período de 3 anos, pelas práticas dos crimes de:

**Abuso de autoridade**, consubstanciado em manter pessoa no cárcere por aproximadamente uma semana sem tomar as providências legalmente cabíveis, como lavar o auto do flagrante, dentre outros;

**Falsidade ideológica**, evidenciada pela inserção de declaração sabidamente falsa ou diversa da que deveria ser escrita, em documento público, por haver feito constar o nome do indiciado como Vanderlei da Silva Pereira, quando na realidade se tratava de Alexander dos Santos Araripe;

**Corrupção passiva**, consistente em receber vantagem indevida, quando da entrega de bem recuperado ao proprietário;

**Prevaricação**, configurada ao não registrar nenhuma ocorrência quando da prisão de três pessoas, dentre as quais, libertou Oscar Morel Quinhones, contra quem havia mandado de prisão expedido;

**Peculato**, tipificado na apropriação de bem móvel particular, de que tinha posse em razão do cargo, pois apoderou-se da carga de 5.000 tijolos que se encontrava na carreta apreendida com Alexander dos Santos Araripe;

**Estelionato**, identificado na venda dos referidos tijolos pela importância de R\$ 800,00 a carga como se fosse de 8.000 tijolos, quando na realidade era de 5.000 tijolos.

O Acórdão que confirmou a sentença condenatória delineou perfeitamente as condutas criminosas do requerente com base nas provas carreadas nos autos de inquérito e em juízo, conforme trecho que transcrevo:

#### **DO CRIME DE ABUSO DE AUTORIDADE.**

Narra a denúncia que o apelante executou medida privativa de liberdade, sem as formalidades legais, privando de sua liberdade o detento, Alexander dos Santos Araripe, consistente em mantê-lo recolhido em uma das celas de Delegacia de Polícia da cidade de Bela Vista desde o dia 10.1.2001 até o dia 17.1.2001, não tendo sido lavrado na oportunidade o competente auto de prisão em flagrante, nem expedida a respectiva nota de culpa, consignando-se ainda que não havia mandado de prisão em desfavor do detido Alexander dos Santos Araripe.

É incontroverso nos autos que o apelante realmente executou a medida de prisão de Alexander sem as aludidas formalidades legais, sendo somente adotada as medidas cabíveis quando foi ajuizado pedido de *habeas corpus* ao juiz da Comarca (f. 19-21), onde inclusive foi concedida a ordem (f. 44-46).

A alegação do apelante de que sua pretensão era apenas de garantir a ordem pública, pois o condutor da carreta estava predisposto a ajudar nas investigações, não prosperam, vejamos o que declarou Alexander Araripe dos Santos em juízo: “[...]que a autoridade policial dizia que o declarante não estava preso e estava ali apenas para investigações; que passaram dois ou três dias o declarante percebeu que estava preso pois não saía da cela[...]que a autoridade policial e os Policiais solicitaram ao declarante que colaborasse para esclarecer o crime envolvendo a carreta para verificar se tratava de roubo ou furto[...]” (f. 409-410).

Ora, ainda que referida pessoa estivesse colaborando nas investigações, o dever legal do apelante era lavrar o auto de prisão em flagrante e a nota de culpa, uma vez que apreendeu uma pessoa conduzindo uma carreta legal.

Diante de tais assertivas, não há falar em absolvição, pois o crime de abuso de autoridade ficou plenamente configurado.

#### DO CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA.

O apelante quando da prisão em flagrante acima mencionada inseriu declaração falsa ou diversa da que deveria ser escrita, em documento público, com o fim de alterar verdade sobre fato juridicamente relevante, consistente em lavrar portaria para instauração de inquérito policial, consignando o nome do indiciado como Vanderlei da Silva Pereira, quando na realidade se tratava de Alexander dos Santos Araripe (f. 118-119).

Segundo consta tal ocorreu porque na oportunidade da prisão Alexander portava documentos falsos em nome de Vanderlei da Silva Pereira.

Sustenta o apelante que tal ocorreu porque não tinha certeza acerca da verdadeira identidade do indiciado e, assim, entendeu melhor aguardar o laudo pericial sobre a originalidade dos documentos.

Entretanto, existem provas suficientes nos autos que demonstram que o apelante desde o dia da prisão 10.1.2001, tinha pleno conhecimento do verdadeiro nome do detido, consoante destacamos:

Ralph Gren de Oliveira, Delegado de Polícia, declarou em juízo que:

[...] que o depoente foi o primeiro a descobrir que a pessoa de Alexander Araripe estava portando documento falso; que quando o acusado Alfredo Gomes chegou a Delegacia de Polícia de Antônio João foi comunicado do fato de que Alexander Araripe estava portando documento falso[...]” (sic – f. 405).

A testemunha Gilberto Marcelino de Araújo, agente de polícia que acompanhou o ora apelante até a Delegacia de Antônio João, declarou também que:

[...] QUE, ao chegarem na Delegacia de Antônio João, o depoente bem como o Dr. ALFREDO GOMES, foram informados de que o motorista da carreta tinha se apresentado com o nome falso de WANDERLEI DA SILVA PEREIRA, e confessando ainda, em Antônio João, que se nome verdadeiro era ALEXANDER DOS SANTOS ARARIPE[...]” (F. 96).

Não merece prosperar a alegação de que não existiu dolo específico na conduta do apelante.

Pelo que consta, a aludida carreta inicialmente foi abordada em um posto da Receita Federal com irregularidades nas notas fiscais das mercadorias que transportava. Nesta oportunidade foram detidas algumas pessoas em companhia do motorista da carreta Alexander dos Santos Araripe, as quais foram entregues ao apelante (f. 13), mas este as liberou sem providenciar qualquer diligência a fim de investigar o envolvimento daquelas no crime.

Como bem demonstrado na sentença recorrida, o apelante fez inserir o nome falso do indiciado porque pretendia ocultar referida liberação indevida destas pessoas, co-autores dos crimes praticados por Alexander dos Santos Araripe (f. 598-603).

#### DO CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA.

O apelante foi condenado também por ter em companhia do co-réu Gilberto recebido, para si, diretamente e em razão da função, vantagem indevida, do proprietário da carreta João Manoel Castilho.

Consta que o apelante recebeu 3 (três) cheques, sendo dois no valor de R\$ 500,00 e um no valor de R\$ 250,00 (f. 319). Vejamos as declarações de João Manoel Castilho em juízo:

[...] O delegado informou ao depoente que a título de custas para pagamento das diligências efetuadas no sentido de recuperar a carreta, era necessário o pagamento de “duzentos e poucos reais”. A quantia foi arredondada e o depoente emitiu um cheque de R\$ 250,00 para o pagamento das alegadas custas. Ainda naquela oportunidade em conversa com o delegado, o mesmo dava a entender que queria gratificação pela recuperação do veículo. Em momento algum ele pediu dinheiro. Todavia, esclarece o depoente que era uma situação estranha e que ele dava a entender que queria o dinheiro, pois ele comentava que as empresas de seguro davam uma gratificação para quem encontrava os veículos. Diante disso, o depoente emitiu mais dois cheques de R\$ 500,00 cada um [...] (f. 483).

Aduz a defesa que o delito não se verifica quando a vantagem é recebida com o escopo de ressarcimento de despesas pagas pelo agente no exercício da função pública.

Ora tal argumento é de total descabimento, pois, como bem destacou o magistrado singular, “[...] o cidadão não é obrigado a pagar individualmente pelo serviço atinente à segurança, haja vista que já o faz através de pesada carga tributária [...]” (f. 608).

Além disso, vale ressaltar que não era da competência do apelante a restituição do veículo, pois o roubo foi iniciado no Município de Bandeirantes (f. 113).

Diante de tais assertivas, devem ser mantidas as condenações pelos crimes de falsidade ideológica e de corrupção passiva, não havendo falar em aplicação do princípio da consunção.

É que as finalidades dos respectivos delitos foram distintas. Como aludido acima, na falsidade o apelante pretendia ocultar a liberação indevida e na corrupção pretendia receber vantagem indevida do proprietário do caminhão em razão de sua função.

#### DO CRIME DE PREVARICAÇÃO.

Como mencionado acima, o apelante, quando da prisão de Alexander, também deteve um veículo Gol, tendo em seu interior três elementos, sendo eles Gustavo Quinhones, uma mulher que não fora identificada e Oscar Morel Quinhones, os quais foram conduzidos à Delegacia de Polícia de Bela Vista, não tendo sido lavrada ou registrada nenhuma ocorrência a respeito deste fato, sendo certo que, com relação a Oscar Morel Quinhones, havia mandado de prisão contra ele.

Sobre tais fatos, o apelante em juízo declarou que:

[...]que com relação as pessoas que foram detidas em um gol verde, entre elas Oscar e Gustavo Quinhones ficaram detidos na Delegacia entre as 14:00 às 17:00 horas; que não fez checagem a respeito da identidade dos detidos; que os detidos apresentaram identidade do Paraguai para o interrogando; que somente no Sábado, dois dias após liberar Oscar Morel Quinhones foi saber que essa pessoa tinha mandado de prisão; que esclarece que às 17:00 horas liberou a mulher e o outro rapaz de nome Gustavo, sendo que manteve detido a pessoa de Oscar Morel Quinhones; que realmente recebeu a visita de uma advogada de Dourados, Dra. Emy a qual indagou ao interrogando se tinha alguma coisa contra seu cliente e como até aquele momento não tinha nada de completo foi forçado a liberá-la, pois a advogada estava ameaçando a representar contra o interrogando; que deixou de fazer a consulta no momento pois naquele momento havia muitas diligências a serem feitas; que se a advogada não tivesse aparecido o interrogando iria manter detido a pessoa de Oscar Morel Quinhones, mesmo que tivesse que responder por abuso de autoridade; que esclarece que tais pessoas foram até a Receita Federal atrás da carga que estava na carreta e não do próprio veículo; que esclarece o interrogando se tais pessoas tivessem, alguma ligação com a carreta não teria retornado para o lado Brasileiro, o que o levou a considerar que os mesmos não estavam envolvidos no crime envolvendo o veículo; que também a pessoa de Alexander falou para o interrogando que as pessoas detidas não tinham ligação com o delito envolvendo a carreta e foram utilizados para fazer a cargas visando a fronteira[...] (f. 373-374).

Não merece prosperar a alegação do apelante de que desconhecia o envolvimento dos detidos nos crimes praticados por Alexander dos Santos Araripe, pois este em suas declarações confessou que a carreta seria destinada à aplicação do golpe do seguro, inclusive relatou que quem o contratou para conduzir tal veículo foi Gustavo Quinhones (f. 105-106), uma daquelas pessoas detidas pelo ora apelante.

Há provas suficientes nos autos, como bem demonstrada na sentença recorrida, de que o apelante deixou de praticar ato de ofício, uma vez que não adotou as providências necessárias para a autuação em flagrante dos detidos, interrogatórios, indiciamentos e tomadas de declarações.

Sua alegação de que liberou os detidos por medo de ser representado por abuso de autoridade não procede, pois sendo um Delegado de Polícia tinha o dever e o poder de tomar a providência processual adequada à espécie.

Inaceitável também é a justificava de que somente depois que liberou Oscar Morel Quinhones teve conhecimento de que este tinha mandado de prisão contra si, pois era seu dever checar a vida pregressa das pessoas que lhe são apresentadas e com certeza se tivesse averiguado descobria a existência de aludido mandado.

Assim, não restam dúvidas de que o apelante agiu por motivo de interesse pessoal, uma vez que, como destacado pelo magistrado singular, não havia nenhum entrave para agir ao contrário, devendo, portanto, ser mantida a condenação pela prática do crime de prevaricação.

## DO CRIME DE PECULATO.

Consta que o apelante apropriou-se de bem móvel particular, de que tinha posse em razão do cargo, consistente em ter se apoderado da carga de 5.000 tijolos que se encontrava na carreta apreendida com Alexander dos Santos Araripe.

Alega a defesa que tais tijolos foram doados verbalmente por Gustavo Quinhones para a Delegacia de Polícia. Entretanto, o apelante nem sequer formalizou a apreensão de tais bens e a eventual doação.

A Escrivã de Polícia Maria de Lourdes Riquelme, ouvida na fase policial, declarou que achou estranha a atitude do Delegado, pois os tijolos já tinham sido entregues na loja e este solicitou a ela que assinasse um auto de depósito, tendo como depositário um amigo particular do apelante (f. 101-102).

A assertiva de que o dinheiro arrecadado com a venda foi utilizado para pagamento de despesas da Delegacia de Polícia não foi demonstrada nos autos.

Logo, não há falar em absolvição. Está estreme de dúvida nos autos que o apelante apoderou-se dos materiais apreendidos que tinha a posse em razão do cargo de Delegado de Polícia, era ônus seu comprovar sua alegações que poderiam tornar lícita a sua conduta.

## DO CRIME DE ESTELIONATO.

Ainda em relação à aludida carga de tijolos apreendida, consta que o apelante, quando da sua venda ao depósito de material de construção “Fronteirão”, com o propósito de obter para si ou para outrem vantagem ilícita, em prejuízo alheio, mediante artifício, induziu a erro o proprietário do referido estabelecimento, Alcir Mendonça, consistente em vender pela importância de R\$ 800,00 a carga como se fosse de 8.000 tijolos, quando na realidade era de 5.000 tijolos.

O apelante, em seu interrogatório em juízo, sustenta que:

[...]nunca contou os tijolos ou disse ao proprietário do depósito fronteirão quantos tinha; que somente após duas semanas é que o proprietário do depósito disse que teria faltado três mil tijolos[...] (sic – f. 375).

Ora é inaceitável tal alegação, pois como o apelante iria negociar o preço dos tijolos, se não sabia quantos havia.

Além disso, tem-se as declarações da vítima que foram firmes em sustentar que:

[...]entregou os oitocentos reais diretamente ao Dr. Alfredo; que fez a entrega do dinheiro no dia seguinte a descarga dos tijolos; que o Dr. Alfredo não pediu ao depoente que fizesse pagamento em estabelecimentos comerciais desta cidade; que da forma com que foi descarregado os tijolos não foi possível fazer a contagem; que quando o acusado Alfredo Gomes lhe ofereceu os oito mil tijolos, o depoente ainda argumentou com o mesmo que tinha vendido apenas cinco mil tijolos, sendo que o acusado Alfredo argumento que os outros três mil haviam sido adquiridos na Cerâmica[...] (f. 414).

Diante disso, está perfeitamente configurado o crime de estelionato, uma vez que o apelante, mediante engodo, induziu a vítima a erro, obtendo vantagem indevida decorrente da venda de quantidade de tijolos inexistente.

Ao contrário do que alega o requerente, as provas são robustas, tanto pelos depoimentos e documentos colhidos na fase policial às f. 10-333, quanto pela ratificação de tais provas, produzidas em juízo às f. 372-418 e 432-8; 479 e; 483-4.

O artigo 621 do Código de Processo Penal prevê as hipóteses em que a revisão dos processos findos será admitida:

Art. 621 – A revisão dos processos findos será admitida:

I – quando sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;

III – quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

Como se vê, não é caso de deferimento da revisão, pois nenhuma das hipóteses legalmente previstas se verifica no caso em exame.

A revisão criminal não é meio próprio para o puro e simples reexame de provas, ainda mais quando estas já foram devida e oportunamente verificadas. Logo, existindo elementos suficientes para embasar a conclusão condenatória e a sanção imposta, inclusive com a confirmação por meio do julgamento de recurso de apelação, e, inexistindo quaisquer das situações previstas no artigo 621, incisos I a III, do CPP, não há motivos para alteração da coisa julgada.

Ausente qualquer prova nova, incabível no âmbito da revisão criminal a rediscussão das provas já examinadas, principalmente quando os julgados anteriores estão em perfeita consonância com estas, restando comprovado o uso da função pública para a prática dos crimes, logo, descabe qualquer reparo.

Consoante leciona ADALBERTO ARANHA:

A decisão passível de revisão é a que foi proferida sem amparo em qualquer prova. Se existem provas alicerçadoras, fortes ou fracas, prós ou contras, a decisão de maneira alguma afrontou a evidência, mas apoiou-se num dos elementos existentes.<sup>1</sup>

Assim como ponderou o i. Des. Francisco Gerardo no julgamento da Revisão Criminal n. 2010.025987-9<sup>2</sup>, também neste caso, há mero inconformismo, pois a questão foi amplamente discutida na apelação criminal.

A pretensão do requerente não encontra guarida, porquanto, das provas contidas nos autos, extrai-se que a condenação é a medida que se impõe e o requerente não comprovou a existência de erro judiciário, falsidade flagrante ou provas novas da inocência, que ensejassem a pretendida absolvição ou reclassificação da conduta.

No mesmo sentido os julgados do Tribunal Gaúcho:

**EMENTA: REVISÃO CRIMINAL - DOCUMENTOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO - AUSÊNCIA DO CONTRADITÓRIO - EVIDÊNCIA DE ERRO NA CONDENAÇÃO INEXISTENTE IMPRESCINDÍVEL PROVA EVIDENTE PARA DESCONSTITUIR A COISA JULGADA. Peças trazidas do Processo Administrativo, favoráveis ao acusado, inclusive conclusão do Conselho Superior de Polícia, não são evidências para desconstituir a coisa julgada. Enquanto na via ordinária o julgador forma sua convicção pela livre apreciação da prova, podendo oferecer enfoque interpretativo que lhe parecer próprio, na revisão, somente a evidência de erro judiciário, falsidade**

1 ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. Dos recursos no processo penal. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

2 EMENTA–REVISÃO CRIMINAL – TRÁFICO – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS DO ART. 621 DO CPP – MERO INCONFORMISMO – NÃO SE TRATA DE SENTENÇA CONTRÁRIA À LEI – NÃO CONHECIMENTO. Não se pode admitir o processamento de revisões criminais que não preencham os requisitos legais previstos no art. 621 do CPP. O presente caso não se trata de pena expressamente contrária à lei, mas se cuida de mero inconformismo, pois a questão foi amplamente discutida em apelação criminal.

**flagrante ou provas novas da inocência, podem levar à procedência para a absolvição ou reclassificação da conduta. Não é o caso dos autos. Perda do cargo determinada, examinada e confirmada pelo acórdão nos termos do artigo 92, I, letra “a”, do Código Penal. REVISÃO IMPROCEDENTE.** (TJRS, RCr n. 70012300398, Segundo Grupo de Câmaras Criminais, Rel<sup>a</sup>. Elba Aparecida Nicolli Bastos, julgado em 16.12.2005 – g.n.)

EMENTA: REVISÃO CRIMINAL. INDEFERIMENTO. Indefere-se pedido revisional quando nele proposta apenas a rediscussão da prova arrecadada em regular instrução processual. REVISÃO INDEFERIDA. (TJRS, RCI n. 70034689216, Segundo Grupo de Câmaras Criminais, Rel. Newton Brasil de Leão, Julgado em 8.10.2010)

EMENTA: REVISÃO CRIMINAL. IMPROCEDÊNCIA. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DO CONJUNTO PROBATÓRIO. PRETENSÃO DE REEXAME DAS PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. ILEGALIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA NÃO VERIFICADA. 1. Alegação de decisão condenatória contrária à evidência dos autos. Tese de precariedade da prova que fundou o decreto condenatório. Clara pretensão de reexame do conjunto fático-probatório dos autos, como se a revisão criminal um recurso de apelação fosse. Evidente insubsistência jurídica da pretensão em exame, que sequer se amolda às hipóteses taxativas do art. 621 do CPP. 2. A alegação de contrariedade ao texto de lei pode amparar pretensão de revisão de sentença criminal condenatória com vistas à correção de ilegalidade na dosimetria da pena. Considerando, contudo, a premissa segundo a qual esta ação autônoma impugnativa de sentença com trânsito em julgado não configura meio comum de impugnação e, por isso, não se equipara ao recurso de apelação, é vedada a sua utilização para simples reexame do processo dosimétrico de individualização da pena. Nessa esteira, tendo em vista que a contrariedade ao direito deve ser frontal e inequívoca, a revisão da dosimetria da pena se justificará apenas na hipótese de comprovado erro técnico ou flagrante injustiça. 3. No caso dos autos, especificamente com relação à pena-base, que, em seguida, foi tornada definitiva, em razão do afastamento da agravante e da ausência de causas de aumento e diminuição, verifica-se que foi observada a norma do art. 59 do Código Penal pelo exame e valoração fundamentada das circunstâncias judiciais. E, a partir disso, aplicando o princípio da individualização, foi fixada a basilar em 2 (dois) anos de reclusão, apresentando solução possível e adequada à sua análise. Ausência de comprovado erro técnico ou flagrante injustiça. PEDIDO DE REVISÃO JULGADO IMPROCEDENTE. (TJRS, RCr n. 70038245254, Quarto Grupo de Câmaras Criminais, Rel. Dálvio Leite Dias Teixeira, Julgado em 22.10.2010)

Quanto à **argumentação de impossibilidade da aplicação da penalidade de perda do cargo sem procedimento administrativo**, invocando dispositivos da Lei n. 1.102/90 – Estatuto dos Servidores Públicos e Lei n. 114/2005 – Lei Orgânica da Polícia Civil, igualmente não procede, pois, enquanto referidas leis regem o processo administrativo, dispõe o artigo 92 do Código Penal, que rege o âmbito criminal:

Art. 92 - São também efeitos da condenação:

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

É sabido que as instâncias penal, civil e administrativa não se confundem, mas que a primeira exerce maior influência, considerando o grau de certeza exigido para condenação, em face dos princípios constitucionais por quais são regidos o direito e o processo penal.

Não há vinculação de dependência da perda do cargo exclusivamente ao procedimento administrativo, visto que o ordenamento jurídico pátrio consagra a independência das esferas administrativa e penal, à exceção da exclusão da ilicitude, a inexistência material do fato, ou a negativa de autoria. Nenhuma destas circunstâncias se deduz do caso em análise.

A perda do cargo do requerente se dá por haver praticado crimes para os quais a lei penal prevê tal consequência (art. 92, I, “a”, CP). Trata-se de efeito específico da condenação quando os crimes que ensejaram também constituem ilícitos administrativos.

Claro o escólio de CLEBER MASSON<sup>3</sup>:

Esse efeito específico da condenação não se confunde com a proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, elencada no art. 47, I, do Código Penal como pena restritiva de direitos, espécie de pena de interdição temporária de direitos.

O efeito da condenação, por sua vez, é permanente, já que o condenado, ainda que seja posteriormente reabilitado, jamais poderá ocupar o cargo, função ou mandato objeto da perda, salvo se o recuperar por investidura legítima.

**Anote-se, porém, que a possibilidade de perda do cargo público não precisa vir prevista na denúncia, posto que decorre de previsão legal expressa, como efeito da condenação, nos termos do art. 92 do Código Penal. (g.n.)**

Nada mais justo que o perdimento do cargo pelo agente público que não o valorou como deveria, pelo contrário, o utilizou como meio para prática de graves delitos em prejuízo do bem comum, traindo a sociedade e a Administração Pública que o acolheu, como bem fundamentou o magistrado singular na sentença, conforme parte que transcrevo (f. 615-7 – dos autos principais):

Ante o disposto no artigo 92, inciso I, letra “a”, do Código Penal, declaro a perda do cargo que o condenado exerce junto ao Estado de Mato Grosso do Sul – Delegado de Polícia –, **tendo em vista que o delito foi cometido com violação de dever para com a Administração Pública, pois a função primordial do condenado era investigar crimes e não praticá-los, sendo certo que, sua condenação por crime desta natureza – contra a fé pública –, torna impossível a manutenção de sua condição de agente do Estado.** (sem grifo no original)

Oportuna a colocação de CÉZAR ROBERTO BITENCOURT:

A Lei n. 9.268/96 afastou a injustificada proteção da impunidade de servidores delinquentes, que havia sido consagrada pela reforma penal de 1984 [...].<sup>4</sup>

De todo exposto, com o parecer, julgo improcedente a revisão criminal.

O Sr. Juiz Manoel Mendes Carli (Revisor)

Nego provimento ao recurso.

De acordo com o relator.

<sup>3</sup> MASSON, Cléber. Direito penal esquematizado: parte geral. 3. ed. São Paulo: Método, 2010. v.1.

<sup>4</sup> BITENCOURT, César Roberto. Código penal comentado. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa (1º Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte (2º Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (3º Vogal)

Peço vênia para divergir do Relator, a fim de manter o posicionamento por mim adotado quando da análise da apelação criminal interposta pelo revisionando (n. 2002.004225-1- f. 749-753), visto que, naquela ocasião, analisei exaustivamente cada insurgência trazida pelo recorrente, vale dizer, cada fato criminoso pelo qual foi condenado, tendo, pois, concluído que ao seu recurso deveria ser dado integral provimento, diante da insuficiência de elementos probatórios a sustentar o édito condenatório.

Não obstante, fui vencido por meus pares, que improveram o apelo, razão pela qual restou ao condenado o manejo da presente revisão criminal, por meio da qual pretende a desconstituição do acórdão então proferido.

Desse modo, considerando a imutabilidade daquele cenário fático-probatório, mantenho o entendimento que havia exposto, a fim de que o denunciado seja absolvido de todas as imputações, com fulcro no artigo 386, inc. VII, do Código de Processo Penal, dando-se, por conseguinte, provimento à ação revisional.

**CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO DESEMBARGADOR ROMERO, APÓS O RELATOR, O REVISOR E OS DESEMBARGADORES FRANCISCO E CLAUDIONOR JULGAREM IMPROCEDENTE O PEDIDO REVISIONAL E O DESEMBARGADOR BRANDES PROCEDENTE. O DESEMBARGADOR CONTAR AGUARDA. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, A DESEMBARGADORA MARILZA.**

### **VOTO (EM 3.3.2011)**

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (5º Vogal)

Em que pesem os argumentos expostos, ousou divergir, em parte, do relator.

Embora se esteja a falar de um cidadão processado anteriormente pelos delitos de descaminho (beneficiado por *sursis* processual) e prevaricação (beneficiado pela transação penal), a totalidade de acusações não encontra arrimo nas provas arregimentadas. No que tange aos delitos de falsidade ideológica, peculato e estelionato, os elementos probatórios são demasiadamente frágeis e insuficientes a sustentar o decreto condenatório.

Para melhor esclarecer a questão, colaciono excerto do voto proferido pelo E. Des. João Carlos Brandes Garcia, por ocasião do julgamento do recurso de Apelação n. 2002.004225-1:

Seguindo a ordem estabelecida na denúncia, primeiramente quanto ao crime de falsidade ideológica, concluí que o agir do apelante não configurou essa prática delituosa.

Realmente, o apelante ao dar início ao procedimento policial, fez constar o nome do indiciado como Vanderlei da Silva Pereira, ou seja, o mesmo que constava da carteira de identidade e de motorista que ele portava e apresentara naquela oportunidade. Contudo,

surgiu uma versão nova, dada exclusivamente pelo próprio preso de que aqueles documentos eram falsos e que seu nome verdadeiro seria Alexandre dos Santos Araripe.

Mais tarde, por força de um *habeas corpus* impetrado, é que surgiu oficialmente essa nova identidade. Mas mesmo assim, não se tem notícias de que, naquela peça, se fez tal comprovação, com a juntada de documentos comprobatórios dessa alegação. Isso, porém, não importa, pois entendo que o acusado, na condição de presidente do inquérito, agiu corretamente.

Não se vislumbra dolo nessa conduta, até porque encontrou indicativo na norma do artigo 259 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 259. A impossibilidade de identificação do acusado com o seu verdadeiro nome ou outros qualificativos não retardará a ação penal, quando certa a identidade física, a qualquer tempo, no curso do processo, do julgamento ou da execução da sentença, se for descoberta a sua qualificação, far-se-á a retificação, por termo, nos autos, sem prejuízos da validade dos atos precedentes.

Na verdade, no momento do flagrante, o que mais importava era a identidade física do acusado (RT 708/327), tal como entendeu a autoridade policial, até porque não existia nenhum outro meio disponível para confronto daquela alegação.

Aliás, deixo registrado aqui que, isso vale para os demais crimes a seguir examinados, o que mais reforça a inexistência de dolo na conduta do acusado foi o fato de ele ter procurado o Promotor de Justiça em exercício na Comarca, de quem, depois de relatar o que estava ocorrendo, teria recebido orientação, conforme noticiado nos autos, o que, por razões não reveladas, acabou dando causa à suspeição que foi alegada às f. 382.

Em razão disso, por não vislumbrar crime naquela conduta, julgo improcedente a denúncia nesta parte, absolvendo o apelante dessa imputação, o que faço com fundamento no artigo 386, III, do CPP.

[...]

Por derradeiro, teria ainda o apelante, na seqüência, praticado mais dois crimes: peculato e estelionato.

Nesta parte, segundo a denúncia, ele teria se apoderado de 5.000 (cinco mil) tijolos, que compunham parte da carga do caminhão apreendido, juntamente com telhas e caixa d'água e, logo em seguida, os vendeu no comércio local, levando o comprador a pensar que eram 8.000 (oito mil) tijolos.

Na verdade a afirmativa do apelante, de que esses tijolos tinham sido doados pelo proprietário, como tal identificado na nota fiscal correspondente, à Delegacia de Polícia, para assim ajudar na continuidade de uma obra que se achava em execução, não foi desmentida.

Evidência disso é não só a referência feita pela advogada Erny Vieira Rocha (f. 488), confirmando a doação daquele material, como também o fato de não existir qualquer reivindicação ou reclamação do proprietário relativamente à carga transportada.

Releva anotar também que as declarações a respeito do destino do dinheiro, utilizado para pagamento de despesas da própria polícia, não foram desmentidas, e, pelas mesmas razões antes lançadas a propósito das dificuldades financeiras enfrentadas pela polícia estadual, é de serem aceitas.

Já quanto ao crime de estelionato, da mesma forma não há qualquer evidência de que o apelante tivesse, de alguma forma, induzido o lojista em erro, induzindo-o a comprar uma quantidade maior do que aquela que realmente estava sendo entregue.

Veja-se, ademais, que existe, além da nota pertinente à aquisição dos 5.000 tijolos, uma outra, de uma cerâmica, noticiando a aquisição de mais 3.500 (f. 152-153), sendo temerário ainda aceitar-se essa versão da quantidade diminuída, exatamente em virtude da inexistência de laudo e também porque não respaldada por qualquer outra prova a não ser a alegação do comerciante.

Por tais razões, insubsistente também a denúncia com relação a estes delitos, impondo-se a sua improcedência com fundamento no artigo 386, VI, do CPP.

Em resumo, pelas razões antes expostas, dou integral provimento ao recurso, para julgar improcedente a denúncia e absolver o apelante Alfredo Gomes.

Saliente-se que, em estrita obediência ao princípio do *in dubio pro reo*, a prova da prática delitiva deve ser robusta, indubitável. Do contrário, a absolvição é impositiva.

Aliás, no contexto dos autos e diante das frágeis provas apresentadas (para os crimes acima mencionados), fica evidente a desarrazoabilidade da condenação. No processo criminal, ainda que plausível, em tese, a versão dada pela acusação, deve prevalecer a presunção de inocência que milita em favor dos réus.

Em se tratando de prova deficiente, a jurisprudência assim se posiciona:

A prova deficiente, incompleta e contraditória, que pode gerar dúvidas, impõe a absolvição (RF 160/348) pois, traz para o acusado a presunção de sua inocência (RF 186/316). Assim, a condenação só é possível quando resultante de prova clara. (ACr n. 36582 – 38770 – STF)

Sem a certeza total da autoria e da culpabilidade, não pode o juiz criminal proferir uma condenação. (ACr n. 7822, Segunda Câmara, RJ, – Jur. Cr. Pág. 446)

Se das provas não emerge certeza sobre a acusação e as circunstâncias, mas dúvida intransponível pelos meios do processo, absolve-se o acusado. (RF 135/273)

Se a prova da acusação é deficiente e incompleta, impõe-se a absolvição do réu, em cujo favor milita a presunção de inocência. (RF 186/36)

Heleno Cláudio Fragoso, citado por Camargo Aranha, disserta que:

Nenhuma pena pode ser aplicada sem a mais completa certeza dos fatos. A pena, disciplinar ou criminal, atinge a dignidade, a honra e a estima da pessoa, ferindo-a gravemente no plano moral. (in **Da Prova no Processo Penal**, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 67).

No processo criminal, a busca maior é a efetividade da justiça. Sendo assim, para que haja uma condenação, o juízo pautado deve ser sempre o da certeza e nunca, tão somente, o da verossimilhança, sob pena de aplicarem-se penas injustas ou até mesmo condenarem-se inocentes.

Diante do exposto, excluídas as penas referentes aos delitos *susos* citados, fica o apelante condenado a **2 anos de reclusão e 8 meses de detenção**, a serem cumpridos em regime inicial **aberto**.

**Consigno, por oportuno, que a pena acessória de perda do cargo não se altera**, em razão de os crimes terem sido praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública, conforme já salientado pelo magistrado sentenciante (f. 615-7):

Ante o disposto no art. 92, inciso I, letra “a”, do Código penal, declaro a perda do cargo que o condenado exerce junto ao Estado de Mato Grosso do Sul – Delegado de Polícia –, tendo em vista que o delito foi cometido com violação de dever para com a Administração Pública, pois a função primordial do condenado era investigar crimes e não praticá-los, sendo certo que, sua condenação por crime desta natureza – contra a fê pública –, torna impossível a manutenção de sua condição de agente do Estado.

Assim, nos termos do art. 92, I, “a”, do CP<sup>5</sup>, mantenho, nesta parte, incólume o *decisum*.

Decisão em parte com o parecer.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (6º Vogal)

Indefiro o pedido revisional.

De acordo com o relator.

**CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO 2º VOGAL - DES. CLAUDIONOR - APÓS O RELATOR, O REVISOR E OS VOGAIS 1º E 6º INDEFERIREM O PEDIDO REVISIONAL, O 3º VOGAL DEFERIR E O 5º VOGAL DEFERIR PARCIALMENTE. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, A 4ª VOGAL.**

### **VOTO (EM 15.3.2011)**

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte (2º Vogal)

Pedi vista dos autos para melhor analisar as peculiaridades que revestem o caso em comento e, após ouvir atentamente os votos que me antecederam e principalmente os que me sucederam, tenho por bem retificar o posicionamento outrora adotado.

Após o cotejo do conjunto probatório com os crimes imputados ao requerente, constata-se que a sentença condenatória foi, em parte, contrária à evidência dos autos.

Isso porque não existem elementos seguros de que realmente houve a prática dos crimes de falsidade ideológica, peculato e estelionato, conforme destacado pelo 3º Vogal, Desembargador João Carlos Brandes Garcia, e ratificado pelo 5º Vogal, Des. Romero Osme Dias Lopes, cujas razões, para evitar tautologia, faço remissão.

Quanto às condenações pelos demais crimes, não há qualquer reparo a se fazer.

Em relação ao abuso de autoridade, o detento Alexandre dos Santos Araripe desmentiu a versão do requerente, de que ele permaneceu na delegacia de livre e espontânea vontade durante 7 (sete) dias, com o objetivo de ajudar nas investigações. Segue trecho do seu depoimento prestado em juízo (f. 409-10 dos autos originários):

[...] a autoridade policial dizia que o declarante não estava preso e estava ali apenas para investigações; que passaram dois ou três dias e o declarante percebeu que estava preso, pois não saía da cela [...] Que a autoridade policial e os policiais solicitaram ao declarante que colaborasse para esclarecer o crime envolvendo a carreta para verificar se tratava de roubo ou furto [...]

<sup>5</sup> Art. 92 - São também efeitos da condenação:

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: (Redação dada pela Lei n. 9.268, de 1º.4.1996)

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; (Incluído pela Lei n. 9.268, de 1º.4.1996)

No que diz respeito ao crime de prevaricação, a versão apresentada pelo requerente de que não sabia da existência de mandado de prisão em desfavor de Oscar Morel Quinhones, expedido pela 3ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande e de que não sabia da ligação dele e de Gustavo Quinhones com os crimes praticados por Alexander dos Santos Araripe, parece pouco verossímil, pois, segundo mencionado pelo próprio Alexander, quem havia lhe contratado para dirigir o caminhão fora justamente Gustavo Quinhones (f. 105-6 dos autos originários).

Da mesma forma, o crime de corrupção passiva restou configurado. A alegação de que as quantias recebidas do proprietário do caminhão, no importe de R\$ 1.250,00 (mil, duzentos e cinquenta reais) correspondiam a ressarcimento de despesas pagas pelo requerente no exercício de sua função é totalmente descabida.

Frise-se, que além de o crime não ser de competência do requerente, uma vez que se iniciou no Município de Bandeirante, *“o cidadão não é obrigado a pagar individualmente pelo serviço atinente à segurança, haja vista que já o faz através de pesada carga tributária”*. (f. 608 dos autos originários).

Assim, divergindo em parte do relator, acompanho o 5º Vogal, Des. Romero Osme Dias Lopes, a fim de julgar parcialmente procedente o pedido revisional, absolvendo o requerente dos crimes de falsidade ideológica, peculato e estelionato, mantendo o restante da sentença incólume.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA E COMO PARECER, INDEFERIRAM O PEDIDO REVISIONAL, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, A 4ª VOGAL.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Dorival Moreira dos Santos, Manoel Mendes Carli, Juiz Francisco Gerardo de Sousa, Desembargadores Claudionor Miguel Abss Duarte, João Carlos Brandes Garcia, Romero Osme Dias Lopes e Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 15 de março de 2011.

\*\*\*

**Primeira Turma Criminal**  
**Apelação Criminal n. 2011.001522-5 - Coxim**  
**Relator Des. Dorival Moreira dos Santos**

EMENTA—APELAÇÃO CRIMINAL—CRIME DE CORRUPÇÃO ATIVA—PRELIMINARES ARGUIDAS PELA DEFESA – ABUSIVIDADE DA DENÚNCIA – DENÚNCIA QUE CUMPRE OS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP – ILEGITIMIDADE DA PARTE – DEPOIMENTOS QUE APONTAM O ACUSADO COMO AUTOR DO FATO – FALTA DE INTIMAÇÃO DO ACUSADO PARA A AUDIÊNCIA DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHA POR CARTA PRECATÓRIA – NULIDADE RELATIVA – PRELIMINARES REJEITADAS – ABSOLVIÇÃO DIANTE DA NEGATIVA DE AUTORIA – IMPOSSIBILIDADE – CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO ACERCA DA AUTORIA DO DELITO – RECURSO NÃO PROVIDO.

Não há falar em preliminar de abusividade da denúncia, se nela estão presentes todos os requisitos necessários para a instauração da ação penal (art. 41 do CPP). Também não merece acolhida a preliminar de ilegitimidade da parte, pois a denúncia contra o acusado foi oferecida após declarações das testemunhas que apontavam o denunciado como o autor dos fatos narrados. A falta de intimação do denunciado para a audiência de oitiva das testemunhas por carta precatória constitui nulidade relativa, nos termos da Súmula n. 155 do STF, devendo ser demonstrado o efetivo prejuízo sofrido, o que não foi comprovado no caso dos autos. Além do mais, a Defensoria Pública estava presente no momento dos depoimentos. No mérito, diante dos depoimentos e das circunstâncias fáticas constantes dos autos, não há falar em absolvição, devendo ser mantida a condenação do réu.

## ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 23 de maio de 2011.

Des. Dorival Moreira dos Santos – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Zbigev Antônio Borchert interpõe apelação em face da sentença de f. 174-80 que o condenou à pena de 3 (três) anos de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa, no regime inicial aberto, substituída por duas restritivas de direitos, como incurso no artigo 333, *caput*, do Código Penal.

Às f. 208-27, preliminarmente, o apelante sustenta a abusividade da denúncia, alega que o *Parquet* teria agido ciente de que não houve cometimento de crime por parte do recorrente. Ainda em sede de preliminar, aduz que é parte ilegítima para figurar no polo passivo da ação penal, visto que não houve participação do acusado no crime descrito na denúncia e, ainda, que ocorreu cerceamento do seu direito de

defesa, pois não foi intimado da data de realização da audiência de oitiva das testemunhas de acusação. No mérito, pugna pela absolvição diante da negativa de autoria.

O Ministério Público contra-arrazoa pela manutenção integral da sentença (f. 238-50).

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça no mesmo sentido (f. 255-65).

## **VOTO (EM 18.4.2011)**

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Relator)

Zbigev Antônio Borchert interpõe apelação em face da sentença de f. 174-80 que o condenou à pena de 3 (três) anos de reclusão e 40 (quarenta) dias-multa, no regime inicial aberto, substituída por duas restritivas de direitos, como incurso no artigo 333, *caput*, do Código Penal.

Narra a denúncia (f. 2-4):

[...] no final do mês de dezembro de 2003, mais precisamente, próximo das festividades de fim de ano, o denunciado Zbigev Antônio Borchert, advogado devidamente inscrito na OAB sob n. 3936-A, valendo-se da sua profissão, ofereceu vantagem indevida à servidora do Cartório da 2ª Vara da Comarca de Coxim-MS, a Sra. Rosa Celina dos Santos Campos de Lima, ofertando-lhe ajuda financeira para que esta trabalhasse fora de seu horário de expediente, dando assim “um andamento preferencial” ao processo que era patrono [...] o denunciado teria telefonado para a casa da funcionária, ofertando-lhe dinheiro para que desse andamento em seu processo fora do horário expediente, dizendo-lhe que: daria um agrado, lhe dando um Natal gordo.

### **Preliminares arguidas pela defesa**

#### **1.1 Preliminar de abusividade da denúncia**

O apelante alega que o órgão ministerial teria agido com abuso ao oferecer a denúncia, pois tinha conhecimento de que o recorrente não havia praticado crime algum.

Não há falar em abusividade da denúncia, pois nela estão presentes todos os requisitos previstos no artigo 41 do Código de Processo Penal, quais sejam, as circunstâncias, a qualificação do acusado, a classificação do crime e o rol de testemunhas, sendo suficientemente apta a instaurar a ação penal.

Ademais, se o membro do Ministério Público não estivesse convencido de que haveria justa causa para a instauração da ação penal, teria requerido o arquivamento do inquérito policial e demais peças de informação, conforme preconiza o artigo 28 do Código de Processo Penal.

Rejeito, pois, a preliminar aventada.

#### **1.2 Preliminar de ilegitimidade da parte**

O apelante assevera que não é parte legítima para figurar no polo passivo do processo criminal, pois não teria conversado com a servidora nem lhe oferecido vantagem indevida.

É parte legítima passiva da ação penal a pessoa a quem se imputa a prática do comportamento ilícito-típico, sujeito à imposição de uma pena. No caso dos autos, a denúncia contra o acusado foi oferecida após declarações das testemunhas que apontavam o denunciado como o autor dos fatos narrados.

Guilherme de Souza Nucci<sup>1</sup> doutrina:

[...] no pólo ativo deve figurar o titular da ação penal: Ministério Público (ação penal pública) ou ofendido (ação penal privada), que pode ser representado ou sucedido por outra pessoa na forma da lei (art. 30 e 31, CPP). No pólo passivo, em face do princípio da intranscendência, deve estar a pessoa contra a qual pesa a imputação, vale dizer, não é parte legítima passiva aquele que não praticou a conduta típica, nem de qualquer forma auxiliou à sua realização.

Rejeito a preliminar arguida, contudo, quanto à alegação do acusado de não participação no crime descrito na denúncia, analiso-a, posteriormente, visto que a matéria atinente à autoria diz respeito ao mérito.

### 1.3. Preliminar de cerceamento de defesa

O acusado, por fim, alega que houve cerceamento de seu direito de defesa, uma vez que não foi intimado da audiência de oitiva das testemunhas de acusação. Mais uma vez, não lhe assiste razão.

Foram arroladas cinco testemunhas de acusação, duas delas prestaram depoimentos na Comarca de Coxim, sendo as declarações acompanhadas pelo acusado (termo de assentada à f. 104). As demais testemunhas foram ouvidas mediante carta precatória às f.117-20.

A Súmula 155 do Supremo Tribunal Federal prescreve: “*É relativa a nulidade do processo criminal por falta de intimação da expedição de precatória para inquirição de testemunha*”.

No direito processual penal brasileiro, vigora o princípio *pas de nullité sans grief*, que preceitua não ocorrer a nulidade do processo se não houver a efetiva demonstração do prejuízo para a parte que a alega, o que, no caso, não se logrou comprovar. Além do mais, consta do termo de assentada às f. 117, que, quando da oitiva de tais testemunhas, estava presente a Defensoria Pública, não há, portanto, falar em prejuízo para a defesa.

Nesse sentido:

*HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. FALTA DE INTIMAÇÃO DA DEFESA PARA A AUDIÊNCIA DE INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHA POR CARTA PRECATÓRIA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. RÉU REPRESENTADO POR DEFENSOR DATIVO EM UMA AUDIÊNCIA E QUE ESTEVE PRESENTE EM OUTRAS. DUAS. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ANÁLISE APROFUNDADA DE PROVAS. INVIABILIDADE. 1. Como o Recorrente e seu patrono foram devidamente intimados da expedição das cartas precatórias para oitiva das testemunhas de acusação, não há nulidade a ser declarada. 2. Ademais, é consolidado o entendimento da Suprema Corte no sentido de que a ausência de intimação da expedição de carta precatória constitui nulidade relativa, nos termos do verbete sumular n. 155, que depende, para ser declarada, de demonstração de efetivo prejuízo, o que não se vislumbrou na hipótese *sub examine*, até porque o patrono do Recorrente esteve presente em duas audiências e, em outra, foi-lhe nomeado defensor dativo. Precedentes. 3. Para se constatar o efetivo comprometimento à Defesa do acusado como pretendido nas razões do recurso seria necessária a realização de um aprofundado exame da matéria probatória, inviável em sede de *habeas corpus*. Precedente. 4. Ordem denegada. (STJ, HC n. 25.634/SP, Quinta Turma, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Laurita Vaz, julgado em 19.8.2009, DJ de 14.9.2009). (g.n)*

<sup>1</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. São Paulo: RT, 2010. p. 192.

## 2. Mérito

O apelante pugna pela absolvição diante da negativa de autoria. Sustenta que o caso foi arquitetado pelo juiz e funcionários do fórum para incriminá-lo.

O recurso não merece provimento. A materialidade e autoria do delito estão comprovadas pelos depoimentos prestados pela servidora que recebeu a proposta de vantagem indevida e pelas demais testemunhas.

O artigo 333 do Código Penal prescreve que incorre no tipo penal aquele que oferece ou promete vantagem indevida a funcionário público, a fim de que pratique, omita ou retarde ato de ofício.

Sobre o crime de corrupção ativa, Rogério Greco<sup>2</sup> – <<http://www.tjms.jus.br/cjosg/pcloDecisao.jsp?OrdemCodigo=5&tpclasse=J>> – disserta:

[...] As condutas de oferecer e prometer devem ser dirigidas a um funcionário público e dizer respeito a uma vantagem a ele indevida [...] a vantagem indevida pode ter qualquer natureza, isto é, econômica, moral, sexual etc., pois o tipo penal está inserido em capítulo, bem como em título que nos permite essa ilação [...] a finalidade do corruptor é fazer, com o oferecimento ou promessa da vantagem indevida, com que o funcionário público pratique, omita ou retarde ato de ofício. Assim, é de fundamental importância que se trate de ato de ofício, ou seja, aquele atribuído às funções exercidas pelo funcionário perante a Administração Pública, não havendo, até mesmo, necessidade de que o mencionado ato seja ilícito [...]

Diante das declarações e circunstâncias constantes dos autos, constata-se que o apelante cometeu o crime em comento. Vejamos:

A servidora pública Rosa Celina dos Santos Ocampos de Lima declara às f. 7:

[...] recorda-se que em dezembro do ano passado, acredita que na semana que antecedia o Natal, era período de festas e férias forenses, em que trabalham apenas em casos de urgência [...] Que foi protocolado em seu cartório, através do advogado Zbigev Antônio Borchet, uma ação de execução de título extra-judicial, o qual não é contemplado pelo regime de urgência, no que lhe informou [...] Que neste mesmo dia em que protocolou o procedimento, **este advogado – Dr. Zgbev telefonou à casa da declarante e com muita insistência, queria que a declarante trabalhasse em seu procedimento fora do horário normal de trabalho, lhe ofereceu dinheiro, dizendo que daria um agrado, lhe dando um Natal gordo.** Que a declarante informa que não aceitou e até o destratou pois não aceita este tipo de proposta [...] **Que este advogado esteve com o Dr. David a se explicar sobre o ocorrido com a declarante, dizendo que apenas queria pagar uma ‘hora-extra’.** [...] Que este fato foi presenciado pela funcionária Michele e o estagiário Devanir. (g.n)

A testemunha Michele Oliveira Alcântara informa o estado em que a funcionária Rosa ficou após a ligação do acusado:

[...] Que Rosa estava chateada, porque foi procurada fora do horário de trabalho, em sua casa e pela proposta do Dr. Zgibeve, parecia que ‘ganhasse tão pouco, fosse desonesta e estivesse passando fome’ [...]. E relata ainda: “Que no dia 17.2.2004, estava no cartório, quando esteve o Dr. Zgibeve, o qual passou a destratar a declarante em razão do mesmo processo [...] chegando a insinuar que todos ali estivessem advogando para a parte contrária; **Que devido a esta alteração o Dr. David, chamou a todos no gabinete, onde**

2 GRECO, Rogério. *Código penal comentado*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010. p. 883.

**o advogado confirmou que havia oferecido vantagem para Rosa, por telefone [...].**  
(Depoimento policial à f. 6 – g.n)

O Juiz de Direito David de Oliveira de Gomes Filho, à f. 27, relata que a funcionária Rosa comunicou-lhe o fato, tendo perguntado ao depoente como deveria proceder. O depoente então a orientou para que não aceitasse o dinheiro e que lhe avisasse se ocorresse novo pedido. Quando do retorno do advogado ao fórum e da comoção gerada por ele, chamou todos os envolvidos ao seu gabinete. Neste instante, corroborando com as declarações supracitadas, o depoente declara que o apelante teria confessado o crime: *“Que questionou o advogado sobre a oferta feita às funcionárias e este confirmou que havia oferecido ‘hora-extra’ porque sabia que as servidoras tinham muito serviço para fazer, de forma que seu processo fosse agilizado fora do expediente normal”*. (g.n)

No mesmo sentido é o depoimento do então estagiário Devanir Garcia perante a 2ª Promotoria de Justiça da Comarca de Coxim (f. 4-5).

Insta salientar que todos os depoimentos foram ratificados integralmente em juízo (f. 108, 118, 119 e 120).

O apelante, por sua vez, em todas as oportunidades em que foi ouvido, negou a autoria do delito (f. 36-7; 97-8). Sustenta que seu cliente, Astor Raiter, teria ligado para a servidora, porém não teria lhe prometido vantagem indevida. Alega ainda que a esposa de seu cliente tinha o telefone da servidora, uma vez que conhecia a escritã desde criança. Astor Raiter e sua esposa, Ivone Andrade Correa, corroboram com as declarações do acusado (f. 105-6).

Rosa, em depoimento à f. 108, contudo, afirma: *“Que não tem amizade com a pessoa de Ivone Andrade Correa”*.

Sobre a tese defensiva do apelante, como bem ponderou o *Parquet* (f. 247):

Conquanto o acusado negue que não foi quem conversou com a funcionária pelo telefone, e sim, seu cliente, informando ainda que a esposa do cliente era conhecida de infância da servidora Rosa, suas alegações caem por terra. A um, pois tanto a servidora do cartório, quanto as demais testemunhas de acusação, entre elas o próprio Juiz de Direito, afirmou ter presenciado o denunciado admitir a prática delitativa. A dois, a funcionária informou que sequer conhecia a esposa do cliente. A três, se a esposa do cliente do denunciado era tão conhecida da servidora porque não foi ela própria que ligou, preferindo, segundo ela, passar o telefone para o advogado e depois para o esposo? Certamente porque tal circunstância não auxiliaria a tese da defesa, já que é impossível confundir as vozes de um homem e uma mulher.

A negativa de autoria do apelante resta isolada nos autos diante das declarações contundentes da servidora Rosa e demais testemunhas.

Ademais, assinale-se que o delito de corrupção ativa é de mera conduta, consumando-se com a simples oferta da vantagem indevida.

Nesse sentido:

[...] por se tratar de crime formal no que tange ao resultado naturalístico, a consumação do delito de corrupção ativa, tipificado no artigo 333 do Código Penal, prescinde da efetiva aceitação da vantagem indevida pelo funcionário público. (TRF Quarta Região, ACr n. 2008.70.00.007564-5, PR, Oitava Turma, Rel. Des. Fed. Victor Luiz dos Santos Laus, Julgado em 1.9.2010, DEJF 15.9.2010, p. 470).

Portanto, havendo provas suficientes da ocorrência do delito de corrupção ativa, deve ser mantida a condenação do réu.

Por todo o exposto e com o parecer, rejeito as preliminares e nego provimento ao recurso.

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa (Revisor)

De acordo com o relator.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO VOGAL (DES. BRANDES), APÓS REJEITAREM POR UNANIMIDADE AS PRELIMINARES ARGUIDAS E O RELATOR E O REVISOR NEGAREM PROVIMENTO AO RECURSO.

### VOTO (EM 23.5.2011)

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (Vogal)

Peço vênia ao ilustre Relator, para divergir de seu entendimento.

Trata-se de apelação criminal interposta por Zbigev Antônio Borchert, contra a sentença que o condenou à pena de 3 anos de reclusão, mais 40 dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo, a ser cumprida em regime inicialmente aberto, pelo crime de corrupção ativa, previsto no art. 333, *caput*, do Código Penal, sendo a pena substituída por duas restritivas de direito.

O apelante pleiteia que seja reformada a sentença condenatória, a fim de que seja absolvido, sob alegação de que não há provas suficientes para embasar o édito condenatório.

Razão lhe assiste.

Compulsando os autos, verifica-se que o conjunto probatório existente é precário no sentido de comprovar a autoria por parte do acusado, sendo insuficiente para ensejar um seguro decreto condenatório.

O apelante, tanto na delegacia quanto em juízo, nega os fatos. Vejamos:

[...] **que não ofereceu vantagem indevida alguma para a funcionária Rosa Celina dos Santos Campo**; Que, esteve no fórum em 19 de dezembro, juntamente com seu cliente Astor Raiter, para distribuir uma ação de execução; Que esteve conversando com o Juiz Dr. David Oliveira Gomes Filho no gabinete dele em fevereiro de 2004, **mas que não confirmou vantagem alguma a cartorária**[...]Que esteve no cartório 19.12.2003 e distribuiu uma ação e foi informado que o Juiz só estava despachando casos de urgência e que o caso do interrogado não era de urgência, mas com muita insistência a cartorária ligou para o Juiz e o Juiz pediu para falar com o interrogando; Que, explicou os fatos ao Juiz e ele disse que chegaria no outro dia e veria o que poderia fazer; Que, o interrogando voltou a procurar a cartorária e disse que iria voltar amanhã, pois o Juiz iria analisar o caso dele, foi quando a cartorária disse ao interrogando que se ele tivesse sorte ela só iria expedir o mandado em fevereiro de 2004; **Que, a mulher do Sr. Astor Raiter “cliente do interrogando”, Sra. Ivone de Andrade disse que conhecia a cartorária Rose Celina desde pequena e que iria falar com ela para ver o que ela poderia fazer para o esposo; Que, conversou com ela pelo telefone e logo passou o telefone para Astor; Que, talvez Rosa pensou que foi o interrogando, mas que o interrogando estava junto e presenciou o que Astor de forma não ofereceu dinheiro**[...]. (f. 36-7. – destaquei.)

[...] **que não são verdadeiros os fatos narrados na denúncia.** O interrogando distribuiu uma execução e pediu para que o Juiz da 2ª Vara despachasse, mas foi informado pela escrivã Rosa que o Dr. Davi estava em Pedro Gomes/MS. Que entrou em contato com o Dr. David e este informou que no dia seguinte atenderia o interrogando; Que o interrogando retornou para o escritório e informou a escrevente Michele que o Dr. David estaria em Coxim no dia seguinte e o interrogando pediu para que o processo fosse encaminhado. Que a escrivã estava no fundo do cartório e avisou que mesmo que o Dr. Davi despachasse, se o interrogando tiver sorte, a Carta Precatória seria expedida entre 15 e 20 de fevereiro; Que o interrogando disse que para que esperasse o Juiz despachar e depois resolvesse sobre a expedição da carta Precatória; Que o interrogando foi para o hotel e seu cliente lhe convidou para comer um peixe a tarde; **Que o cliente do interrogando informou que conhecia a escrivã e que ligaria para a Rosa para pedir um favor para que expedisse a Carta Precatória após o despacho do Juiz; Que o interrogando ainda pediu para que seu cliente não ligasse e que já havia conversado com o Juiz; Que não foi atendido, seu cliente informou que sua esposa conhecia a escrivã desde criança. Que presenciou quando seu cliente ligou pedindo que a escrivã expedisse a Carta Precatória e percebeu que a escrivã não poderia fazer porque estava de férias;** Que retornou ao cartório por volta das 09:00 horas e foi atendido pela escrevente Michele que lhe informou que a petição estava na mão do Juiz e que assim que tivesse o despacho seria expedida a CP e o interrogando viajaria naquele mesmo dia; **Que saiu, e por volta das 17:00 horas retornou ao cartório e a CP já havia sido assinada pelo Juiz e o interrogando havia recebido e seguiu viagem para Araçatuba/SP onde foi distribuída[...]**Que o interrogando não ligou para a casa da escrivã e presenciou a ligação de seu cliente e não houve oferta de dinheiro [...]Que, no mês de fevereiro veio até o Fórum para ver se o Juiz já havia despachado; Que pediu para Michele para lhe fazer carga do processo para tirar cópias, mas Rosa, que estava no fundo do Cartório, disse só poderia com ordem do Juiz; Que em seguida um advogado de Coxim que estava no balcão saiu com um processo para tirar cópia e o interrogando afirmou que era tratamento diferenciado para os advogados da Comarca; Que em seguida a escrivã foi para o Gabinete do Juiz acompanhada da Michele; Que após 10 minutos uma outra funcionária chamou o interrogando no cartório afirmando que o Juiz queria conversar, que ao chegar no gabinete do Juiz Dr. David levantou a voz acusando o interrogando de ter destrutado suas funcionárias; **Que o interrogando não afirmou que havia oferecido dinheiro para que Rosa trabalhasse fora do horário de expediente; Que no gabinete de Juiz não foi mencionado o assunto sobre a ligação para a casa de Rosa [...].** (f. 97-8. – grifo nosso.)

Em juízo (f. 105), a testemunha Ivone Andrade Correa informou:

[...] que a depoente é esposa da testemunha Astor Raiter. Que o esposo da depoente pediu para que ligasse para a funcionária Rosa. Que a depoente efetuou a ligação, mas o advogado ora acusado não quis falar com a funcionária. Que Astor conversou com a funcionária. Que Astor não ofereceu qualquer vantagem para a funcionária[...]Que a depoente não passou o telefone para o advogado conversar com a funcionária. (Grifo nosso.)

Nesse sentido, foi o depoimento de Astor Raiter, *in verbis*:

[...] que o depoente era o autor da execução que tramitava em Coxim. Que o depoente estava com sua esposa e o advogado no carro e o depoente queria ligar para escrivã. Que o advogado não queria que fosse efetuada a ligação, mas que o depoente pediu para que sua esposa já que tinha o número do telefone. Que a esposa do depoente fez a ligação e passou o telefone para o advogado, mas o advogado não falou com a funcionária e passou o telefone para o ora depoente. Que o depoente pediu para que seu processo fosse despachado no dia seguinte e a escrivã informou que estava de férias e que não poderia

fazer nada. Que o advogado não conversou com a funcionária do Fórum[...]Que o depoente não ofereceu qualquer vantagem[...]. (f. 106. – grifo nosso.)

A vítima Rosa Celina dos Santos Ocampos, na fase extrajudicial (f. 11), disse:

Que não se recorda a data, mas recorda-se que em dezembro do ano passado, acredita que na semana que antecedia o Natal, era período de festas e férias forenses, em que trabalham apenas em casos de urgência, tais como réu preso, liminares, tutela de menores; Que foi protocolado em seu cartório, através do advogado Zgibev Antônio Borcheti, uma ação de execução de título extra-judicial, o qual não é contemplado pelo regime de urgência, no que lhe informou [...] **Que no mesmo dia em que protocolou o procedimento, este advogado – Dr. Zgibev telefonou à casa da declarante e com muita insistência, queria que a declarante trabalhasse em seu procedimento fora do horário normal de trabalho lhe ofereceu dinheiro, dizendo que ‘daria um agrado, lhe dando um Natal gordo’; Que a declarante informa que não aceitou e até o ‘destratou’ pois não aceita este tipo de proposta[...]Que em fevereiro deste ano, este mesmo advogado esteve em cartório, procurando pelo seu procedimento e achando que tivesse demorado, acabou “destrando” outra funcionária;** Que este advogado esteve com o Dr. David e se explicou sobre o ocorrido com a declarante, dizendo que apenas queria pagar um “hora-extra”, pois sabia que não havia tempo, pela falta de funcionários no cartório e muito serviço[...]. (Grifo nosso.)

A testemunha Michele Oliveira Alcântara informou que:

Que trabalha na 2ª Vara da Comarca Local, na companhia da funcionária Rosa; Que soube através desta funcionária que demonstrava irritação, porque o advogado de nome Zgibev havia telefonado para sua casa e oferecido vantagem econômica para que ela desse um andamento mais célere em um processo de execução; Que Rosa se mostrava chocada e humilhada, pois o advogado havia dito que lhe daria ‘um Natal gordo’ [...]. (f. 10 – grifo nosso)

Na fase extrajudicial, David de Oliveira de Gomes Filho disse:

Que, exerce sua função na 2ª Vara de Coxim, onde também está anexa a vara de família; Que não se recorda muito bem o dia, mas era no mês de dezembro de 2003 ou de janeiro de 2004, a servidora Rosa, procurou pelo depoente informando que o advogado Zbigev havia procurado em sua casa, após o expediente, salvo engano, por telefone, oferecendo dinheiro para que um processo de qual era patrono, fosse cumprido com maior rapidez. Que teria dito que pagaria “hora-extra” para a funcionária, com a observação de que ela teria um ‘Natal gordo’. Que a funcionária Geni Marchet, também teria recebido uma proposta parecida, quando este advogado veio distribuir a petição[...]Que depois de um mês, este advogado voltou ao fórum local, e muito contrariado, porque não havia conseguido levantar certos valores, não se recordando ao certo, e começou a destratar as funcionárias Rose e Michele; Que o “stresse” foi tamanho que todos vieram parar no gabinete do depoente; Que questionou o advogado sobre a oferta feita as funcionárias e este confirmou que havia oferecido “hora-extra” porque sabia que as servidoras tinham muito serviço para fazer, de forma que seu processo fosse agilizado fora do horário de expediente normal [...]. (f. 27.)

Importa ressaltar, aqui, que os depoimentos da defesa vão de encontro com os da acusação, de modo que não se mostra clara e suficiente a comprovação do delito em tela.

Dessa forma, denota-se que não há provas contundentes para embasar um decreto condenatório em desfavor do apelante, em face da dúvida acerca de sua participação na prática delitiva, impondo-se, portanto, a aplicação do princípio do *in dubio pro reo*.

Nesse sentido está a jurisprudência desta Corte:

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA – SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSO DEFENSIVO – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – POSSIBILIDADE – CONJUNTO PROBATÓRIO FRÁGIL – PALAVRA DA VÍTIMA NÃO REPETIDA EM JUÍZO – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO* – ABSOLVIÇÃO DECRETADA NOS TERMOS DO ART. 386, VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – RECURSO PROVIDO.

**Se as provas produzidas nos autos forem demasiadamente frágeis para sustentar o decreto condenatório, impõe-se a absolvição do acusado, nos termos do art. 386, VII, do CPP, em face do princípio do *in dubio pro reo* (TJMS, ACr n. 2009.004066-1, Bandeirantes, Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes).**

Ademais, como bem realçou o Ministro Celso de Mello (HC 96.129/SP), “*nenhuma acusação penal se presume provada [...] não compete ao réu demonstrar sua inocência [...] cabe, ao contrário, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado*”.

Portanto, na falta de provas seguras e concretas para a condenação do acusado, deve ser aplicado o princípio do *in dubio pro reo*.

Por tais considerações, contrariando o parecer e divergindo do ilustre relator, dou provimento ao recurso para, nos termos do art. 386, VII, do Código de Processo Penal, decretar a absolvição do apelante Zbigev Antônio Borchert da prática do delito previsto no artigo art. 333, *caput*, do CP.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA E COM O PARECER, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, VENCIDO O VOGAL.

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. Desembargador Dorival Moreira dos Santos, Juiz Francisco Gerardo de Sousa e Desembargador João Carlos Brandes Garcia.

Campo Grande, 23 de maio de 2011.

\*\*\*

**Primeira Turma Criminal**  
**Apelação Criminal n. 2011.006916-3 - Ponta Porã**  
**Relator Des. Dorival Moreira dos Santos**

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO CULPOSO – TRÂNSITO – QUEDA DE CARROCERIA DE CAMINHONETE – VÍTIMA EM PÉ DURANTE MANOBRA – NÃO COMPROVADA CULPA DO APELANTE – APELO PROVIDO.

O fato de o apelante ter cometido uma infração administrativa, ao conduzir irregularmente amigos na carroceria de camionete, não basta para imputar-lhe culpa pela morte do caronista, que estava em pé e caiu quando o condutor desviava de buraco que estava com uma pedra na pista. Não demonstrada culpa. Forçosa a absolvição.

### **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, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 30 de maio de 2011.

Des. Dorival Moreira dos Santos – Relator

### **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Trata-se de apelação criminal interposta por Odil Jeovane Vargas Batista contra sentença que o condenou à pena de 2 anos de detenção (substituída por restritiva de direitos) e proibição de dirigir por igual período, diante da prática de conduta descrita no art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro.

Sustenta que não há provas de que incorreu em uma das modalidades de culpa previstas, tendo o acidente ocorrido por motivos alheios à sua vontade.

Requer a absolvição. Caso não provido, pugna pelo afastamento da suspensão de dirigir por igual período da pena, uma vez que é motorista profissional e a medida vai lhe trazer prejuízos financeiros. O apelante sustenta, ainda, que deve ser alterada a substituição da pena, para que seja adequada à sua rotina de trabalho e condição financeira. (f. 176-207)

O órgão ministerial manifesta-se pelo não provimento do apelo. (f. 249-53)

No mesmo sentido é o parecer da Procuradoria de Justiça. (f. 259-63)

### **VOTO**

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Relator)

O apelante foi condenado à pena de dois anos de detenção, substituída por prestação de serviços à comunidade na proporção de 1 hora por dia, e, ainda, suspensão de dirigir por igual período da pena privativa de liberdade, pela prática de homicídio culposo, nos termos do Código de Trânsito Brasileiro.

Consta dos autos que, na data de 15 de setembro de 2002, conduzia uma caminhonete em Ponta Porã levando dois amigos na carroceria. Durante uma manobra, um deles acabou caindo do veículo, vindo a falecer. Na denúncia, constou que dirigia embriagado e de forma imprudente.

Foi absolvido da imputação de embriaguez, por não terem sido colhidas provas firmes de tal conduta.

Quanto ao pedido de absolvição do apelante, porque não incorreu em nenhuma modalidade de culpa, uma vez que o acidente ocorreu por motivos alheios à sua vontade, deve ser provido.

Extrai-se dos autos que o apelante conduzia uma caminhonete S10 pelas ruas de Ponta Porã levando na cabine a vítima, Paulo Thiago Machado Larrea, e o amigo Elmo Henrique Soares. Em determinado momento, resolveram dar carona a duas mulheres, tendo, então, os dois rapazes sentados na carroceria do veículo e as passageiras ficaram na cabine com o motorista.

No percurso, durante uma manobra do condutor, a vítima caiu da carroceria e sofreu traumatismo craniano, causando sua morte dias após. O Corpo de Bombeiros socorreu a vítima ferida, mas não houve perícia no local do acidente.

O apelante sustenta que não agiu com dolo ou culpa, uma vez que o acidente que causou a morte do amigo ocorreu por motivos alheios à sua vontade.

Um dos fundamentos para condenar o apelante foi o fato de levar os amigos na carroceria da caminhonete, contrariando a vedação do Código de Trânsito, assumindo assim o risco do resultado.

O fato de ter cometido uma infração administrativa não basta para imputar-lhe a morte ocorrida.

Tanto o apelante quanto o amigo que não se feriu relatam que o veículo era conduzido normalmente e os dois que permaneciam na carroceria estavam sentados, tendo a vítima se levantado exatamente no momento em que o condutor fazia uma manobra brusca para desviar de um buraco.

Colaciono os depoimentos neste sentido.

Passando a exposição ali, tem um bar, e tinha uma pedra dentro de um buraco, assim, não sei se era uma pedra ou um pedaço de meio-fio[...] No que eu olhei pra frente tinha uma pedra, eu puxei a caminhonete para a direita. Eu puxei a caminhonete e trouxe de volta. E continuei andando devagarzinho. Aí, veio meu amigo, esse Welmer, na janela e falou: “Oh, Jeovani, para aí que o Tiago caiu”. Eu falei: “O quê? Caiu?”. Eu nem acreditei porque eu tava andando devagar. Aí, eu parei e vi ele caído no chão. **(Apelante, f. 123)**

Me recordo que foi um domingo à noite, o primo dele era o condutor, segundo informaram, que o primo dele era o condutor e que o mesmo se encontrava na lateral da camionete, sentado, e o primo dele foi desviar de uma pedras parece que um pedaço de meio-fio, parece, essa pedra. E, com esse movimento que ele fez, aqui, devido ao fato de ele estar sentado em um local impróprio né, ali na lateral, ele veio a cair de costas e bater isso aqui[...]

Juiz: O senhor disse que o motivo da guinada foi porque ele teria desviado de algum obstáculo, de um fio. O senhor não ouviu dizer que ele estaria fazendo alguma manobra perigosa naquela noite?

Deponente: Não senhora [...] tá até escrito no BO que foi uma pedra que estava, e o primo dele foi desviar dessa pedra. **(Marcelino Ernesto Piffer, bombeiro, f. 137)**

J: Foi a própria vítima que quis subir?

D: Sim, eu e ele, nós estávamos dentro da cabine, demos lugar pras meninas entrarem e passamos pra garupa.

J: O senhor também estava atrás?

D: Sim, no momento da queda dele eu estava atrás também.

J: Ele levantou então, na hora?

D: Ele levantou né, ele desviou, o Odil desviou, aí então ele se levantou naquele momento, e na hora que voltou de novo a caminhonete, ele ficou, não deu tempo de se afirmar em alguma coisa e caiu. [...]

MP: O senhor estava sentado no chão da carroceria e com isso ele a cinquenta por hora ele caiu?

D: Sim, como to dizendo, ele desviou de um bloco de concreto, de um pedaço de uns 40 ou 50 centímetros de bloco, com velocidade mínima mesmo, só que na hora de voltar, na hora que ele desviou, ele tava, ele levantou da carroceria e no voltar ele não teve.

J: ele levantou por quê?

D: Não sei porque[...]Ah, ele ia conversar com alguém na escotilha da caminhonete, na parte de trás da caminhonete tinha uma escotilha. **(Elmo Henrique Miranda, f. 153-4)**

Assim, percebe-se que, embora tenha havido uma infração administrativa ao Código de Trânsito, qual seja a condução de pessoas irregularmente na carroceria do veículo, não ficou demonstrada culpa do apelante, tendo ocorrido, na verdade, uma associação de fatos imprevisíveis – a necessidade de desviar de um buraco e a vítima se levantar na carroceria – que criou as condições para o acidente. Tanto é que a outra pessoa que estava de carona na carroceria e sentada no assoalho nada sofreu.

Não havendo provas de culpa do apelante para a ocorrência do resultado, deve ser absolvido, como já decidiu anteriormente esta Corte em situações semelhantes. Vejamos:

APELAÇÃO CRIMINAL – PENAL – HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR – PRETENDIDA CONDENAÇÃO – CARONISTA QUE SE DESEQUILIBRA AO DESCER – CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA – NÃO PROVIMENTO. Mesmo irregular a carona no compartimento traseiro de camionete, quando o motorista não deu causa à queda do viajante, que se desequilibrou ao descer do veículo em movimento, não há pretender a condenação, nas condições em que o acusado – para fins de determinação da conduta – em nada contribuiu para o evento tido como criminoso. Apelação criminal do *Parquet* a que se nega provimento, uma vez caracterizada a culpa exclusiva da vítima. (TJMS, ACr n. 2008.035810-1, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Carlos Eduardo Contar, julgado em 1º.6.2009).

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO CULPOSO – ACIDENTE DE TRÂNSITO – SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSO DEFENSIVO – ALMEJADA ABSOLVIÇÃO – ALEGADA INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – CONJUNTO PROBATÓRIO INSUFICIENTE – AUSÊNCIA DE PROVAS SEGURAS A RESPEITO

DA CULPA DO CONDUTOR – PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO* – ABSOLVIÇÃO DECRETADA – RECURSO PROVIDO. A ausência de elementos probatórios que apontem, de forma indene de dúvidas, a responsabilidade do apelante pelo evento automobilístico que ceifou a vida da vítima constitui circunstância impeditiva à prolação de um decreto condenatório em seu desfavor, sob pena de se esvaziar o princípio constitucional do *in dubio pro reo*. (TJMS, ACr n. 2010.038365-1, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes, julgado em 28.2.2011).

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE TRÂNSITO – SENTENÇA CONDENATÓRIA – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – AUSÊNCIA DE PROVAS DA CULPA DO CONDUTOR – IMPRUDÊNCIA NÃO COMPROVADA – DÚVIDA QUANTO À CULPABILIDADE – RECURSO PROVIDO. Não existindo provas de ter o réu agido com culpa, deve ser reformada a sentença, para absolvê-lo. Ademais, inexistindo provas de que o motorista agiu com imperícia ou imprudência, melhor concluir a seu favor, haja vista que em nenhum momento deixou de prestar socorro às vítimas, ou tentou se evadir do local. (TJMS, ACr n. 2008.029464-9, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, julgado em 20.10.2008).

Assim, ante a inexistência de provas seguras de que houve culpa do apelante para a morte da vítima em decorrência de acidente de trânsito, forçoso absolvê-lo da conduta imputada.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargador Dorival Moreira dos Santos, Juiz Francisco Gerardo de Sousa e Desembargador João Carlos Brandes Garcia.

Campo Grande, 30 de maio de 2011.

\*\*\*

**Primeira Turma Criminal**  
***Habeas Corpus* n. 2011.002694-3 - Jardim**  
**Relator Juiz Francisco Gerardo de Sousa**

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA – PRETENSÃO DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – NÃO ACOLHIMENTO – INDÍCIOS DE AUTORIA E PROVA DA MATERIALIDADE DO DELITO – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – GRAVIDADE CONCRETA DOS FATOS – VÍTIMA IDOSA QUE PERMANECEU EM CATIVEIRO – CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL – GRAVE AMEAÇA À VÍTIMA – ALEGAÇÃO DE INOCÊNCIA – NÃO VIÁVEL A ANÁLISE EM SEDE DE *HABEAS CORPUS* – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – IRRELEVÂNCIA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE – ORDEM DENEGADA.

I - Deve ser registrado, que somente será cerceada a liberdade de locomoção de uma pessoa, sem que ofenda a Constituição Federal, quando estiverem presentes os pressupostos (materialidade comprovada e fortes indícios de autoria) da prisão preventiva, previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, combinado com ao menos um de seus fundamentos (garantia da ordem pública, ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal). *In casu*, além dos indícios de autoria e da prova da materialidade que estão presentes, a prisão processual deverá ser mantida, a fim de se garantir a ordem pública e a conveniência da instrução criminal.

II - Quanto à alegação de que o paciente não é o autor do delito, sendo, portanto, inocente, cabe pontuar que não há falar em análise de mérito do *habeas corpus*, já que se trata de remédio constitucional de rito sumaríssimo, não cabendo, então, dilação probatória, exigindo-se, pois, direito líquido e certo.

III - Em relação à residência fixa, emprego lícito e família constituída, tais condições, por si só, não têm o condão de revogar a segregação cautelar, se a necessidade da prisão é recomendada por outros elementos dos autos.

## 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, denegar a ordem.

Campo Grande, 4 de abril de 2011.

Juiz Francisco Gerardo de Sousa – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa

Iber da Silva Xavier impetra ordem de *HABEAS CORPUS*, com pedido de liminar, em favor de Paulo Roberto Colman da Silva, em razão da prisão preventiva decretada no dia 20.12.2010, por suposta

violação aos artigos 159 e 288, ambos do Código Penal, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1.<sup>a</sup> Vara da Comarca de Jardim-MS.

Argumenta, em síntese, que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, por não estarem presentes os requisitos autorizadores da custódia preventiva, bem como, pelo fato de o paciente ser primário, possuir bons antecedentes, exercer atividade lícita e ter família constituída, possuindo direito subjetivo de ser posto em liberdade.

Aduz, ainda, que a segregação cautelar é medida excepcional, para que não haja um cumprimento antecipado da pena e que, desta forma, estariam contrariando diversos princípios constitucionais mantendo-se o paciente preso até a presente data.

Requer, outrossim, a concessão da liminar para que o paciente seja posto em liberdade, expedindo-se alvará de soltura.

O pedido de liminar foi indeferido (f. 134).

Informações da autoridade coatora (f. 138-40).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (f. 144-7), opina pela denegação da ordem.

## VOTO

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa (Relator)

Iber da Silva Xavier impetra ordem de *HABEAS CORPUS*, com pedido de liminar, em favor de Paulo Roberto Colman da Silva, em razão da prisão preventiva decretada no dia 20.12.2010, por suposta violação aos artigos 159 e 288, ambos do Código Penal, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1.<sup>a</sup> Vara da Comarca de Jardim-MS.

Argumenta, em síntese, que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, por não estarem presentes os requisitos autorizadores da custódia preventiva, bem como, pelo fato de o paciente ser primário, possuir bons antecedentes, exercer atividade lícita e ter família constituída, possuindo direito subjetivo de ser posto em liberdade.

Aduz, ainda, que a segregação cautelar é medida excepcional, para que não haja cumprimento antecipado da pena e que, desta forma, estariam contrariando diversos princípios constitucionais mantendo-se o paciente preso até a presente data.

Passo a apreciar a ordem.

Analisando o presente feito, tenho que os argumentos utilizados pela defesa não prosperam, haja vista a presença dos motivos autorizadores da medida cautelar, juntamente com a decisão que indeferiu motivadamente o pedido de liberdade provisória.

Veja-se trecho da decisão que indeferiu o pleito liberatório:

[...] Compulsando-se os autos verifico que a prisão do requerente deu-se, única e exclusivamente, para fins de conveniência da instrução para evitar que ocorresse qualquer interferência na colheita da prova oral.

Ademais, o feito sequer foi instruído, fato que justifica a manutenção da decisão que decretou a preventiva do acusado.

De outra banda, verifico que a prisão preventiva decretada também foi para garantia da ordem pública, já que a comunidade de Jardim restou abalada pelo crime imputado ao acusado, sendo que a urbe de Jardim não é acostumado com crimes desse jaez, sendo que a liberdade do acusado, por ora, gerará insegurança na comunidade e descrença no Poder Judiciário, o que abalaria a ordem pública.

Portanto, ainda persistem os motivos da decretação da prisão preventiva do acusado.

Diante disso, indefiro o pedido de Liberdade Provisória formulado por Paulo Roberto Colman da Silva, uma vez que reputo ainda presentes os requisitos para a sua segregação cautelar [...].

Segundo consta dos autos do Inquérito Policial, no dia 5 de setembro de 2010 a vítima Ângelo Alves de Souza, aposentado por invalidez, dirigiu-se à agência do Banco Bradesco, situada nesta cidade, para receber os valores de sua aposentadoria, quando um veículo Fiat Uno, cor preta, parou ao seu lado e um rapaz mandou a vítima entrar no referido veículo.

Consta, ainda, que a vítima, ao adentrar no veículo, se deparou com seis pessoas, sendo dois rapazes, três mulheres e um senhor de idade. O rapaz que mandou a vítima entrar no carro disse que iria ensinar a vítima a preencher cheques, pegando de seu bolso seu CPF e RG e conduzindo a vítima ao 2º Serviço Notarial e Registral da cidade de Jardim.

No Cartório, o paciente, juntamente com os demais representados, disseram que a vítima era tio deles e que queria passar uma procuração a eles. De posse desta procuração, retornaram à agência do Banco Bradesco desta cidade e retiraram um talonário de cheques.

Após deixar a agência do Banco Bradesco, dirigiram-se a um posto de gasolina, abasteceram o veículo, pagando a conta com um cheque da vítima e em seguida foram para a cidade de Bela Vista/MS, onde efetuaram várias compras, sempre pagando com os cheques da vítima.

Ao retornar à cidade de Jardim, conduziram a vítima para a casa onde os ora representados residiam e mantiveram a vítima dentro do veículo, sob vigia, durante toda a noite.

Nos dois dias seguintes, se dirigiram à cidade de Aquidauana/MS e Bonito/MS, onde efetuaram diversas compras pagas com as folhas de cheque da vítima, dentre estas o equivalente a R\$ 600,00 (seiscentos reais) em materiais de construção, um botijão de gás completo e aparelhos celulares.

Após os três dias, em frente a residência dos representados, devolveram os documentos da vítima e ordenaram que este fosse embora à pé e o ameaçaram de morte caso contasse o ocorrido para alguém.

Pois bem. Deve ser registrado, que somente será cerceada a liberdade de locomoção de uma pessoa, sem que ofenda a Constituição Federal, quando estiverem presentes os pressupostos (materialidade comprovada e fortes indícios de autoria) da prisão preventiva, previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, combinado com ao menos um de seus fundamentos (garantia da ordem pública, ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal).

*In casu*, os pressupostos exsurtem da materialidade que restou devidamente comprovada e dos fortes indícios de autoria que recaem na pessoa do paciente.

Ademais, vislumbro que além dos indícios de autoria e da prova da materialidade que estão presentes *in casu*, a prisão processual deverá ser mantida a fim de se garantir a ordem pública e a conveniência da instrução criminal.

Segundo os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci<sup>1</sup>, “a garantia da ordem pública deve ser visualizada, fundamentalmente, pelo binômio *gravidade da infração + repercussão social*”, ou seja, é a repercussão, os reflexos negativos e traumáticos na vida de muitos, propiciando àqueles que tomam conhecimento da sua realização um forte sentimento de impunidade e de insegurança.

É possível, ainda, considerar a necessidade de garantir a ordem pública, através da constatação dos maus antecedentes do indiciado ou réu, incluindo-se esse fato na repercussão social causada pelo delito, cometido por pessoa perigosa, ou, evitar a reiteração na prática criminosa.

Ora, o delito foi cometido mediante grave ameaça e violência contra pessoa idosa, que permaneceu em cativeiro por três dias, provocando a reação pública.

Por outro lado, a conveniência da instrução criminal visa garantir a sua realização de maneira lisa, equilibrada e imparcial, a fim de se buscar a verdade real. Diante disso, abalos provocados pela atuação do acusado, visando à perturbação do desenvolvimento da instrução criminal, que compreende a colheita de provas de um modo geral, é motivo a ensejar a prisão preventiva.

Analisando-se o feito, percebe-se que a vítima foi ameaçada de morte, a todo momento, se fizesse qualquer coisa ou se falasse algo a alguém.

Logo, tenho como acertada a decisão proferida pelo magistrado *a quo*, pois está devidamente amparada nos pressupostos e fundamentos da prisão preventiva, previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.

Outrossim, quanto a alegação de que o paciente não é o autor do delito, sendo, portanto, inocente, cabe pontuar que não há que se falar em análise de mérito da imputação delitiva no *habeas corpus*, já que se trata de remédio constitucional de rito sumaríssimo, não cabendo, então, dilação probatória, exigindo-se, pois, direito líquido e certo.

Neste sentido, tem-se a jurisprudência de minha relatoria:

*HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – PRISÃO EM FLAGRANTE – CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO – PRETENSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA – EXPRESSA VEDAÇÃO DA LEI ANTIDROGAS – GARANTIA DE ORDEM PÚBLICA – IMENSA QUANTIDADE DE DROGAS – SEGREGAÇÃO PREVENTIVA QUE NÃO OFENDE O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – CONDIÇÕES PESSOAIS NÃO ISENTÁVEIS – MÉRITO QUE NÃO CABE ANÁLISE EM SEDE A WRIT – ORDEM DENEGADA. I - A Lei de Tóxicos veda expressamente a concessão de liberdade provisória. Trata-se de medida acautelatória, refere-se à necessidade de preservação da Ordem Pública e da instrução criminal - art. 312 do Código Processo Penal. Precedentes desta Turma Criminal. Ademais, o STF, em recentes decisões proferidas, por ambas as turmas, posteriormente à Lei n. 11.464, de 28 de março de 2007, assentou ser vedada a concessão de liberdade provisória no delito de tráfico ilícito de entorpecentes, ante da vedação expressa da Lei n. 11.343/2006. II - As condições pessoais do agente, por si só, não autorizam a concessão da liberdade provisória, já que devem ser analisadas as hipóteses, os pressupostos e requisitos da prisão preventiva, os quais estão presentes *in casu*. III - A segregação preventiva neste momento processual também não ofende o*

1 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 9. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 626.

princípio constitucional da presunção de inocência, já que pacificadas como constitucionais tais prisões cautelares. IV - Não há que se falar em análise de mérito no *habeas corpus*, já que se trata de remédio constitucional de rito sumaríssimo, não cabendo, então, dilação probatória. (HC n. 2010.029824-2, Primeira Turma Criminal, julgado em 21.10.2010).

Por fim, em relação a residência fixa, emprego lícito e família constituída, tais condições, por si só, não têm o condão de revogar a segregação cautelar, se a necessidade da prisão é recomendada por outros elementos dos autos.

No mesmo sentido, tem-se a jurisprudência:

*HABEAS CORPUS* – FURTO QUALIFICADO – PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS E FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA PREVISTOS NO ART. 312 DO CPP – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS – IRRELEVÂNCIA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE – ORDEM DENEGADA. As condições pessoais da paciente, tais como a primariedade, bons antecedentes, família constituída, residência fixa e profissão lícita, não bastam, por si só, para a concessão do benefício da liberdade provisória, mormente se, havendo prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, a custódia preventiva faz-se necessária para garantia da ordem pública. (HC n. 2010.011658-6, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes, julgado em 10.5.2010).

Ante o exposto, acompanhando o parecer, conheço e denego a presente ordem impetrada.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, DENEGARAM A ORDEM.

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 Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 4 de abril de 2011.

\*\*\*

**Primeira Turma Criminal**  
***Habeas Corpus* n. 2011.003479-9 - Bataguáçu**  
**Relator Juiz Francisco Gerardo de Sousa**

EMENTA – HOMICÍDIO – OITIVA POR CARTA PRECATÓRIA – DEPOIMENTO COLHIDO POR ÁUDIO – TRANSCRIÇÃO – RECUSA DO JUIZ – PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL – PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO – INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – ORDEM DENEGADA.

A reforma processual penal teve a finalidade de promover a agilização do processo, enaltecendo o princípio constitucional da economia processual, sem ferir direitos e garantias individuais.

Desta forma, os registros dos depoimentos devem ser feitos, sempre que possível, utilizando meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, com o fim de obter maior fidelidade das informações.

Ademais, não se menciona ser obrigatória a transcrição em papel de tudo o que foi colhido em audiência, ao contrário, no § 2º do art. 405 do CPP, referindo-se às partes, deixa-se clara a possibilidade de se entregar cópia dos registros originais a elas, pois os originais seguem ao Tribunal.

## **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, denegar a ordem.

Campo Grande, 28 de março de 2011.

Juiz Francisco Gerardo de Sousa – Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa

A Defensoria Pública Estadual, impetra ordem de *HABEAS CORPUS* em favor de Antonio Leori Lopes, alegando haver constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Bataguáçu-MS, que deixou de determinar a transcrição/degravação de áudio inserido em CD/ROM, no qual consta o interrogatório do paciente, produzido perante o juízo deprecado.

O impetrante aduz que a negativa da autoridade dita coatora importa em constrangimento ao livre e integral acesso às provas, a qualquer tempo, que é consectário das garantias constitucionais ao devido processo legal, do direito de informação, e da ampla publicidade dos atos processuais.

Aduz, ainda, que no caso concreto, a observância do princípio da segurança jurídica processual deve garantir às partes tomarem conhecimento, a qualquer tempo, do teor integral do interrogatório do paciente;

ao próprio acusado ter acesso a seu interrogatório, e a qualquer das partes transcreverem, em suas alegações finais, trechos dessa inquirição, e confrontá-la com as demais provas.

Argumentou que este e. Tribunal de Justiça normatizou o procedimento pela qual a prova testemunhal é colhida através de recurso eletrônico de áudio, e as declarações contidas em CD/ROM são, posteriormente, degravadas e transcritas para leitura; sendo notório que a Polícia Civil deste Estado possui recursos para tal degravação.

Ao final, requereu a concessão da ordem de *Habeas Corpus*, para determinar a degravação do interrogatório do paciente, lavrando-se em termo nos autos.

Não houve pedido de liminar.

Informações da autoridade coatora (f. 66-7).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (f. 71-6), opina pela denegação da ordem.

## VOTO

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa (Relator)

A Defensoria Pública Estadual impetra ordem de *HABEAS CORPUS* em favor de Antonio Leori Lopes, alegando haver constrangimento ilegal por parte do MM. Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Bataguáçu-MS, que deixou de determinar a transcrição/degravação de áudio inserido em CD/ROM, no qual consta o interrogatório do paciente, produzido perante o juízo deprecado.

O impetrante aduz que a negativa da autoridade dita coatora importa em constrangimento ao livre e integral acesso às provas, a qualquer tempo, que é consectário das garantias constitucionais ao devido processo legal, do direito de informação, e da ampla publicidade dos atos processuais.

Aduz, ainda, que no caso concreto, a observância do princípio da segurança jurídica processual deve garantir às partes tomarem conhecimento, a qualquer tempo, do teor integral do interrogatório do paciente; ao próprio acusado ter acesso a seu interrogatório, e a qualquer das partes transcreverem, em suas alegações finais, trechos dessa inquirição, e confrontá-la com as demais provas.

Argumentou que o este e. Tribunal de Justiça normatizou o procedimento pela qual a prova testemunhal é colhida através de recurso eletrônico de áudio, e as declarações contidas em CD/ROM são, posteriormente, degravadas e transcritas para leitura; sendo notório que a Polícia Civil deste Estado possui recursos para tal degravação.

Ao final, requereu a concessão da ordem de *Habeas Corpus*, para determinar a degravação do interrogatório do paciente, lavrando-se em termo nos autos.

Passo a apreciar a ordem.

A reforma processual penal teve a finalidade de promover a agilização do processo, enaltecendo o princípio constitucional da economia processual, sem ferir direitos e garantias individuais.

Desta forma, os registros dos depoimentos devem ser feitos, sempre que possível, utilizando meios ou recursos de gravação magnética, estenotípia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, a fim de obter maior fidelidade das informações.

Não se menciona ser obrigatória a transcrição em papel de tudo o que foi colhido em audiência, ao contrário, no § 2º do art. 405 do CPP, referindo-se às partes, deixa-se clara a possibilidade de se entregar cópia dos registros originais a elas, pois os originais seguem ao Tribunal.

Ademais, o objetivo da reforma processual é o da eliminação do papel como método para agilizar as Varas e os Tribunais, de modo que a captação da prova oral precisa andar lado a lado com esse projeto.

E não é só, já que a otimização do registro em DVDs, com geração de índices e rápido acesso ao conteúdo dos depoimentos, separados por capítulos, é medida imperiosa para facilitar o acesso dos magistrados de instâncias superiores. A par disso, cabe às partes apontar, em seus recursos, quais os exatos trechos dos depoimentos que lhes parecem interessantes e importantes para a análise das questões de fato.

Logo, vislumbro a inexistência de qualquer constrangimento legal ao paciente, pois o CD acompanhou os autos, sem qualquer prejuízo para o exame da prova, inclusive em Segundo Grau.

Ante o exposto, acompanhando o parecer, conheço e denego a presente ordem impetrada.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

**POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, DENEGARAM A ORDEM.**

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. Desembargadores Francisco Gerardo de Sousa, João Carlos Brandes Garcia e Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 28 de março de 2011.

\*\*\*

**Primeira Turma Criminal**  
***Habeas Corpus* n. 2011.003506-9 - Campo Grande**  
**Relator Juiz Francisco Gerardo de Sousa**

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – LESÃO CORPORAL, AMEAÇA E SEQUESTRO E CÁRCERE PRIVADO – PRISÃO EM FLAGRANTE – PRETENDIDA LIBERDADE PROVISÓRIA – ALEGAÇÃO DE FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO QUE INDEFERIU O PEDIDO DE LIBERDADE – REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA PRESENTES – PORTADOR DE PÉSSIMOS ANTECEDENTES CRIMINAIS – NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA, CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E APLICAÇÃO DA LEI PENAL – CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE – ORDEM DENEGADA.

A manutenção da prisão cautelar do paciente é de bom alvitre se presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, mormente se o paciente demonstrou comportamento desregrado, sendo imperioso salvaguardar a ordem pública.

É de relevante importância a manutenção da segregação preventiva para a garantia da instrução criminal, já que os delitos praticados pelo paciente, aqueles tipificados no art. 129, § 9º, art. 147 e art. 148, § 1º, I, todos do Código Penal, são capazes de intimidar as vítimas e testemunhas, incutindo-lhes medo e insegurança que podem prejudicar a instrução processual.

Ademais, cumpre ressaltar, que o paciente não comprovou documentalmente que possui residência fixa e ocupação lícita, o que poderá desencadear maiores dificuldades na instrução, bem como na aplicação da lei 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, denegar a ordem.

Campo Grande, 28 de março de 2011.

Juiz Francisco Gerardo de Sousa – Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa

A Defensoria Pública Estadual pleiteou, liminarmente, a expedição de alvará de soltura em favor do paciente Ademir Correia dos Santos, preso em flagrante delito pela suposta prática dos crimes tipificados nos artigos 129, § 9º, 147 e 148, § 1º, I, todos do Código Penal.

Argumenta, em síntese, que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, já que não se fazem presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, ressaltando que a decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória mostra-se totalmente desprovida de qualquer fundamentação válida e concreta.

Ressalta, ainda, que o paciente possui endereço fixo e ocupação lícita, deve, portanto, responder ao processo em liberdade.

A liminar foi indeferida às f. 41-2.

Informações da autoridade coatora às f. 46-7.

A Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 65-8, opina pela denegação da ordem.

## VOTO

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa (Relator)

A Defensoria Pública Estadual pleiteou, liminarmente, a expedição de alvará de soltura em favor do paciente Ademir Correia dos Santos, preso em flagrante delito pela suposta prática dos crimes tipificados nos artigos 129, § 9º, 147 e 148, § 1º, I, todos do Código Penal, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Comarca de Campo Grande-MS.

Argumenta, em síntese, que o paciente está sofrendo constrangimento ilegal, já que não se fazem presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, ressaltando que a decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória mostra-se totalmente desprovida de qualquer fundamentação válida e concreta.

Ressalta, ainda, que o paciente possui endereço fixo e ocupação lícita, devendo, portanto, responder ao processo em liberdade.

A ordem deve ser denegada.

Inicialmente, vale acentuar que o réu foi preso em flagrante delito.

Sabe-se que a Constituição Federal concebe a prisão como medida excepcional, todavia a própria Lei Fundamental preceitua, no art. 5º, inciso LXI, que *“ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita ou fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.”*

Assim, ainda que a CF consagre, no inciso LXVI, do art. 5º, que *“ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”*, bem é de ver que, para a concessão da liberdade provisória, o preso deve preencher requisitos objetivos e subjetivos para alcançar ao benefício.

Ademais, deve ser registrado que somente será cerceada a liberdade de locomoção de uma pessoa, sem que ofenda a Constituição Federal, quando estiverem presentes os pressupostos (materialidade comprovada e fortes indícios de autoria) da prisão preventiva, previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, combinado com ao menos um de seus fundamentos (garantia da ordem pública, ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal).

Pois bem. Analisando o feito, constata-se que se fazem presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, já que perfeitamente visíveis os indícios de autoria e provas da materialidade do delito, juntamente com a necessidade de garantia da ordem pública, bem como da conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal.

Assim, mostrou-se suficientemente motivada a decisão que indeferiu o pleito liberatório. Veja-se:

[...] Em que pese não restar comprovado nos autos a existência de sentença penal condenatória transitada em julgado em desfavor do postulante, a sua vasta folha de antecedentes criminais demonstra ser uma pessoa voltada para a prática de crimes, demonstrando, caso seja solto, grave risco à ordem pública.

Ademais, as declarações acostadas às f. 11-12 dos autos, confirmaram a periculosidade do requerente, na qual consta que o mesmo pulou o muro da casa das vítimas, carregando uma garrafa de 2l, com gasolina, uma faca grande, lâminas de barbear e um isqueiro, ameaçando ambas de morte, com a faca em punho. Consta ainda, que o postulante tentou cortar a mangueira do gás da cozinha, porém, sem êxito; agredindo a vítima Celeida com a faca, causando-lhe um corte na mão e outro profundo na perna direita, além de jogar gasolina nas roupas de sua ex-companheira e sua filha, com o intuito de atear-lhes fogo, tudo a indicar que a sua soltura, poderá vulnerar a integridade das vítimas.

Não fosse isso o bastante, o postulante não instruiu seu pedido com documentos que comprove a existência de endereço fixo e exercício de profissão definida, existindo nos autos somente àqueles indicados por ele no comunicado em flagrante, o que poderá implicar entraves à instrução do feito e à aplicação da ação penal.

Assim, diante da péssima personalidade do agente, o que representa risco real à integridade física da vítima e, ainda, à necessidade da coleta de produção de provas sem quaisquer empecilhos à instrução criminal assegurando a correta aplicação da Lei Penal, impõe-se e manutenção da medida segregatória.

Ante o exposto, INDEFIRO o pedido de revogação da prisão preventiva formulado nestes autos por Ademir Correia dos Santos.

Desse modo, tenho como acertada a decisão exarada pela autoridade coatora, pois perfeitamente amparada pelas hipóteses autorizadoras da medida cautelar, previstas no art. 312 do Código de Processo Penal.

No que tange às alegações de ausência dos requisitos da segregação cautelar, constata-se que a prisão processual reveste-se de legalidade, já que a autoria é certa, bem como a materialidade do delito, inferindo-se, ainda, a necessidade de se resguardar a garantia da ordem pública da instrução criminal, bem como da aplicação da lei penal.

*In casu*, os pressupostos exsurgem da materialidade que restou devidamente comprovada pelo auto de prisão em flagrante delito - f. 19-20, e da certeza de autoria que recai na pessoa do paciente, conforme consta dos depoimentos inquisitoriais prestados pelas testemunhas às f. 21; 23-5.

Ademais, a prisão preventiva deve ser decretada como forma de coibir a reiteração de delitos. Não se trata de presumir a periculosidade do paciente a partir de meras ilações, conjecturas desprovidas de base empírica concreta, pelo contrário, no caso, a periculosidade decorre de ser o paciente propenso a prática delituosa, já que possui vasto registro criminal, inclusive uma Execução Penal que tramita na 2ª Vara de Execução Penal.

Ante a isso, é desprovido de qualquer racionalidade jurídica conceder liberdade provisória a um indivíduo que demonstra risco constante para o meio em que vive, sobretudo, pela personalidade declinada à prática de crimes violentos, como este em comento, que demonstra incompatibilidade com a concessão do almejado benefício, já que resultará em grave risco à ordem e segurança pública.

Vejamos o entendimento dos Tribunais Pátrios:

PROCESSO PENAL – FURTO QUALIFICADO - LIBERDADE PROVISÓRIA – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – INOCORRÊNCIA- Encontra-se suficientemente fundamentada a decisão que indefere pedido de liberdade provisória, adotando como argumentos, as exaustivas considerações feitas pelo Ministério Público pugnano pela necessidade da medida, mormente quando o réu possui péssimos antecedentes, além de ser reincidente. - Recurso desprovido. (HC n. 10.514/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezini, julgado em 15.2.2001, DJ de 28.5.2001, p. 164 – grifei e destaquei).

RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. RECEPÇÃO. PRISÃO EM FLAGRANTE. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. POSSIBILIDADE DE REITERAÇÃO CRIMINOSA EM FACE DE O PACIENTE SER REINCIDENTE E POSSUIR MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. 1. A superveniência de sentença condenatória não prejudica a análise do pedido de liberdade provisória, notadamente se o provimento não trazer qualquer fundamento novo a justificar a manutenção custódia cautelar, como ocorreu na hipótese dos autos. 2. No caso, observa-se que a prisão cautelar do paciente foi mantida diante da possibilidade de reiteração criminosa, em razão de ele ostentar condenações por outros crimes (tentativa de estupro e furto) além de possuir maus antecedentes, circunstâncias que, por si sós, justificam a adoção da medida extrema. 3. Assim, a decisão impugnada está calcada em elementos concretos a indicar a necessidade da manutenção da custódia para garantia da ordem pública, não havendo que se falar em falta de motivação idônea. 4. Recurso a que se nega provimento. (HC n. 23.772/DF, Sexta Turma, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 21.5.2009, DJ de 8.6.2009 – grifei e destaquei).

*HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PRESSUPOSTOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DEMONSTRAÇÃO. ORDEM DENEGADA. I - A decretação da prisão preventiva baseada na garantia da ordem pública e na conveniência da instrução criminal está devidamente fundamentada em fatos concretos a justificar a segregação cautelar, em especial diante da reiteração da conduta. II - *Habeas corpus* denegado. (HC n. 94598, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 6.11.2008 – grifei e destaquei).

Nesse mesmo norte, posiciona-se este e. Tribunal de Justiça, *in verbis*:

*HABEAS CORPUS* – TENTATIVA DE FURTO – PRISÃO PREVENTIVA – PRIMARIEDADE, TRABALHO LÍCITO E RESIDÊNCIA FIXA – ELEMENTOS QUE NÃO SÃO SUFICIENTES PARA AFASTAR OS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP – REITERAÇÃO DE CONDUTA – PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES DA MEDIDA – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – ORDEM DENEGADA. Somente as condições pessoais do paciente, primariedade, trabalho lícito e residência fixa, não bastam, por si sós, para a concessão do benefício da liberdade provisória. A custódia preventiva faz-se necessária para a garantia da ordem pública, quando há reiterações de conduta ilícita pelo paciente, que indica comportamento voltado à prática delitiva. (HC n. 2010.024749-6, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, julgado em 30.8.2010 – grifei e destaquei).

Somando-se aos argumentos acima expendidos, é de relevante importância a manutenção da segregação preventiva para a garantia da instrução criminal, já que os delitos praticados pelo paciente, aqueles tipificados no art. 129, § 9º, art. 147 e art. 148, § 1º, I, todos do Código Penal, são capazes de intimidar as vítimas e testemunhas, incutindo-lhes medo e insegurança, podendo, se solto, interferir na instrução processual.

Ademais, cumpre ressaltar, que o paciente não comprovou documentalmente que possui residência fixa e ocupação lícita, o que poderá implicar maiores dificuldades na instrução, bem como na aplicação da lei penal.

Nesta senda, resta temerária a soltura, visto que o paciente é pessoa de acentuada periculosidade, denotando conduta desregrada e violenta, sendo que possui vasto registro criminal, inclusive uma Execução Penal que tramita na 2ª Vara de Execução Penal.

Denota-se, portanto, que em liberdade, o paciente muito provavelmente voltará a delinquir, já que é contumaz na prática delitativa, bem como poderá interferir na instrução criminal, incutindo medo e insegurança nas vítimas e testemunhas, já que os crimes praticados por ele são aptos a esse fim.

Dessa forma, a fim de salvaguardar a ordem pública, a conveniência da instrução criminal e a aplicação da lei penal, é de bom alvitre que o paciente Ademir Correia dos Santos permaneça preso cautelarmente.

Ante o exposto, por inexistir constrangimento ilegal a ser sanado, com o parecer, denego a ordem impetrada.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

**POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, DENEGARAM A ORDEM.**

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 Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 28 de março de 2011.

\*\*\*

**Primeira Turma Criminal**  
**Apelação Criminal n. 2008.012002-1 - Miranda**  
**Relator Des. João Carlos Brandes Garcia**

EMENTA – HOMICÍDIO CULPOSO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO – PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – CONTEXTO FÁTICO ÚNICO – POSSIBILIDADE – CONDOTA DO HOMICÍDIO QUE ABSORVE O CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO – PENA-BASE – CULPABILIDADE – MERA REFERÊNCIA A SER O RÉU IMPUTÁVEL – IMPROPRIEDADE – MAUS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE – REGISTRO APENAS DE INQUÉRITOS POLICIAIS – INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 444 DO STJ – CONSEQUÊNCIAS DO CRIME – MORTE DA VÍTIMA – INERENTE AO TIPO PENAL – CIRCUNSTÂNCIAS – NORMAIS PARA A ESPÉCIE, JÁ QUE, EMBORA OS FATOS TENHAM OCORRIDO EM UMA FESTA DE ANIVERSÁRIO, O QUE MOTIVOU A AFIRMAÇÃO DE MAIOR REPROVABILIDADE PELA SENTENÇA, FOI RECONHECIDO QUE A VÍTIMA PROVOCOU O RÉU – PENA REDUZIDA – RECURSO PROVIDO.

Segundo precedentes do Superior Tribunal de Justiça, a aplicação do princípio da consunção pressupõe, necessariamente, a análise de existência de um nexo de dependência das condutas ilícitas, para que se verifique a possibilidade de absorção daquela menos grave pela mais danosa, sendo, por isso mesmo, inviável a sua aplicação automática, em desconsideração às circunstâncias fáticas do caso concreto.

Havendo um contexto fático único e incontroverso de que a arma de fogo foi o meio para a consumação do crime de homicídio, aplica-se o princípio da consunção.

Não basta, para fundamentar como negativa a circunstância da culpabilidade, a mera afirmação de ser o réu imputável, por isso exigido dele conduta diversa.

Constando nos autos apenas registros de inquéritos policiais, incide o teor da Súmula n. 444 do STJ, não servindo tais registros para informar maus antecedentes ou má personalidade.

O resultado morte é consequência inerente ao tipo penal de homicídio.

Se foi reconhecido que a vítima provocou o réu, não serve para agravar a pena, como circunstância do crime, o fato de ele ter sido praticado em uma festa de aniversário.

## **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, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, contra o parecer.

Campo Grande, 25 de abril de 2011.

Des. João Carlos Brandes Garcia – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Roberto Paulo Pereira, em face da sentença que o condenou à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de detenção pelo crime de homicídio culposo (art. 121, § 3º, c.c. art. 61, II, *h* e 65, III, *c* e *d*, todos do Código Penal) e, ainda, à pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão pelo crime do art. 16 da Lei n. 10.826/03, o qual foi considerado prejudicado diante do provimento do recurso interposto pelo Ministério Público Estadual, julgado por esta 1ª Turma Criminal, onde foi anulado o julgamento do júri.

Ocorre que, em sede de Recurso Especial, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça anulou o acórdão desta Turma, restabelecendo a decisão dos jurados, determinando o exame do recurso do réu, o que se faz nesta oportunidade.

O recurso sustenta, em síntese, que as penas aplicadas deveriam ser reduzidas e, ainda, o reconhecimento do princípio da consunção entre o delito de porte ilegal de arma de fogo e o homicídio.

As contrarrazões do Ministério Público encontram-se às f. 313-9.

A Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 515, ratifica seu parecer anterior, de f. 326-35, opinando pelo improvimento do apelo.

## VOTO (EM 18.4.2011)

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (Relator)

Cuidam os autos de recurso de apelação, apresentado por Roberto Paulo Pereira, nos autos onde restou condenado pelos crimes de homicídio culposo e porte ilegal de arma de fogo, o qual havia sido considerado prejudicado anteriormente, diante do provimento de recurso ministerial que anulou o julgamento do Tribunal do Júri, decisão esta que restou cassada pelo Superior Tribunal de Justiça, consoante acórdão de f. 517-31.

O apelo considerado prejudicado defendeu as seguintes teses:

- a) que a pena deve ser reduzida, pois exasperada de forma imotivada;
- b) deve ser reconhecido o princípio da consunção entre os crimes de porte ilegal de arma de fogo e homicídio.

Por ordem de prejudicialidade, examino, primeiramente, a pretensão de reconhecimento do princípio da consunção.

A sentença condenatória considerou concurso material entre as condutas de portar arma de fogo e a ocorrência de homicídio.

Este Tribunal, refletindo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, considera que há absorção do crime de porte ilegal de arma de fogo pelo de homicídio, já que o primeiro é meio para a consumação do segundo. Confira-se:

O Superior Tribunal de Justiça também tem firme posicionamento acerca do tema, *in verbis*:

DIREITO PENAL. *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO E PORTE DE ARMA. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. APLICABILIDADE. CONTEXTO FÁTICO ÚNICO.

1. A aplicação do princípio da consunção pressupõe, necessariamente, a análise de existência de um nexos de dependência das condutas ilícitas, para que se verifique a possibilidade de absorção daquela menos grave pela mais danosa, sendo, por isso mesmo, inviável a sua aplicação automática, em desconsideração às circunstâncias fáticas do caso concreto

2. Havendo um contexto fático único e incontroverso de que a arma de fogo foi o meio para a consumação do crime de homicídio, aplica-se o princípio da consunção.

3. Ordem concedida. (STJ, *HC* n. 104455/ES, (*HC* n. 2008/0082493-3), Sexta Turma, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 21.10.2010, DJ de 16.11.2010).

É o caso dos autos, pois o porte da arma foi meio para o crime de homicídio, tratando-se de um mesmo quadro fático.

Tal pode ser avaliado pela própria narrativa da denúncia, *verbis*:

[...] Na tarde do dia 9 de abril de 2006, no prédio de residência situado na rua Projetada, s/n., Vila Alice, nesta cidade, durante a comemoração de sua festa de aniversário, na presença de outras pessoas, o denunciado passou a discutir com seu pai, a vítima Roberto Paulo Almeida.

2. Em determinado momento, o denunciado retirou-se do local (estavam na varanda da residência) e se dirigiu até seu quarto, com o nítido propósito de apanhar o revólver que estava sob sua guarda e atirar contra o próprio pai. [...]. (f. 2-3)

Desta maneira, não há como não acolher a tese do recurso, de que o crime de homicídio absorve o de porte ilegal de arma de fogo, razão pela qual deve prevalecer apenas o primeiro.

Quanto à pena fixada para o homicídio culposo, a sentença fundamentou, *in verbis*:

Passo agora, à dosimetria das penas e para tanto, observo os critérios constantes do artigo 59 do Código Penal.

No que se refere ao delito de homicídio culposo a que foi condenado o réu, entendo que o mesmo seja culpável, pois à época dos fatos, tinha plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato que praticou e de determinar-se de acordo com tal entendimento.

Sua personalidade e antecedentes não militam em seu favor, já que, segundo as certidões acostadas às f. 107 e 120 dos autos, o réu soma antecedentes criminais.

Os motivos que levaram o acusado a agir como agiu, segundo sustentado em Plenário pela acusação e pela defesa, se deram por provocação iniciada pela vítima.

Já as circunstâncias em que o crime foi praticado, mostram-se reprováveis, pois, a vítima e o acusado estavam na casa desse último, e durante a comemoração da festa de aniversário do réu, a vítima foi alvejada na cabeça com um dos dois disparos efetuados por seu filho.

As consequências do crime que praticou, foram graves, porquanto as lesões sofridas pela vítima Roberto Paulo a levaram à morte.

O comportamento da vítima também deve ser considerado, já que, conforme acima se expôs, a mesma fez provocação ao acusado antes dos disparos serem efetuados pelo réu.

Deste modo, doso a pena base acima do mínimo legal, em 2 (dois) anos de detenção. [...]. (f. 258-9).

Vê-se que a sentença considerou negativas as circunstâncias judiciais da culpabilidade, antecedentes, personalidade, circunstâncias e consequências do crime. Considerou, ainda, que o comportamento da vítima atenua a ação do réu.

Pois bem.

Quanto à culpabilidade, a sentença nada apontou concretamente, limitando-se a dizer ser o réu imputável, o que não serve para agravar a pena. Confirma-se, a propósito, julgado relativo a autos oriundos deste Estado:

CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. JÚRI. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. RECURSO DEFENSIVO. PLEITO DE NOVO JULGAMENTO. CONTRARIEDADE À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. EXISTÊNCIA DE DUAS VERSÕES A RESPEITO DO CRIME. DOSIMETRIA. CULPABILIDADE. ASPECTO SUBSUMIDO AO TIPO PENAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Não se caracteriza como manifestamente contrária à prova dos autos a decisão que, optando por uma das versões trazidas aos autos, não se encontra inteiramente divorciada da prova existente no processo. Precedentes.

Não pode prevalecer, como motivação idônea para majorar a pena-base, as circunstâncias subsumidas ao próprio tipo penal imputado ao paciente.

Hipótese em que foi considerado, a título de culpabilidade, o desvio do comportamento de que se exige daquele que vive em sociedade.

Evidenciado certo rigor e insuficiente fundamentação para a exacerbação procedida em 1º grau, na primeira fase da aplicação da pena, a mesma deve ser readequada.

Recurso parcialmente provido. (REsp n. 1209829/MS, (Recurso Especial 2010/0161591-7), Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 16.12.2010, DJ de 1.2.2011).

Os antecedentes, e, por consequência, a personalidade, verificados na certidão de f. 107 e 120 foram mal avaliados.

A uma, porque são circunstâncias distintas, por isso nada foi fundamentado quanto à personalidade.

A duas, porque as certidões nada apontam, objetivamente, que possa ser considerado como maus antecedentes, nos termos da Súmula n. 444<sup>1</sup> do Superior Tribunal de Justiça.

1 “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”

Consta, além do inquérito policial relativo ao crime apurado nestes autos, apenas outros dois inquéritos policiais.

As circunstâncias do crime não desbordam da normalidade, diante da fundamentação utilizada, mormente porque reconhecido que houve provocação da vítima.

As consequências – resultado morte – são inerentes ao tipo penal do homicídio.

Assim, a pena deve ser fixada no mínimo legal, em 1 (um) ano de detenção.

Como a pena-base restou no mínimo, não há incidir atenuantes (Súmula n. 231<sup>2</sup> do STJ).

Incide a agravante do art. 61, II, **h**, pela qual aumento a pena de 6 (seis) meses de detenção.

Não há causas de diminuição ou aumento, razão pela qual fixo a pena, em definitivo, em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção.

Fixo o regime aberto para o cumprimento da reprimenda.

Tratando-se de crime culposos, substituo a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito consistente em prestação de serviços à comunidade, cuja entidade será indicada no juízo das execuções.

Pelo exposto, contra o parecer, dou provimento ao recurso para o fim de reconhecer o princípio da consunção e reduzir a pena na forma acima.

**CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DA REVISORA (DES<sup>a</sup>. MARILZA), APÓS O RELATOR DAR PROVIMENTO AO RECURSO. O VOGAL AGUARDA.**

### **VOTO (EM 25.4.2011)**

A Sr<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup>. Marilza Lúcia Fortes (Revisora)

O apelante foi condenado à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de detenção pelo crime de homicídio culposo (art. 121, § 3º, c.c. art. 61, II, **h**, e 65, III, **c** e **d**, todos do Código Penal) e, ainda, à pena de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão pelo crime do art. 16 da Lei n. 10.826/03.

O douto Relator deu provimento ao recurso para reconhecer o princípio da consunção e reduzir a pena, tornando-a definitiva em 1 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção, em regime aberto. Ademais, tratando-se de crime culposos, substituir a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito consistente em prestação de serviços à comunidade, cuja entidade será indicada no juízo das execuções.

Pedi vista para melhor visualizar os fatos e verifico que com razão está o Ilustre Relator, em sede de Recurso Especial, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça anulou o acórdão desta Turma, restabelecendo a decisão dos jurados, determinando a absorção do crime de porte ilegal de arma de fogo pelo de homicídio, já que o primeiro é meio para a consumação do segundo, conforme é o entendimento do próprio STJ.

Portanto, contra o parecer, dou provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Souza (Vogal)

De acordo com o relator.

<sup>2</sup> "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal."

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

**POR UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, CONTRA O PARECER.**

Presidência da Exma. Sr<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup> Marilza Lúcia Fortes.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Gilberto da Silva Castro, João Batista da Costa Marques e Marilza Lúcia Fortes.

Campo Grande, 25 de abril de 2011.

\*\*\*

**Primeira Turma Criminal**  
**Agravo Criminal n. 2011.001920-9 - Campo Grande**  
**Relator Des. João Carlos Brandes Garcia**

EMENTA – AGRAVO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO SUSCITADA PELO *PARQUET* – AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS ESSENCIAIS – NULIDADE SANADA – PREFACIAL AFASTADA – MÉRITO – CONTINUIDADE DELITIVA – ALTERAÇÃO DO PATAMAR FIXADO PARA 1/3 – CONCURSO EM CRIME CONTINUADO ESPECÍFICO – IMPOSSIBILIDADE – PRÁTICA DE 5 ROUBOS E 5 ESTUPROS DENTRO DE UM MESMO CONTEXTO FÁTICO – FIXAÇÃO DE 2/3 DE AUMENTO PARA O ROUBO E O TRIPLO PARA O ESTUPRO QUE SE MOSTRA INIDÔNEA – GRAVIDADE DO DELITO DE ESTUPRO – CIRCUNSTÂNCIA QUE INTEGRA O PRÓPRIO TIPO PENAL – FIXAÇÃO DE 2/3 COMO PARÂMETRO DE AUMENTO PELA CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA QUE SE MOSTRA RAZOÁVEL À APENAÇÃO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Tendo em vista que as peças essenciais à instrução do agravo foram colacionadas aos autos, resta superada a preliminar de não conhecimento do agravo, suscitada em sede de contrarrazões.

Nos delitos cometidos com violência e grave ameaça a vítimas diferentes, a regra a ser aplicada, diante do reconhecimento da continuidade delitiva, é a prevista no parágrafo único do artigo 71 do Código Penal, cujo aumento a ser aplicado deve ser maior àquele previsto pelo *caput* do artigo mencionado.

Praticados 5 (cinco) crimes de roubo e 5 (cinco) estupros contra vítimas diferentes, dentro de um mesmo contexto fático, o aumento da pena, pela continuidade delitiva, deve ser em 2/3 (dois terços), patamar que se mostra adequado à reprovação e apenação delitiva.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria e em parte com o parecer, rejeitar a preliminar e, no mérito, dar parcial provimento, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 11 de abril de 2011.

Des. João Carlos Brandes Garcia – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

Trata-se de agravo criminal interposto por Douglas Igor da Silva Fernandes contra a decisão que lhe reduziu as penas aplicadas pelos delitos de roubo, estupro e atentado violento ao pudor, diante do reconhecimento da continuidade delitiva (separadamente para cada delito), bem como diante do

reconhecimento do crime único entre o delito de atentado violento ao pudor e estupro, nos termos da Lei n. 12.015/2009.

Aduz, em síntese, que a elevação da pena pela continuidade delitiva deveria ser orientada pela quantidade de crimes perpetrados e, desta forma, sendo 5 (cinco) crimes de roubo e 5 (cinco) crimes de estupro, o *quantum* a ser aplicado seria de 1/3 (um terço), e não de 2/3 (dois terços) para o roubo, e o triplo da pena para o estupro, como restou decidido.

Alternativamente, alega a ausência de equidade no *quantum* aplicado pelo aumento em razão do crime continuado – 2/3 (dois terços) para o crime de roubo e 3 (três) vezes para o crime de estupro –, uma vez que foi a mesma quantidade de delitos e, também, em razão de que, para ambos, foram verificadas as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, requerendo, destarte, a prevalência do patamar de 2/3 (dois) terços para ambos os delitos.

Contrarrazões às f. 29-52, requerendo, preliminarmente, o não conhecimento do agravo, por ausência de peças indispensáveis para a sua análise; e, no mérito, o improvimento do agravo.

Decisão mantida às f. 53.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (às f. 59-60), opinando pelo acolhimento da prefacial ministerial e, no mérito, pelo improvimento do recurso.

### **VOTO (EM 28.3.2011)**

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (Relator)

Consoante relatado, trata-se de agravo criminal interposto por Douglas Igor da Silva Fernandes contra a decisão que lhe reduziu as penas aplicadas pelos delitos de roubo, estupro e atentado violento ao pudor, diante do reconhecimento da continuidade delitiva (separadamente para cada delito), bem como diante do reconhecimento do crime único entre o delito de atentado violento ao pudor e estupro, nos termos da Lei n. 12.015/2009.

Aduz, em síntese, que a elevação da pena pela continuidade delitiva deveria ser orientada pela quantidade de crimes perpetrados e, desta forma, sendo 5 (cinco) crimes de roubo e 5 (cinco) crimes de estupro, o *quantum* a ser aplicado seria de 1/3 (um terço), e não de 2/3 (dois terços) para o roubo, e o triplo da pena para o estupro, como restou decidido.

Alternativamente, alega a ausência de equidade no *quantum* aplicado pelo aumento em razão do crime continuado – 2/3 (dois terços) para o crime de roubo e 3 (três) vezes para o crime de estupro –, uma vez que foi a mesma quantidade de delitos e, também, em razão de que, para ambos, foram verificadas as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, requerendo, destarte, a prevalência do patamar de 2/3 (dois) terços para ambos os delitos.

Preliminarmente, o Ministério Público opina pelo não conhecimento do presente feito (f. 29-52), em face da ausência das cópias necessárias para a instrução do agravo.

Pois bem, embora o agravante não tenha juntado todas as cópias exigidas pelo artigo 525 do Código de Processo Civil, já que se olvidou de juntar a certidão de intimação da decisão (a fim de se verificar a tempestividade do recurso), esta, posteriormente, foi juntada aos autos às f. 89, o que por certo sanou a deficiência havida, não merecendo, destarte, acolhida a preliminar suscitada pelo órgão ministerial.

Passo, então, à análise meritória.

No que se refere à aplicação do *quantum* de 1/3 (um terço) para os delitos de roubo e, do mesmo patamar, para os crimes de estupro, adotando-se o critério de número de delitos para o aumento da pena diante da continuidade delitiva, devo, desde já, dizer que não há acolher esta pretensão.

Isso porque a regra aplicada para o aumento da pena pela continuidade delitiva, no caso em comento, não foi aquela prevista no *caput* do artigo 71 do Código Penal, e sim a prevista no seu parágrafo único, segundo a qual, *in verbis*:

[...] Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do artigo 70 e do artigo 75 deste Código.

Ou seja, sendo os delitos mais gravosos, como os são os que foram perpetrados pelo agravante – roubo e estupro –, é óbvio que não mereciam o mesmo tratamento dado aos crimes continuados comuns, onde o rigor é atenuado, impondo-se, destarte, a aplicação de um aumento mais elevado, que deve ser ponderado, sobretudo, com base no número de delitos perpetrados e, ainda, nas circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal.

Nesse sentido, *in verbis*:

Nos delitos cometidos com violência e grave ameaça a vítimas diferentes, art. 71 parágrafo único, do CP, o aumento mínimo tem que ser maior que aquele estabelecido para o *caput* do mesmo dispositivo penal. É a interpretação única da alteração feita na legislação, pois, caso contrário, não existiria motivo, para se criar o parágrafo: bastaria apenas fazer nova redação. Ademais, o percentual de aumento deve variar de acordo com o número de crimes. Quanto mais delitos, maior o acréscimo [...]. (RJTJERGS 213/125).

Por outro lado, todavia, entendo que, uma vez que ambos os delitos – roubo e estupro – foram perpetrados dentro de um mesmo contexto fático e, ainda, como ressaltado alhures, diante de os critérios de exasperação seguirem, sobretudo, o número de delitos praticados, os quais, como dito, no caso presente, foram 5 roubos e 5 estupros –, entendo que o aumento a ser aplicado deve ser igualitário para ambos os crimes –, razão pela qual o aumento da pena pelo percentual de 2/3 (dois terços) é o que se mostra mais escorreito.

A jurisprudência, nesse sentido, deixa assente:

*HABEAS CORPUS*. DOIS CRIMES DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO, CONCURSO DE AGENTES E RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DAS VÍTIMAS EM CONTINUIDADE DELITIVA, E DE QUADRILHA ARMADA EM CONCURSO MATERIAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE. INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL APRESENTADA PARA JUSTIFICAR AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS TIDAS POR DESFAVORÁVEIS. CONCURSO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO. CONTINUIDADE DELITIVA. 2 (DUAS) VÍTIMAS. APLICAÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 71 DO CP. AUMENTO DE 1/6 (UM SEXTO) EM VIRTUDE DA QUANTIDADE DE CRIMES E DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS.

1. [...]

7. A majoração da pena pela aplicação do art. 71, parágrafo único, do Código Penal, deve ter fundamentação com base no número de infrações cometidas e também nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

8. Seguindo essa diretriz, verifica-se que o Juízo de primeiro grau se excedeu ao proceder, diante do reconhecimento da continuidade delitiva específica, o aumento em 1/2 (metade) da pena, na medida em que foram praticados 2 (dois) crimes de roubo circunstanciado e as circunstâncias judiciais são favoráveis ao Réu.

9. [...] (STJ, HC n. 77889/RJ (*Habeas Corpus* n. 2007/0043221-5), Quinta Turma, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Laurita Vaz, DJ de 1.3.2010).

Ressalto, outrossim, que a gravidade do delito de estupro – fundamento utilizado como critério de exasperação a justificar o aumento pela continuidade delitiva pelo triplo da pena aplicada – não é motivo idôneo a estes fins, mormente pelo fato de que a pena *in abstracto*, prevista para este tipo penal, já prevê esta circunstância como motivo norteador de seu *quantum* – que varia de 6 (seis) a 10 (dez) anos – ou seja, cuja pena mínima é muito acima daquelas previstas para outros delitos considerados como sendo de menor gravidade.

Assim sendo, mantendo-se a fixação da pena referente ao delito de roubo, nos moldes exarados pela instância singela (onde restou consignado o aumento pela continuidade delitiva em 2/3) – 10 anos, 3 (três) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado –, necessária se faz nova dosimetria com relação ao delito de estupro e atentado violento ao pudor.

Fixada a pena mais gravosa, para os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, em 10 (dez) anos de reclusão, aplicando-se o parágrafo único do artigo 71 do Código Penal, aumento a pena em 2/3 (dois terços), restando a pena em 16 (dezesesseis) anos e 8 (oito) meses de reclusão.

Nos termos previstos no artigo 69 do Código Penal, resta ao sentenciado a pena, em definitivo, em 26 (vinte e seis) anos, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias, que deverá ser cumprida no regime inicial fechado.

Com estas considerações, conheço do presente agravo criminal e, em parte com parecer, dou-lhe parcial provimento, nos termos acima expendidos.

POR UNANIMIDADE, AFASTARAM A PRELIMINAR. NO MÉRITO, A CONCLUSÃO DE JULGAMENTO FOI ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO 1º VOGAL (DES. DORIVAL), APÓS O RELATOR DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. O 2º VOGAL AGUARDA.

### **VOTO (EM 4.4.2011)**

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (1º Vogal)

Primeiramente, em que pese haver votado pela rejeição da preliminar pela falta de instrução do agravo com as peças indispensáveis para a análise, por ser 1º Vogal, somente tive acesso aos autos com o pedido de vistas e, então, percebo que o caso é de acolhimento da preliminar.

O feito está instruído apenas com a cópia da decisão impugnada - f. 25-8, repetida às f. 85-8, todavia, a meu ver, para análise da continuidade delitiva, outros elementos devem ser demonstrados, tendo em vista o que dispõe o artigo 71, *caput* e parágrafo único, do Código Penal.

Com efeito, para aplicação da continuidade delitiva e o *quantum* de aumento da pena é necessário avaliar: *condições de tempo, lugar, maneira de execução, culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias*, como dispõe o citado artigo e, para tanto, são necessárias as cópias das denúncias e sentenças, e não somente o que dispõe o artigo 525 do Código de Processo Civil. É necessária a adaptação da norma para o caso penal.

Ademais não há falar em suprimento da falta, pois, como bem ressaltou a i. Procuradora em seu parecer (f. 120), as cópias juntadas às f. 63-116 são reproduções das acostadas às f. 2-53.

Assim, acolho a preliminar de não conhecimento do agravo em razão da inexistência de documentos indispensáveis à análise do recurso.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA PARA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO 2º VOGAL (JUIZ FRANCISCO GERARDO), APÓS O RELATOR DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO E O 1º VOGAL ACOLHER A PRELIMINAR.

### VOTO (EM 11.4.2011)

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa (2º Vogal)

Quanto à preliminar, mantenho meu voto no sentido de acompanhar o douto Relator, conhecendo do recurso.

Com efeito, houve posterior juntada da certidão de intimação, possibilitando assim aferir a tempestividade do recurso. Outrossim, a cópia da decisão atacada, existente nos autos, mostra-se suficiente para a análise das pretensões formuladas neste agravo em execução.

Importante notar que, em eventual necessidade, os processos originários, com todos os elementos aferidos pelo juiz *a quo*, podem ser consultados via *internet*, visto que são virtuais.

Assim, apesar de realmente incumbir ao agravante indicar as peças necessárias à instrução do recurso, conforme preceitua o art. 587 do Código de Processo Penal, tal irregularidade *in casu* não prejudicará a apreciação das teses formuladas, sendo possível o conhecimento do recurso.

É como voto, no tocante à preliminar.

### MÉRITO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (1º Vogal)

No mérito, dirijo do i. Relator tão somente quanto à redução do patamar de aumento da pena para 2/3, aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, aplicado pelo magistrado no triplo.

Não há reparos a serem feitos na bem arrazoada decisão de f. 25-8, pois o fato de aplicar o patamar de aumento em 2/3 para os crimes continuados de roubo não vincula a aplicação do mesmo patamar para os crimes em continuidade de estupro e atentado violento ao pudor.

Dispõe o artigo 71, *caput* e parágrafo único, do Código Penal:

Art. 71 - 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 subsequentes 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.

Parágrafo único - Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.

O patamar de 1/6 a 2/3 é fixado no *caput* do citado artigo para os crimes continuados comuns ou simples, enquanto no parágrafo único o patamar é de até o triplo, aos crimes continuados específicos ou qualificados - em razão da gravidade concreta do delito.

No caso em análise quanto à continuidade do estupro, é qualificada pelo *modus operandi*, em razão da forma de execução dos atos de estupro e atentado violento ao pudor, que, embora reconhecidamente configure crime único, denota culpabilidade de intensa gravidade, dada a alta reprovabilidade da conduta do agente.

Também são de alta prejudicialidade ao réu as circunstâncias do crime de estupro praticado contra as vítimas, por meio de rendição com arma branca até local ermo onde efetivava os atos lascivos.

Não se desfigura as consequências sabidamente danosas às vítimas, que tiveram suas integridades físicas e emocionais seriamente arruinadas.

Como se vê, tem razão o legislador ao estabelecer a diferenciação como garantia do princípio da individualização da pena, que não pode ser observado, a todo custo de forma a beneficiar o réu, mas a garantir que o apenamento cumpra a finalidade retributiva e preventiva da pena. Afinal, o direito penal existe também para proteger a sociedade, caso contrário não encontraria razão de ser.

Ressalte-se a benesse da quantidade delitiva ao réu, pois, se assim não fosse, as penas restariam em 38 anos e 8 meses de prisão somente em relação aos crimes de estupro. Com a continuidade, restou em 30 anos de reclusão a tais crimes de estupro e atentado violento ao pudor. Assim, garantida está a finalidade benéfica da continuidade delitiva.

Como bem ressalta NUCCI:

O aumento, por ser aplicado no triplo, poderia levar o crime à pena semelhante àquela aplicada no caso de concurso material. A crítica não é razoável porque o juiz jamais poderá ultrapassar o critério do art. 69 (concurso material), sendo certo ainda que em crimes violentos, atingindo bens personalíssimos, a pena precisa ser aplicada com maior rigor.<sup>1</sup>

De todo exposto, com parecer, pela manutenção da decisão recorrida, mantendo-se as penas de 10 anos, 3 meses e 10 dias de reclusão para os crimes de roubo e 30 anos de reclusão para os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, totalizando as penas em 40 anos, 3 meses e 10 dias de reclusão.

O Sr. Juiz Francisco Gerardo de Sousa (2º Vogal)

No que tange ao mérito, considero parcialmente procedente o agravo.

Não tenho dúvidas em acompanhar o douto Relator com relação ao indeferimento do pedido de aplicação do aumento em 1/3 para os delitos de roubo e estupro.

Também tenho como impossível reduzir o *quantum* de aumento para o crime de estupro, igualando ao *quantum* aplicado para o delito de roubo, pois o crime continuado “específico” impõe maior rigor no tratamento penal, podendo inclusive ser fixado até o triplo, dada a periculosidade diferenciada entre as hipóteses descritas no art. 71 do Código Penal.

No entanto, a meu sentir, o percentual de aumento utilizado pelo julgador monocrático também não reflete o melhor critério sob o prisma da jurisprudência dominante.

Vejamos. Tratando-se de crime doloso praticado contra vítimas diferentes e com violência, o aumento decorrente da continuidade delitiva autoriza a exasperação da pena mais grave até o triplo.

<sup>1</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 9. ed. São Paulo: RT, 2008.

Os critérios para aferir o percentual de aumento no crime continuado específico decorrem tanto da quantidade de crimes como da avaliação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

Consoante os autos, apesar de se tratar de 5 condenações, observa-se que, em praticamente todas, a pena-base para o crime de estupro foi fixada no mínimo legal (a exceção fica por conta da condenação referente à Guia de Recolhimento n. 001.09.054676-9, onde houve provimento da Apelação n. 2009.027999-4, para que uma moduladora seja considerada desfavorável).

A jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça é iterativa no sentido de que somente aos casos em que as circunstâncias judiciais são efetivamente desfavoráveis cabe o aumento pelo crime continuado no percentual máximo:

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 157, § 2º, INCISOS I, II, CINCO VEZES, NA FORMA DO ART. 71, TODOS DO CP. DOSIMETRIA DA PENA. MAJORANTES. AUMENTO. FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA. CONTINUIDADE DELITIVA. PERCENTUAL DE AUMENTO. NÚMERO DE DELITOS (CINCO). [...] Reconhecida a modalidade de concurso de crimes prevista no parágrafo único do art.71 do CP, a exacerbação da pena deverá se nortear por critérios objetivos - número de infrações praticadas - e subjetivos - antecedentes, conduta social, personalidade do agente, assim como os motivos e circunstâncias do crime (Precedentes). III - *In casu*, não revela-se exacerbada a elevação da pena em seu dobro, por se tratar da prática de 5 (cinco) crimes consumados, praticados com grave ameaça à pessoa. Ordem parcialmente concedida. (STJ, *HC* n. 145.807, Proc. 2009/0167435-4, RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 18.5.2010, DJ de 21.6.2010).

[...] No que tange à hipótese do parágrafo único do art. 71 do CP, o Magistrado singular, ao fixar o percentual de acréscimo, ao contrário da hipótese prevista no *caput* do mesmo dispositivo legal, deve considerar o aspecto objetivo, qual seja, o número de infrações, assim como os subjetivos, caracterizados pelos antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, assim como os motivos e as circunstâncias do crime. V. O Julgador singular considerou que a pena deveria ser aumentada no triplo da sanção imposta para o delito mais grave, em virtude da periculosidade acentuada do réu, do dolo intenso e de sua extrema ousadia, pois praticou os crimes contra instituições financeiras e contra várias vítimas, munido de armas de fogo de uso proibido. VI. O Tribunal *a quo* entendeu que o acréscimo não poderia ser mantido no máximo previsto no art. 71, parágrafo único, do Estatuto Repressor, pois as circunstâncias judiciais não são totalmente desfavoráveis ao réu, mormente em face da sua primariedade, tendo esse sido reduzido para metade da pena do crime mais grave. VII. Aspectos subjetivos que aliados com o número de infrações cometidas - cinco roubos - justificam a fixação do *quantum* do aumento no dobro da pena estabelecida para o delito mais grave. [...]. (STJ, *HC* n. 69.779, Proc. 2006/0245213-0, SP, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Langaro Dipp, julgado em 10.5.2007, DJ de 18.6.2007, p. 283).

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ATENTADOS VIOLENTOS AO PUDOR CONTRA DUAS VÍTIMAS MENORES DE 14 ANOS PELO PERÍODO DE APROXIMADAMENTE 1 ANO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CONCURSO MATERIAL E CRIME CONTINUADO. AUMENTO DA PENA. CRITÉRIOS. ORDEM DENEGADA. [...] 2. No crime continuado específico, deve o magistrado proceder ao aumento da pena de acordo com o critério objetivo da quantidade de crimes e a avaliação das circunstâncias judiciais objetivas e subjetivas descritas no parágrafo único do art. 71 do CP. 3. Todavia, havendo todas as circunstâncias judiciais sido consideradas não-desfavoráveis ao condenado (pena-base no mínimo), ao julgador

resta tão-somente atentar para o número de infrações a fim de realizar o correspondente aumento da pena. 4. Ordem denegada. (STJ, *HC* n. 97.181, Proc. 2007/0302826-7, GO, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 26.5.2009, DJ de 29.6.2009).

*HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS. DUAS VÍTIMAS. CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. AUMENTO DA REPRIMENDA EM DOIS TERÇOS. CULPABILIDADE ACENTUADA E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME QUE JUSTIFICAM A ESCOLHA DA FRAÇÃO. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. ORDEM DENEGADA. [...] Tendo o órgão colegiado fundado o aumento em dois terços da reprimenda na culpabilidade, na personalidade do agente e nas circunstâncias do crime, não se pode considerar injustificada a escolha do quantum de elevação, pois o próprio legislador permite que o aumento, em casos de crime continuado específico, dê-se até o triplo, e não na forma do caput do art. 71 do Código Penal, observando apenas os limites que seriam alcançados em caso de concurso material e no estabelecido no art. 75 do Código Penal. [...]. (STJ, *HC* n. 156.697, Proc. 2009/0241837-0/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 16.12.2010).

Nestes termos, tenho como necessário o reenquadramento do percentual de aumento, pois, diante dos fatores apontados (número de infrações e valoração das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal), a meu sentir, afigura-se mais adequado o aumento em dobro.

Procedo, portanto, com a retificação da dosimetria.

Considerando a pena mais grave em 10 (dez) anos de reclusão, em decorrência do reconhecimento da figura do crime continuado específico (art. 71, parágrafo único, do Código Penal), aplico o aumento em seu dobro, perfazendo ao final o *quantum* de 20 (vinte) anos para o crime de estupro.

Por fim, diante do que preceitua o art. 69 do Código Penal, as penas quedam-se definitivamente em 30 (trinta) anos, 3 (meses) e 10 (dez) dias de reclusão.

Permanecem inalteradas as demais disposições.

#### 4) Conclusão

Nestes termos, conheço do agravo e, no mérito, dou parcial provimento, para que seja reduzido o percentual de aumento pelo crime continuado, fixando, porém, em maior grau (dobro) àquele estabelecido pelo douto Relator (2/3), ficando a pena fixada nos moldes alhures indicados.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA E EM PARTE COM O PARECER, REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, DERAM PARCIAL PROVIMENTO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência da Exma. Sra. Des<sup>a</sup> Marilza Lúcia Fortes.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Carlos Brandes Garcia, Dorival Moreira dos Santos e o Juiz Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 11 de abril de 2011.

\*\*\*

**Primeira Turma Criminal**  
**Apelação Criminal n. 2011.010622-7 - Campo Grande**  
**Relator Des. João Carlos Brandes Garcia**

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ART. 121, § 2º, INCISO I, CÓDIGO PENAL – TRIBUNAL DO JÚRI – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO PELO MP – DELIMITAÇÃO DA MATÉRIA FEITA NAS RAZÕES RECURSAIS – REJEITADA – PRETENSÃO QUE VISA À ANULAÇÃO DO JULGAMENTO – ALEGAÇÃO DE DECISÃO CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS – AUSÊNCIA DA QUALIFICADORA – EXISTÊNCIA DE PROVAS A SUSTENTAR A DECISÃO DOS JURADOS E AUTENTICAR O RECONHECIMENTO DA ALUDIDA MAJORANTE – RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO – VIOLENTA EMOÇÃO NÃO CARACTERIZADA – DECISÃO EM CONSONÂNCIA ÀS PROVAS EXISTENTES – MANTIDA – ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – INEXISTÊNCIA DE CONFISSÃO – ATENUANTE INDEVIDA – RECURSO IMPROVIDO.

A ausência de exposição da fundamentação legal na interposição do recurso de apelação não é causa de nulidade quando delimitada, posteriormente, nas razões recursais juntadas.

Só se autoriza a cassação do veredicto popular, que tem caráter soberano atribuído constitucionalmente, quando inteiramente dissociado do contexto probatório constante dos autos. Logo, não é possível reconhecer o privilégio e afastar-se a qualificadora do motivo torpe, quando as provas existentes foram aptas a demonstrar que o apelante não agiu imbuído por violenta emoção e, ainda, praticou o delito por motivos de somenos importância, restando, assim, evidente que o conjunto probatório existente ofereceu substrato para a decisão que foi acolhida pelo Conselho de Sentença.

Restando demonstrado, pelas provas existentes, que o réu não confessou a prática delitiva que lhe foi imputada, não há falar na atenuação da pena pela aplicação da confissão espontânea.

## **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, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 6 de junho de 2011.

Des. João Carlos Brandes Garcia – Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

Trata-se de Apelação Criminal interposta por Geraldo Francisco Lessa, contra a sentença que, após decisão do Conselho de Sentença, o condenou à pena de 15 (quinze) anos de reclusão, em regime fechado, pela prática do delito tipificado no art. 121, § 2º, I, do Código Penal.

Em suas razões (às f. 645-60), postula, inicialmente, a anulação do julgamento, sob o argumento de que este seria contrário às provas dos autos, pois, segundo salienta: não se teria comprovado que o delito fora perpetrado por motivo torpe; e, ainda, teria ele agido impelido por violenta emoção, razão pela qual deveria ter sido reconhecida a forma privilegiada.

Alternativamente, requer a redução da reprimenda, com o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.

Contrarrazões às f. 679-97, objetivando, em preliminar, o não conhecimento do recurso, diante da ausência de fundamentação da peça de interposição.

No mérito, pugna o *Parquet* pela manutenção da decisão de 1º Grau.

A Procuradoria-Geral de Justiça (no parecer acostado às f. 705-10) opina pelo acolhimento da preliminar de não conhecimento e, no mérito, pelo improvimento do recurso.

## VOTO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (Relator)

Geraldo Francisco Lessa foi denunciado pela prática de homicídio qualificado, tipificado no art. 121, § 2º, I, do Código Penal, porque no dia 29 de dezembro de 2007, por volta das 16h40min., na Rua Evelina Selingard, 764, Bairro Parque Lageado, nesta Capital, no estabelecimento denominado Padaria Betel, efetuou um disparo de arma de fogo contra Anderson da Silva Faria, causando-lhe os ferimentos descritos no laudo de exame necroscópico às f. 19-20, que foram a causa de sua morte.

Narra a exordial acusatória que, no dia dos fatos, a vítima Anderson, ao passar defronte ao estabelecimento acima nominado, de propriedade do ora recorrente, foi questioná-lo acerca do motivo pelo qual ele não aceitava o seu namoro com a pessoa de Eunice Zeli – sobrinha do recorrente.

Segundo consta, iniciou-se uma discussão entre ambos, quando, então, Geraldo desferiu um disparo com arma de fogo contra Anderson, atingindo-o no abdômen, sendo que a vítima, apesar de ficar 15 (quinze) dias internada, acabou por falecer.

Regularmente processado o feito, o réu foi condenado às penas do art. 121, § 2º, I, do Código Penal, à pena de 15 (quinze) anos de reclusão, após decisão do Conselho de Sentença que reconheceu autoria e materialidade, além da qualificadora.

Irresignado com esse *decisum*, busca o recorrente a anulação do julgamento, sob o argumento de que estaria contrário às provas dos autos, pois, segundo salienta: não se teria comprovado que o delito fora perpetrado por motivo torpe; e, ainda, teria ele agido impelido por violenta emoção, razão pela qual deveria ter sido reconhecida a forma privilegiada.

Alternativamente, requer a redução da reprimenda, com o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.

O Ministério Público, em sede de contrarrazões, levantou preliminar de não conhecimento do recurso, tendo em vista que a defesa, em sua petição de interposição da apelação, não delimitara quais as matérias de seu inconformismo.

Pois bem, apesar de a defesa, de fato, não ter delimitado na petição de interposição do recurso qual o motivo que a levava a apelar, quando da juntada das respectivas razões recursais, de forma clara e expressa, consignou-as, estabelecendo, assim, os limites a serem observados no julgamento do recurso, inexistente, portanto, qualquer irregularidade que impeça o conhecimento da apelação em tela.

Nesse sentido já decidiu o STJ:

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO ANALÍTICA DA INVOCADA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. LEI N. 9.455, DE 7 DE ABRIL DE 1997. LEI DOS CRIMES HEDIONDOS. REVOGAÇÃO PARCIAL. TRIBUNAL DO JÚRI. CRIME CONTRA A VIDA. SOBERANIA DE VEREDICTOS. VERTENTES ALTERNATIVAS DA VERDADE DOS FATOS. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE. APELAÇÃO. ALCANCE. NÃO IDENTIFICAÇÃO DA MOTIVAÇÃO LEGAL. SUPRIMENTO POR OCASIÃO DA APRESENTAÇÃO DAS RAZÕES. POSSIBILIDADE. DELIMITAÇÃO. CONTEÚDO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO.

[...] 9. Não indicada, quando da interposição do apelo contra decisão do Tribunal do Júri, a sua motivação legal, pode a omissão ser sanada nas razões, complemento obrigatório do recurso. 10. Embora restrita, a apelação contra decisões proferidas pela instituição do Tribunal do Júri há de ser delimitada não pela alínea que se tem por violada, mas, sim, pelo conteúdo das razões nela expendidas. 11. Recurso parcialmente conhecido para determinar que a Corte Estadual prossiga no julgamento da apelação, apreciando as nulidades argüidas, porém não decididas. (REsp n. 220188/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 16.8.2001, DJ de 4.2.2002, p. 580).

Rejeito, pois, a preliminar e conheço do recurso.

Passo à análise do recurso.

Segundo relatado, a pretensão defensiva trazida nesta apelação visa à anulação do julgamento sob o argumento de que a decisão fora contrária às provas dos autos, pois, além de não ter restado configurada a qualificadora do motivo torpe, o crime fora praticado impelido por violenta emoção.

Consoante ressaltado, as decisões do júri somente podem ser anuladas quando estas forem isoladas e absolutamente dissociadas das provas dos autos.

Pois bem, analisando as provas existentes neste processo, verifico, todavia, que estas foram fartas a embasar o decreto condenatório nos moldes expostos em primeiro grau.

A qualificadora do motivo torpe restou estampada diante do fato de o recorrente ter assassinado a vítima, Anderson da Silva Farias, apenas por não aprovar o relacionamento que esta mantinha com a sua sobrinha – Eunice Zelli Lessa –, sendo que, por diversas vezes, manifestou o seu inconformismo (no que se refere a este relacionamento) diante do fato de Anderson ser pobre e negro.

Referida qualificadora restou sobejamente demonstrada pelos depoimentos prestados por: Cleonice Rocha da Silva (às f. 16 e 305-7); Eunice Zelli Lessa (às f. 27-8 e 319-22), Cirley Rodrigues de Lima (às f. 22-3 e 308-11). Veja-se:

JUIZ: Sabe por qual motivo o Geraldo assassinou o seu filho?

DEPOENTE: O motivo é porque ele não queria o namoro do meu filho com Eunice, porque diz que meu filho era pobre e negro, então que a guria tinha condição de arrumar coisa melhor.

[...]

JUIZ: Como aconteceu o crime?

DEPOENTE: Meu filho me contou no CTI que ele ia passando, porque eu tinha pedido para ele pegar um CD para mim, evangélico, na casa de uma irmã, e ele ia passando, o Sr. Geraldo estava lá na frente da padaria e ele foi perguntar para o Sr. Geraldo, né, porque o Sr. Geraldo tinha contra ele, que ele era negro, era pobre, mas era uma pessoa direita, evangélica e que os pais da menina já tinha aceitado o namoro deles, tanto que eles estavam de aliança, e o Sr. Geraldo falou para ele que se dependesse dele que com ele... com ela, com o meu filho a Eunice não casava. E aí meu filho falou para ele que lês iam casar, ele querendo sim ou não. Ele falou, assim: “Olha, é melhor você sair de dentro da minha padaria, porque se não eu acabo atirando em você. Até então, a gente conhecia o Sr. Geraldo como uma pessoa cristã, não acreditada que ele estava com uma arma na cintura. E ele tirou a arma, encostou no meu filho, puxou o gatilho, deu um só tiro no meu filho, aí meu filho caiu, tentou se arrastar para sair para fora e ele não teve mais força porque a bala atravessou a medula do meu filho, aí ele e a dona, a esposa do Sr. Geraldo, puseram meu filho para fora, jogaram meu filho como cachorro para fora. [...] Aí eles fecharam a padaria, saíram, quando eu cheguei lá meu filho estava caído lá no chão e o pessoal gritando: ‘Foi o Sr. Geraldo, foi o Sr. Geraldo que atirou nele.’ Meu filho disse: ‘Mãe, foi o Sr. Geraldo que atirou em mim, porque ele não quer que caso com a Eunice’. Daí meu filho foi para o hospital, ficou esses.... Do dia 14 do dia 29 de dezembro até o dia 14 de janeiro internado, nunca saiu do CTI e eu fiquei esperando que meu filho voltasse para casa, por isso eu não voltei na polícia, só voltei depois que meu filho morreu (*sic*, Depoimento prestado por Cleonice Rocha da Silva às f. 305-7).

Eunice Zelli Lessa, namorada da vítima e sobrinha do recorrente, ao prestar o seu testemunho, tanto na fase policial quanto em juízo, deixou evidente que Geraldo – seu tio –, além de abominar o namoro que esta mantinha com a vítima, repulsava este relacionamento, em razão de Anderson ser pobre e possuir pele negra. Veja-se:

JUIZ: A senhora namorava a vítima Anderson há quanto tempo?

DEPOENTE: Há sete meses.

[...]

JUIZ: O acusado Geraldo é seu tio?

DEPOENTE: Sim.

JUIZ: Ele aceitava na boa o namoro seu com o Anderson?

DEPOENTE: Não, ele nunca aceitou.

JUIZ: Por que ele não aceitava?

DEPOENTE: Porque o Anderson, ele era negro. Ele sempre falou que tem que arrumar um cara branco, que tivesse dinheiro, e pelo Anderson ser negro e pobre, ele não queria. Ele falou assim que de pobre e pé de chinelo já bastava meu pai. Que minha mãe ficou sofrendo muito tempo na mão dele, isso que ele falava.

[...]

JUIZ: Seu tio comentava essa discriminação racial para a senhora?

DEPOENTE: Sim. Não só dele, de todas as pessoas, assim, negras que ele via, assim, quando, na época que eu trabalhei com ele, ele sempre falou.

[...]

JUIZ: A senhora presenciou o momento do crime, a senhora estava lá no local?

DEPOENTE: Não. Ele tinha acabado de me deixar na casa de uma amiga minha, aí ele disse que ia subir na igreja, aí ele subiu na igreja, depois eu só vi ele no hospital.

JUIZ: A senhora chegou a conversar com ele no hospital?

DEPOENTE: Sim.

JUIZ: O que ele falou?

DEPOENTE: Ele procurou não falar muito, mas ele falou que o Geraldo atirou nele e falou que com a sobrinha dele ele não casava, e ele falou que ia casar comigo, que era esses os planos dele, porque ele me amava, mas ele, o Geraldo, falou assim: ‘Mas com um preto pé de chinelo como você ele não vai ficar’.

[...]

MP: Você já tinha visto seu tio portando arma de fogo, antes?

DEPOENTE: Sim, várias vezes. Ele tinha aquela, a 38 do cabo marrom e tinha uma do cabo branco. Essa do 38 do cabo marrom, quando ele saía, ele deixava no armarinho da parte do fundo da padaria, que ele falava que, se alguém entrasse, poderia usar. Tanto que uma vez ele chegou a falar pra mim que, quando eu completasse 15 anos, se eu aprendesse a atirar, ele me dava aquela arma [...].

MP: Você chegou a visitar o Anderson no hospital?

DEPOENTE: Sim.

MP: Você chegou a conversar com ele?

DEPOENTE: Sim.

MP: Ele contou para você o que aconteceu no momento do crime?

DEPOENTE: Não, ele só falou que ele tava passando por lá, e o Geraldo xingou ele, ele desceu, depois subiu de novo, o Geraldo xingou ele de novo, ele parou e perguntou o que ele tinha contra ele, aí o Geraldo falou que ele era preto, safado e vagabundo e que ele não queria que ele ficasse comigo. Aí depois ele já não quis falar muito (*sic*, Depoimento prestado por Eunice Zelli Lessa às f. 319-22).

A testemunha Cirley Rodrigues de Lima, que esteve com a vítima pouco depois de ela ser alvejada pelo tiro, também mencionou, em seu depoimento, que Anderson lhe contou em detalhes como se deram os fatos, relatando, inclusive, que, após levar o tiro, a esposa de Geraldo – Vilma – teria chutado a sua mão (que ficara para dentro da padaria) para fora.

A testemunha Letícia Aparecida da Silva, vizinha do local onde aconteceram os fatos, ao depor às f. 74, disse, *in verbis*:

[...] que a depoente mora vizinha de onde ocorreram os fatos e esclarece que no exato momento ia passando em frente à padaria de propriedade do senhor Geraldo Lessa,

quando chegou bem na esquina ouviu um estampido de disparo de arma de fogo no interior da padaria; que ao ouvir o disparo a depoente olhou para o interior da padaria e visualizou um rapaz caído no chão e de pé próximo a ele visualizou o senhor Geraldo e a esposa dele a senhora Vilma, a qual disse para ele ‘por que você fez isso’, foi quando ele respondeu ‘cala sua boca e me ajuda a tirar ele daqui’, em seguida os dois arrastaram o rapaz até a calçada e depois fecharam as portas do estabelecimento.

Cleia Maria de Farias, também vizinha da padaria onde aconteceu o homicídio, disse, igualmente, ter visto a esposa de Geraldo empurrar a vítima para fora da padaria, bem como salientou que Anderson, que estava ferido ao chão, mas ainda consciente, lhe contara que fora alvejado em razão de Geraldo não querer que mantivesse o namoro com a sua sobrinha.

Veja-se, pois, que as provas existentes são fartas a apontar que o delito foi, sim, perpetrado por motivo de somenos importância, ou seja, de forma desarrazoada, mesquinha, não há, portanto, falar na ausência da qualificadora em questão.

Ademais, ao contrário do que afirma o apelante, verifica-se que os jurados não decidiram contrariamente às provas produzidas, apenas adotaram por verdadeira a tese da acusação.

A jurisprudência, em casos tais, deixa assente, *in verbis*:

APELAÇÃO CRIMINAL - TRIBUNAL DO JÚRI - ALEGAÇÃO DE MANIFESTA CONTRARIEDADE À PROVA DOS AUTOS - HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO MOTIVO TORPE E PELA UTILIZAÇÃO DE RECURSO DE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA - EXISTÊNCIA DE PROVAS CAPAZES DE SUSTENTAR A DECISÃO DOS JURADOS E DE AFASTAR A TESE DEFENSIVA DE NEGATIVA DA AUTORIA - VEREDICTO DO CONSELHO DE SENTENÇA INTOCÁVEL NESTA SEDE

Havendo nos autos prova capaz de justificar a opção dos jurados, mesmo que haja outros indícios em sentido contrário, não é lícito ao Tribunal de Justiça anular o julgamento do Conselho de Sentença por contrariedade à prova dos autos, sob pena de violar a sua soberana competência constitucionalmente garantida. (TJSC, ACr n. 2006.007833-1, Rel. Des. Torres Marques, DJ de 28.4.2006 – grifo nosso).

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO QUALIFICADO – PARTICIPAÇÃO – DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS – NÃO-OCORRÊNCIA – CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL – DELAÇÃO – PROVAS SEGURAS – RECURSO IMPROVIDO.

Em razão da soberania do júri popular, apenas se admite a anulação do julgamento quando a decisão dos jurados está totalmente dissociada das provas dos autos. (ACr n. 2004.007256-2, Campo Grande, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. João Carlos Brandes Garcia, julgado em 22.9.2004 – grifo nosso).

Dessa forma, com base no princípio constitucional da soberania dos veredictos, previsto no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea “c”, da Constituição Federal, mantém-se a qualificadora do motivo torpe, tal como nos termos decididos pelo Conselho de Sentença.

Outrossim, no que se refere à tese defensiva da ocorrência do homicídio privilegiado, também, não há como acolhê-la.

*In casu*, as provas carreadas ao caderno processual foram muito bem analisadas pelo Conselho de Sentença, que rejeitou a tese de desclassificação do crime para homicídio privilegiado, acolhendo, destarte, a tese acusatória da prática do delito de homicídio qualificado por motivo torpe.

Urge, constar que, para a caracterização da violenta emoção, tal como pretendido pela defesa, mister se faz que o agente tenha reagido à injusta provocação da vítima e esteja sob o domínio de emoção repentina e intensa, o que, porém, não se comprovou nos autos, ao contrário, como visto, as provas existentes foram fartas a demonstrar que o recorrente agiu, não impelido por violenta emoção, mas sim por motivo fútil e mesquinho, sem qualquer razoabilidade em sua ação.

Extraí-se da denúncia que o apelante e a vítima encontraram-se defronte ao estabelecimento comercial do primeiro e, por motivos insignificantes (a não aceitação do recorrente acerca do namoro que a vítima mantinha com sua sobrinha), iniciaram uma discussão, que teve como desfecho a morte de ANDERSON.

Não se olvida que, durante uma discussão, as pessoas envolvidas ficam com os ânimos alterados, porém, essa '*alteração de temperamento*' não pode ser reconhecida como 'violenta emoção', sob pena de se abrirem precedentes para o cometimento de delitos amparados por esta atenuante.

Ademais, é cediço que a decisão do Conselho de Sentença deve ser mantida quando, como no caso presente, em consonância com as provas existentes nos autos, não existindo dúvidas quanto à autoria do homicídio, é, portanto, inviável submeter-se o apelante a um novo julgamento.

Neste sentido:

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO – PRETENDIDA ANULAÇÃO DO JÚRI – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR NÃO CONSTAR NA DECISÃO O REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA IMPOSTO AO APELANTE – REJEITADA – SENTENÇA CLARA – RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO–IMPOSSIBILIDADE–VIOLENTAEMOÇÃO NÃO-CARACTERIZADA – RECURSO IMPROVIDO. Não há falar em preliminar da nulidade decisão, quando nela constar expressamente o regime inicial de cumprimento de pena. Da mesma forma, não é possível reconhecer o privilégio, se não ficou comprovado ter o apelante agido movido por violenta emoção. (TJMS, ACr n. 2008.033074-9- Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, julgado em 24.11.2008).

No que diz respeito à aplicação da atenuante da confissão espontânea, também, não merece retoque a decisão recorrenda.

Infere-se dos autos que o recorrente, em ambos os momentos em que foi ouvido, não confessou a prática criminal, ao contrário, disse que não praticou o delito, bem como que a arma que vitimara Anderson não era de sua propriedade, sendo este quem a portava, assertiva esta totalmente dissociada do conjunto probatório, como já demonstrado.

Desta forma, não é cabível a diminuição da pena como pretendido.

Diante do exposto, afasto a preliminar de não conhecimento arguida e, acompanhando o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, nego provimento ao recurso interposto por Geraldo Francisco Lessa.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E EM PARTE COM O PARECER, REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência da Exm<sup>a</sup> Sr<sup>a</sup> Des<sup>a</sup> Marilza Lúcia Fortes.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Carlos Brandes Garcia, Marilza Lúcia Fortes e Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 6 de junho de 2011.

\*\*\*

**Segunda Turma Criminal**  
**Agravo Criminal n. 2011.005414-8 - Dourados**  
**Relator Des. Manoel Mendes Carli**

EMENTA – AGRAVO CRIMINAL – DECRETO N. 7.420/10, ART. 7º, PARÁGRAFO ÚNICO – CONCESSÃO DE COMUTAÇÃO DA PENA – CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO E CRIMES COMUNS – CUMPRIMENTO DE 2/3 DA PENA DO CRIME IMPEDITIVO – PREENCHIMENTO REQUISITO OBJETIVO – NECESSIDADE DE ANÁLISE DO REQUISITO SUBJETIVO – PARCIAL PROVIMENTO.

No concurso entre crimes comuns e hediondo, é possível a comutação da pena relativa aos delitos comuns, quando cumpridos 2/3 do crime impeditivo, nos termos do parágrafo único do art. 7º do Decreto n. 7.420/10.

Ao crime de tráfico de drogas, equiparado a hediondo, nos termos do inciso I do art. 8º do decreto acima citado, não se aplica a comutação de pena.

Para a concessão da comutação da pena, não basta apenas o alcance do requisito objetivo (2/3 de cumprimento da pena do crime impeditivo), sendo necessária a análise também do critério subjetivo.

## **ACÓRDÃO**

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

Campo Grande, 11 de abril de 2011.

Des. Manoel Mendes Carli – Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Ricardo Pinheiro Miyamoto interpõe recurso de Agravo em Execução Penal, em face da decisão proferida pelo Juiz da 1ª Vara Criminal da Comarca de Dourados, que indeferiu o pedido de comutação de sua pena, com fundamento no Decreto Federal n. 7.420/10.

O agravante, em suas razões colacionadas às f. 3-7, aduz que cumpriu mais de 7 (sete) anos e 8 (oito) meses de sua pena unificada de 16 (dez) anos e 2 (dois) meses de reclusão, obedecido o lapso de 2/3 referente ao crime de tráfico de drogas – equiparado a hediondo – e 1/3 quanto aos crimes comuns (art. 180, art. 304 e art. 311, todos do CP), fazendo jus à benesse.

Em contrarrazões (f. 18-30), o representante do órgão ministerial requer o improvimento do recurso.

Em juízo de retratação (f. 71), o magistrado *a quo* manteve a decisão agravada.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer lançado às f. 43-5, opina pelo desprovemento do agravo em execução.

## VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Relator)

Trata-se de Recurso de Agravo em Execução interposto por Ricardo Pinheiro Miyamoto, em face da decisão proferida pelo Juiz da 1ª Vara Criminal da Comarca de Dourados, que indeferiu o pedido de comutação de sua pena, com fundamento no Decreto Federal n. 7.420/10.

Pois bem, os artigos 7º e 8º do Decreto n. 7.420, de 31 de dezembro de 2010, preveem que:

**Art. 7º** As penas correspondentes a infrações diversas devem somar-se para efeito do indulto e da comutação.

**Parágrafo único.** Na hipótese de haver concurso com infração descrita no art. 8º, a pessoa condenada não terá direito ao indulto ou à comutação da pena correspondente ao crime não impeditivo, enquanto não cumprir, no mínimo, dois terços da pena, correspondente ao crime impeditivo dos benefícios (art. 76 do Código Penal).

**Art. 8º** Os benefícios previstos neste Decreto não alcançam as pessoas condenadas:

**I** - por crime de tortura, terrorismo ou **tráfico ilícito de droga**, nos termos do arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. (Grifos nossos).

O recurso merece ser conhecido e parcialmente provido.

Infere-se dos autos que o agravante cumpre pena total equivalente a 16 (dezesesseis) anos e 2 (dois) meses de reclusão, pela prática do crime de receptação qualificada e adulteração de sinal identificador, por duas vezes (pena de 8 anos e 2 meses de reclusão), tráfico de drogas (6 anos de reclusão) e uso de documento falso (2 anos de reclusão).

Assim, tendo em vista a existência de crime equiparado a hediondo – tráfico de drogas –, a análise dos benefícios, principalmente envolvendo crimes de naturezas diversas, deve ser feita de maneira individualizada.

Pelo que se extrai dos autos, o cerne da questão está em torno do cumprimento integral ou não do crime equiparado a hediondo (tráfico de drogas), cuja pena fora fixada em 6 (seis) anos de reclusão, bem como se cabível comutação de pena relativa a este delito.

Precipuamente, insta salientar que o art. 7º, parágrafo único, do Decreto n. 7.420/10 não afronta ou viola o art. 76 do Código Penal ou o art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, tendo em vista que, nos termos do art. 84, XII, também da Constituição Federal, compete ao Presidente da República, estabelecer os requisitos necessários para a concessão de comutação de penas, não havendo inconstitucionalidade, por se tratar de ato discricionário do Chefe do Executivo Federal, sujeitando-se aos critérios de conveniência e oportunidade. Aliás, todas as penas cominadas são de reclusão, não havendo hierarquia entre elas.

Também, é cediço que aos crimes hediondos, nos termos do inciso I do art. 8º do decreto acima citado, não se aplica a comutação de pena. Porém, cabível a comutação das penas relativa aos crimes comuns.

No caso em apreço, constata-se, através dos documentos colacionados às f. 9-10, que o agravante cumpriu 2/3 da pena relativa ao tráfico de entorpecentes (4 dos 6 anos de reclusão) e 1/3 (3 anos, 4 meses e 20 dias dos 10 anos e 2 meses de reclusão) das penas relativas aos crimes comuns em 30.9.2010.

Deste modo, cumpridos dois terços da pena do crime impeditivo e um terço da pena relativa aos crimes comuns, tendo em vista ser reincidente, o agravante, em tese, preenche os requisitos estabelecidos no art. 7º do Decreto n. 7.420/10, devendo ter comutada em 1/5 a pena total relativa aos delitos comuns.

Entretanto, não basta apenas o alcance do requisito objetivo, sendo necessária a análise também do critério subjetivo, o qual não foi ainda examinado, ante o indeferimento do pedido de comutação, com base apenas no primeiro requisito.

Assim, por se tratar de aspecto relativo ao agravante no cumprimento da pena, a fim de averiguar se houve cometimento de falta grave nos últimos doze meses anteriores à publicação do decreto de indulto em questão, mister se faz que o juízo *a quo* examine a possibilidade de concessão da comutação.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso de agravo, tão somente para declarar a nulidade da decisão que indeferiu a comutação da pena relativa aos crimes comuns, ante o preenchimento dos requisitos objetivos estabelecidos no parágrafo único do art. 7º do Decreto n. 7.420/10, e determinar que o juízo da execução penal avalie a possibilidade de comutar a pena do agravante nos termos do referido diploma legal.

## 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. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Manoel Mendes Carli, Claudionor Miguel Abss Duarte e Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 11 de abril de 2011.

\*\*\*

**Segunda Turma Criminal**  
**Agravo Criminal n. 2011.006487-1 - Paranaíba**  
**Relator Des. Manoel Mendes Carli**

EMENTA – AGRAVO CRIMINAL – PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA VISITA AO PRESÍDIO – MENORES – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE VÍNCULO DE PARENTESCO COM O REEDUCANDO – PORTARIA NORMATIVA AGEPEN-MS N. 1, DE 30.11.2010 – RECURSO IMPROVIDO.

Consoante a portaria normativa Agepen-MS n. 1, de 30 de novembro de 2010, que disciplina o direito de visita nas unidades penais, o menor obtém o direito de visitação no estabelecimento penal se provar vínculo de parentesco em linha reta ou colateral até o segundo grau com o preso. Ausente prova pertinente, o pedido deve ser indeferido.

### ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 25 de abril de 2011.

Des. Manoel Mendes Carli – Relator

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Taila Cristina da Silva Oliveira (11 anos), Laís Soares da Silva (9 anos), Gislaine Correa da Silva Sousa (13 anos) e Vinicius Felipe Souza Ferreira (1 ano e 6 meses), representados pela sua genitora Elciene Correa da Silva, interpõem agravo criminal contra a decisão do magistrado da Vara Criminal da Comarca de Paranaíba nos autos de Pedido de Providência n. 018.09.002343-6/001, que indeferiu o pleito das menores quanto ao direito de visitar o interno Fábio Alves Ferreira, sob o argumento de que o ambiente prisional é pernicioso para a formação e caráter dos infantes (f. 22).

Sustenta a defesa que a decisão do magistrado *a quo* não encontra amparo legal e “*contraria os princípios norteadores da dignidade da pessoa humana, convivência familiar e ressocialização dos internos que se encontram em regime penitenciário*” (f. 5).

Narra que a representante legal dos ora agravantes, Elciene Correa da Silva, é companheira do reeducando Fábio Alves Ferreira, possuindo autorização para visita juntamente com a filha do casal.

Contudo, Elciene possui outras três filhas – Taila, Laís e Gislaine – oriundas de outro relacionamento, que foram criadas como filhas pelo reeducando, sendo que o menor Vinicius é filho da menor Gislaine.

Assim, requer o provimento do recurso, para assegurar o direito de visita aos ora agravantes, a fim de prestigiar os laços familiares e em respeito à dignidade da pessoa humana.

Contrarrazão ministerial, às f. 33-5, pelo improvimento do recurso.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo improvimento do recurso (f. 42-4).

## VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Relator)

Taila Cristina da Silva Oliveira (11 anos), Laís Soares da Silva (9 anos), Gislaine Correa da Silva Sousa (13 anos) e Vinicius Felipe Souza Ferreira (1 ano e 6 meses), representados pela sua genitora Elciene Correa da Silva, interpõem agravo criminal contra a decisão do magistrado da Vara Criminal da Comarca de Paranaíba nos autos de Pedido de Providência n. 018.09.002343-6/001, que indeferiu o pleito das menores quanto ao direito de visitar o interno Fábio Alves Ferreira, sob o argumento de que o ambiente prisional é pernicioso para a formação e caráter dos infantes (f. 22).

Sustenta a defesa que a decisão do magistrado *a quo* não encontra amparo legal e “*contraria os princípios norteadores da dignidade da pessoa humana, convivência familiar e ressocialização dos internos que se encontram em regime penitenciário*” (f. 5).

Narra que a representante legal dos ora agravantes, Elciene Correa da Silva, é companheira do reeducando Fábio Alves Ferreira, possuindo autorização para visita juntamente com a filha do casal.

Contudo, Elciene possui outras três filhas – Taila, Laís e Gislaine – oriundas de outro relacionamento, que foram criadas como filhas pelo reeducando, sendo que o menor Vinicius é filho da menor Gislaine.

Assim, requer o provimento do recurso, para assegurar o direito de visita aos ora agravantes, a fim de prestigiar os laços familiares e em respeito à dignidade da pessoa humana.

Compulsando os autos, tenho que o recurso deve ser improvido.

Embora o acompanhamento da execução da pena por parentes, amigos e, em particular, pelo cônjuge ou companheiro(a) seja fundamental para a ressocialização<sup>1</sup>, tenho que o magistrado *a quo* agiu corretamente ao indeferir a visita dos menores, ora agravantes, ao reeducando Fábio, porém por motivos diversos.

Primeiramente, consoante o artigo 8º da Portaria Normativa Agepen-MS n. 1, de 30 de novembro de 2010, para que o menor obtenha o direito de visita a estabelecimento penal, deve-se comprovar o vínculo de parentesco, que aliás no artigo 2º, § 2º, da mesma portaria, traz que é considerado, para fins de visita, os parentes em linha reta e colateral até o segundo grau, como pais, avós, filhos, netos e irmãos, situação essa não demonstrada no caso em tela.

Outrossim, não passa despercebido que a menor Gislaine, com apenas 13 (anos) e mãe do menor Vinicius, ambos agravantes que requerem o direito de visita ao reeducando Fábio, são filha e neto, respectivamente, de uma das vítimas (Jerri Adriani) do crime de homicídio cometido pelo ora reeducando.

Aliás, conforme elucidado pelo órgão ministerial, “*descabido na mentalidade confusa de uma adolescente já eivada de sérias obrigações e problemas levá-la ao presídio, na companhia do neto da vítima pra visitar o autor do homicídio!*” (f. 21).

<sup>1</sup> Nucci, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. São Paulo: RT, 2010. p.482

Ainda, importante frisar que o direito de visita ao reeducando está plenamente assegurado, porquanto sua companheira Euciene Correa da Silva e a filha comum do casal, Tamires da Silva Ferreira, possuem cartão de visita concedido pelo estabelecimento prisional da comarca de Paranaíba, conforme f. 12.

Assim, tenho que a decisão do magistrado *a quo* deve ser mantida.

Ante o exposto, com o parecer, nego provimento ao presente 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. Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Manoel Mendes Carli, Romero Osme Dias Lopes e Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 25 de abril de 2011.

\*\*\*

**Segunda Turma Criminal**  
***Habeas Corpus* n. 2011.008598-5 - Campo Grande**  
**Relator Des. Manoel Mendes Carli**

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – CONFUSÃO EM CASA NOTURNA – MORTE DE SEGURANÇA POR TRAUMATISMO MOTORÁCICO – PRISÃO EM FLAGRANTE – LIBERDADE PROVISÓRIA NEGADA – NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA ANTE A INSEGURANÇA SOCIAL – CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL ANTE A PRÁTICA ANTERIOR DE ATO INFRACIONAL – NECESSIDADE DE GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL POR EVASÃO DO LOCAL DOS FATOS – FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA – ORDEM CONCEDIDA.

Simple referências à gravidade objetiva do delito e à intranquilidade social não são fundamentos idôneos para a manutenção da prisão cautelar para garantia da ordem pública.

A prisão preventiva para a conveniência da instrução criminal é de ordem instrumental e deve ser aferida com dados concretos e objetivos no sentido de que, solto, o paciente irá atrapalhar o andamento do processo. Desta forma, o fato de o paciente ter praticado ato infracional, pelo qual foi concedida a remissão direta, não tem o condão de legitimar tal prisão.

Nem sempre a evasão do local onde o delito foi cometido pode ser interpretada como evasão do distrito da culpa e intenção de frustrar a aplicação da lei penal, visto que é perfeitamente compreensível que, após cometer um delito, o agente não permaneça no local dos fatos e procure se ocultar para evitar a prisão do flagrante, inexistindo requisitos concretos que amparem a prisão do paciente para garantia da aplicação da lei penal, pois foi encontrado momentos após a prática do delito na região próxima à sua residência.

Descabe ao Tribunal a correção de fundamentação inidônea para a custódia preventiva.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 2 de maio de 2011.

Des. Manoel Mendes Carli – Relator

## **RELATÓRIO**

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Trata-se de *habeas corpus* interposto por Afrânio Alves Corrêa, em favor de Cristhiano Luna Almeida, apontando como autoridade coatora o Juízo de Direito da 2ª Vara do Tribunal do Júri da Comarca de Campo Grande.

Sustenta o impetrante, em apertada síntese, que:

1) Constatou nos autos de prisão em flagrante que, na madrugada do dia 19 de março de 2011, o paciente se divertia no interior da casa noturna denominada *Valey Pub*, localizada na Av. Afonso Pena, nesta Capital, quando foi abordado por um segurança que o retirou do local mediante uso de força bruta, gerando resistência física do ora paciente;

2) Após aludido entrave físico, o paciente foi para a sua residência e o segurança faleceu rapidamente em razão de insuficiência respiratória, após ter recebido massagem cardíaca;

3) Neste momento, surgiu a suspeita de que o paciente teria de algum modo lesionado o segurança, assim deliberaram prendê-lo em flagrante por lesão corporal seguida de morte;

4) O paciente é primário, trabalhador, possui residência fixa no distrito da culpa e família.

Ao final, requer, liminarmente e no mérito, que seja concedido ao paciente o direito de responder ao processo em liberdade provisória. Documentos de f. 10-264.

Liminar indeferida, às f. 266-9.

Informações da autoridade apontada como coatora às f. 278-81, com documentos de f. 282-325.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 329-34, com documentos de f. 335-41, pela denegação da ordem.

## VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Relator)

Trata-se de *habeas corpus* interposto por Afrânio Alves Corrêa, em favor de Cristhiano Luna Almeida, apontando como autoridade coatora o Juízo de Direito da 2ª Vara do Tribunal do Júri da Comarca de Campo Grande.

De acordo com os documentos colacionados nos autos, o paciente foi preso em flagrante, em 19 de março de 2011, após causar confusão no interior da casa noturna denominada *Valey Pub*, localizada na Av. Afonso Pena, nesta Capital e ter causado a morte de Jefferson Bruno Escobar, segurança do referido local, que, juntamente com outros seguranças, tentavam retirar o paciente do local.

Ainda de acordo com os autos, o paciente, ao resistir à sua retirada do local, deu um golpe na vítima, que causou traumatismo torácico nela, sendo esta a causa eficiente de sua morte.

Requerida a liberdade provisória do paciente, foi indeferida, conforme decisão de f. 38-9, da qual alguns trechos passo a transcrever:

O pedido formulado deve ser indeferido.

As condições pessoais invocadas pelo requerente não são, por si só, garantia de que o benefício lhe seja concedido.

No caso dos autos, houve uma morte logo após uma luta corporal entre o requerente e a vítima Jefferson.

Embora não tenha sido juntado ao auto de prisão em flagrante algum laudo indicativo das lesões corporais ou da morte, considero que o fato morte é incontroverso, diante da repercussão do caso.

Os indícios de autoria das lesões corporais apontam somente para o requerente.

O fato de ele não se lembrar de ter agredido a vítima é irrelevante, diante de sua declaração de ter ingerido chopp e vodka durante o período em que esteve no local em que ocorreu o delito.

Sua 'fama' de ser praticante de luta marcial aliada aos episódios de violência mencionados são suficientes para reforçar tais indícios.

Assim, há prova da existência de crime e indícios de autoria suficientes que apontam para o requerente.

O art.312 do CPP autoriza a decretação da prisão preventiva quando a ordem pública estiver ameaçada pela soltura do indiciado ou acusado, ou para a conveniência da instrução criminal, ou ainda para garantir a aplicação da lei penal.

No caso em exame, a ordem pública foi abalada e continuará sendo na hipótese do réu permanecer solto.

Em seu interrogatório, o réu deu mostras de que acha que não praticou nenhuma agressão contra a vítima. Ele até podia ter dito que não se lembra, por ter bebido muito, por exemplo. Mas, não. Disse que somente se 'desvencilhou' do segurança e foi embora para a casa.

Tais palavras do requerente parecem uma provocação e não uma autodefesa.

Atitudes como essa geram insegurança no meio social, daí a necessidade da manutenção da prisão do requerente.

A conveniência da instrução criminal deve ser preservada também porque o requerente, ainda durante o período de sua menoridade penal, praticou ato infracional de idêntica natureza, fato que, embora não possa ser considerado para fins de antecedentes criminais demonstra que Christiano não se encontra disposto a colaborar com a Justiça e tampouco a adaptar-se às regras de convívio social.

Pois tais razões, indefiro o pedido de liberdade provisória formulado por Christiano Luna de almeida, com fundamento no art. 312, do Código de Processo Penal [...].

Nas informações prestadas (f. 278-81), a autoridade apontada como coatora reafirmou a necessidade da segregação cautelar para a garantia da ordem pública, porque o paciente reiteradamente se envolve em brigas, possui outros processos, mostrando reiteração na prática criminosa e fugiu do local dos fatos, havendo necessidade de se garantir a aplicação da lei penal.

De uma análise detida dos autos, verifico que, contra o parecer, a ordem deve ser concedida.

Como se vê da decisão, um dos requisitos para a segregação cautelar do paciente utilizada pela autoridade apontada como coatora foi a necessidade da garantia da ordem pública, ante a insegurança que o delito causou na sociedade.

No entanto, a gravidade do delito, insegurança causada na sociedade e/ou clamor social causado não são motivos idôneos para a manutenção da segregação cautelar do paciente.

É que “a assertiva de que, em razão do clamor público causado pelo crime, a concessão da liberdade provisória ao Paciente geraria ‘descrédito ao Poder Judiciário’, também, não é apta para dar suporte à segregação cautelar. Não demonstrada a periculosidade do réu, por meio de elementos que indiquem, de forma plausível, o risco de que haja a prática de novos crimes, caso colocado em liberdade, não se justifica a custódia cautelar [...]”. (STJ, HC n. 162.678/MA, Quinta Turma, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Laurita Vaz, julgado em 18.11.2010, DJ de 13.12.2010).

Anote-se ainda que o paciente não possui nenhuma condenação com trânsito em julgado, não havendo o que se falar em reiteração criminosa.

Aliás, curiosamente, de acordo com as anotações do SAJ, este é o único processo contra o paciente, pois a suposta agressão cometida pelo paciente contra Rafael de Freitas Mecchi está na fase inquisitorial, não havendo ainda nenhum processo-crime.

A segregação cautelar do paciente também foi mantida para a conveniência da instrução criminal.

Sobre a prisão preventiva para conveniência da Instrução Criminal, Eugênio Pacelli de Oliveira<sup>2</sup> doutrina que:

**As prisões preventivas por conveniência da instrução criminal e também para assegurar a aplicação da lei penal são evidentemente instrumentais, porquanto se dirigem diretamente à tutela do processo, funcionando como medida cautelar para garantia da efetividade do processo principal (a ação penal). Por conveniência da instrução criminal há de se entender a prisão decretada em razão de perturbação ao regular andamento do processo,** o que ocorrerá, por exemplo, quando o acusado, ou qualquer outra pessoa em seu nome, estiver intimidando testemunhas, peritos ou o próprio ofendido, ou ainda provocando qualquer incidente do qual resulte prejuízo manifesto para a instrução criminal. Evidentemente, não estamos nos referindo à eventual atuação do acusado e de seu defensor, cujo objetivo seja a procrastinação da instrução, o que pode ser feito nos limites da própria lei.

No caso em tela, extrai-se que o fundamento utilizado pelo julgador singular para segregação cautelar do paciente para conveniência da instrução criminal é inidôneo e não guarda qualquer relação com o processo.

O fato de o paciente ter cometido ato infracional análogo ao delito ora discutido não permite a prisão preventiva para a conveniência da instrução criminal, porque não guarda nenhuma correlação com a marcha processual.

Não posso deixar de consignar que no SAJ somente consta que o paciente cometeu apenas um ato infracional, Processo n. 0352805-63.2008.8.12.0001, sendo concedida a remissão, consignando o julgador singular em sua decisão que o representante do Ministério Público Estadual concedeu a remissão direta “posto que a conduta cometida pelo(s) adolescente(s) não gerou conseqüências mais graves, que ensejasse o acionamento de estrutura funcional e material jurisdicional”.

Em relação à necessidade de garantia da aplicação da lei penal, há de se ponderar que nem sempre a evasão do local onde o delito foi cometido pode ser interpretada como evasão do distrito da culpa e intenção de frustrar a aplicação da lei penal.

Ora, é perfeitamente compreensível que, após cometer um delito, o agente não permaneça no local dos fatos e procure se ocultar para evitar a prisão do flagrante.

<sup>2</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.451.

Nesse sentido:

*HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO E OCULTAÇÃO DE CADÁVER PRATICADO CONTRA RECÉM-NASCIDA (FILHA). GRAVIDADE DOS FATOS. CLAMOR SOCIAL. COAÇÃO ILEGAL. ORDEM CONCEDIDA. 1) **A gravidade dos fatos e o clamor social decorrente do crime não justificam, por si só, a decretação da custódia cautelar.** 2) Não consta dos autos nenhuma informação sobre antecedentes criminais da paciente, a qual, antes dos fatos, trabalhava como empregada doméstica. 3) **A evasão do distrito da culpa não pode ser interpretada como indicio de que o agente pretenda frustrar a aplicação da lei. É compreensível que o ser humano, ao tomar conhecimento da expedição de mandado de prisão em seu desfavor, procure ocultar-se, evitando o seu cumprimento.** 4) Ordem concedida, para revogar a prisão preventiva, mediante condição de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação, e sem prejuízo de novo decreto de prisão cautelar, se necessário, mediante decisão fundamentada. Expeça-se contramandado de prisão, ou alvará de soltura, se for o caso. (HC n. 143.803/ES, Sexta Turma, Rel. Min. Celso Limongi (Des. convocado do TJ/SP), julgado em 18.8.2010, DJ de 4.10.2010).*

A evasão do distrito da culpa (fuga) não justifica, só por si, a imposição de prisão de natureza cautelar. Ordem concedida. (STJ, HC n. 122936/PB, Rel. Min. Nilson Naves, DJ de 15.6.2009).

[...] c) O desaparecimento do agente do distrito da culpa não leva, necessariamente, à presunção de que pretenda ele furtar-se à aplicação da lei. d) Coação ilegal demonstrada. e) Ordem concedida para revogar a prisão preventiva do paciente, expedindo-se salvo conduto ou alvará de soltura, se for o caso, em seu favor, mediante compromisso de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação. (STJ, HC n. 164536/PE, Rel. Min. Celso Limongi (Des. convocado do TJ/SP), DJ de 17.5.2010).

Anote-se ainda que o paciente foi encontrado logo após os fatos, pois dirigiu-se à sua residência, saiu novamente e estava andando pela vizinhança, inexistindo indícios de evasão e pretensão de se furtar à aplicação da lei penal em caso de eventual condenação.

Por fim, consigno que não cabe a este Tribunal a correção de decreto prisional inidôneo.

Ante o exposto, defiro a ordem para conceder liberdade provisória a Cristhiano Luna Almeida, se por outro motivo não estiver preso, mediante as seguintes condições impostas, sem prejuízo de outras condições a serem estabelecidas pelo MM. Juiz de primeiro grau, caso entenda necessário:

1) Compromisso de comparecimento a todos os atos processuais e manutenção atualizada de seu endereço;

2) Proibição de frequentar casas noturnas, bares, boates, raves, exposições e estabelecimentos similares, bem como qualquer festa, seja em local residencial, seja em local comercial, baladas, confraternizações, shows, jogos, amistosos e clubes de luta;

3) Proibição de ingestão de bebida alcoólica;

4) Proibição de se ausentar desta comarca sem prévia comunicação e autorização do juízo processante;

5) Obrigação de se recolher à sua residência até às 22 horas;

O desrespeito a tais condições implica revogação automática da concessão da liberdade provisória e recolhimento do paciente ao cárcere e, ainda, sem prejuízo, de novo decreto de prisão preventiva do paciente pelo MM. Juiz de primeiro grau, por novos fundamentos, caso a situação de fato objetiva assim o recomende.

Expeça-se o alvará de soltura.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

**POR UNANIMIDADE, CONCEDERAM A ORDEM, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.**

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Manoel Mendes Carli, Carlos Eduardo Contar e Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 2 de maio de 2011.

\*\*\*

**Primeira Turma Criminal**  
**Apelação Criminal n. 2010.039182-3 - Campo Grande**  
**Relatora Des<sup>a</sup> Marilza Lúcia Fortes**

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM SISTEMA DE INFORMAÇÕES – ART. 313-A, CP – RECURSO DEFENSIVO – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – ALEGADA AUSÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES PARA A CONDENAÇÃO – PROVAS DA AUTORIA, MATERIALIDADE E DOLO DO AGENTE – CRIME CONFIGURADO – PRETENDIDA REDUÇÃO DA PENA-BASE PARA O MÍNIMO LEGAL – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – INEXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS – PARCIALMENTE PROVIDO.

Deve ser mantida a condenação do crime previsto no art. 313-A do Código Penal, se restou plenamente demonstrado no conjunto probatório que o agente foi participante do funcionário público que inseria dados falsos no sistema informatizado do Detran/MS, levando-lhe guias de recolhimento de multas para serem baixadas irregularmente, sem a devida quitação, com o fim de obter vantagem indevida.

Se a pena não foi devidamente fundamentada, não pode ser fixada acima do mínimo legal.

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM SISTEMA DE INFORMAÇÕES – ART. 313-A, CP – RECURSO MINISTERIAL – PRETENDIDA CONDENAÇÃO DOS AGENTES – PROVAS SUFICIENTES PARA A CONDENAÇÃO DE APENAS UM DOS RÉUS – PARCIALMENTE PROVIDO.

Reforma-se parcialmente a sentença absolutória, condenando-se um dos agentes por infração ao art. 313-A, CP, se restou demonstrado no conjunto probatório que teve participação dolosa, mediante a captação de clientes e repasse de dinheiro correspondente à metade do valor da multa, ao corréu despachante, que, por sua vez, levava as guias de recolhimento ao seu comparsa, funcionário público (Detran/MS), que inseria dados falsos no sistema informatizado, baixando as multas irregularmente, sem a devida quitação, com o fim de obter vantagem indevida para si e para outrem.

## 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 parcial provimento aos recursos.

Campo Grande, 6 de junho de 2011.

Des<sup>a</sup> Marilza Lúcia Fortes – Relatora

## RELATÓRIO

A Sra. Des<sup>a</sup> Marilza Lúcia Fortes

José Roberto Correa Lima foi condenado à pena de 3 anos de reclusão e 30 dias-multa, no regime aberto, substituída por duas restritivas de direitos, por infração ao art. 313-A do Código Penal, e Luis Mário

Rodrigues Castello, José Antonio Marques, Nelson Oliveira Correa e Edemir de Oliveira Souza foram absolvidos deste crime, por insuficiência de provas para a condenação (f. 534-43).

O Ministério Público pede a condenação dos apelados Luis, José Antonio, Nelson e Edemir, alegando, em suma, que restou nítida a caracterização do delito previsto no art. 313-A do CP (inserção de dados falsos em sistema de informações), bem como provas de seus envolvimento e da existência do liame subjetivo entre eles (f. 559-76).

Os apelados, em contrarrazões, pedem o improvimento do recurso ministerial (f. 590-6, 621-30 e 633-42).

José Roberto pede, em suma, a absolvição, por inexistência de provas para a condenação, pois não tinha ciência da conduta ilícita do corréu Nilton, inexistindo dolo de sua parte. Alternativamente, pede a redução da pena para o mínimo legal, por ausência de fundamentação plausível para a majoração (f. 600-7).

O órgão ministerial, em contrarrazões, pugnou pelo improvimento do recurso (f. 645-52).

No parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do recurso ministerial e improvimento do recurso de José Roberto (f. 660-70).

## VOTO

A Sra. Des<sup>a</sup> Marilza Lúcia Fortes (Relatora)

### DO RECURSO MINISTERIAL

Narra a denúncia que os agentes participavam de um esquema que efetuava baixas de guias de recolhimento, referentes a multas aplicadas pelo Detran/MS, sem a devida quitação.

Consta que as inserções dos dados falsos ocorreram desde meados do ano de 2001 até junho de 2002 e eram feitas por funcionários contratados pela empresa Itel Informática Ltda., que prestava serviço terceirizado de digitação ao Detran/MS, em seu posto avançado da Rua Barão do Rio Branco, nesta Capital.

O Ministério Público pede a condenação dos apelados Luis, José Antonio, Nelson e Edemir, alegando, em suma, que restou nítida a caracterização do delito previsto no art. 313-A do CP (inserção de dados falsos em sistema de informações), bem como provas de seus envolvimento e da existência do liame subjetivo entre eles.

O recurso deve ser provido apenas com relação ao denunciado Luis Mário Rodrigues Castello (vulgo “Castello”), devendo ser mantida a absolvição dos demais por insuficiência de provas para a condenação.

Verifica-se que o apelado Castello é a única pessoa que é citada por diversas vezes nos autos, por testemunhas e corréus, havendo provas de sua participação no crime previsto no art. 313-A, CP, visto que captava clientes para o corréu José Roberto, despachante, afirmando-lhes que bastava pagarem 1/2 do valor da multa, para que ela fosse quitada, inclusive, fornecendo-lhes a certidão de “nada consta”.

José Roberto, por sua vez, levava os casos para o funcionário Nilton, que realizava as baixas irregulares nas guias de recolhimentos de multas no sistema do Detran/MS, sem a devida quitação, auferindo lucros indevidos.

O conjunto probatório não deixa dúvidas de que o apelado Castello tinha plena ciência da conduta ilícita praticada pelo corréu José Roberto, pois em inquérito, em duas oportunidades (f. 35-7 e 88-9), confessou com riqueza de detalhes a prática delituosa, tendo suas declarações sido corroboradas pelas provas produzidas em juízo.

Vejamos suas declarações ao ser ouvido pela primeira vez (f. 35-7):

[...] com relação à baixa irregulares de guias, o declarante informa ter sido contatado pelo despachante Roberto do Despachante JR, o qual lhe solicitou que se soubesse de alguma pessoa com problemas de multas que passasse para ele, alegando que ‘quebraria’ as multas pela metade do valor, ou seja, 50 (cinquenta por cento); que esse primeiro contato com Roberto se deu mais ou menos na ocasião em que foi ‘quebrada’ a multa de um veículo Ford Pampa; que o declarante informa, a pessoa que fez contato com a senhora do veículo Ford Pampa, foi um conhecido seu, que também é contador que presta serviços para aquela senhora; que o declarante informa que foi contatado pela referida senhora, através do seu telefone, ocasião em que o declarante tomou conhecimento da situação do veículo em questão, quando também o declarante ficou sabendo o nome daquela senhora, ou seja, Maria Inez e que reside em um apartamento na Sebastião Lima com a Gonçalves Dias; [...] Maria Inez forneceu o n. do telefone dela [...] recorda-se que o valor das multas de Maria Inez era mais de R\$ 3.000,00 (três mil reais), sendo que o acerto com ela foi no valor de R\$ 1.700,00 (um mil e setecentos reais), importância que ela pagou em dinheiro; que Maria Inez indagou se seria realmente dado baixa naquelas multas; que posteriormente, como prova da ‘baixa’ das multas o declarante forneceu a Maria Inez um ‘nada consta’ tirado pela internet, documento que recebeu das mãos do Roberto da JR; neste ato o declarante reconhece o documento que lhe é apresentado como sendo o que entregou a Maria Inez ou idêntico ao que entregou; que os mil e setecentos reais que recebeu de Maria Inez fez a entrega ao Roberto, isso quando estavam no Posto da Barão, na parte de baixo; o ‘nada consta’ o Roberto lhe entregou uns dois ou três dias após, sendo que o levou até o apartamento de Maria Inez, onde entregou à secretaria daquela residência; [...] além dessas multas do Ford Pampa, levou para o Roberto do JR, alguns outros casos de multas, sendo que em torno de mais ou menos cinco outros casos, não se recordando exatamente para quais pessoas e quais veículos; que o declarante receberia do Roberto uma gratificação por cada ‘cliente’ que levava para ele, o que recebia mais ‘era promessa de uma porcentagem’; com relação ao caso da Maria Inez do veículo Ford Pampa, recebeu apenas a promessa de pagamento da gratificação de R\$ 100,00 (cem reais); que o Roberto disse ao declarante que os valores que lhe eram entregues, para baixa de multa, repassava para um funcionário do Posto da Barão; que Roberto nunca lhe disse exatamente para que funcionário, apenas, após tê-lo indagado insistentemente, fez menção a um funcionário que alegava ter cargo em comissão; que, de tanto pressionar o Roberto para que lhe apresentasse o funcionário, ele lhe disse ‘é o Sérgio’, mas não o apresentou; que seus encontros com o Roberto eram no posto da Barão e na Covel onde o Roberto trabalha como despachante; que Roberto alegava ao declarante que ‘Sérgio’ tinha a senha da Chefe do Posto e com isso ele providenciava as baixas das multas; que o declarante tinha conhecimento de que estas baixas eram irregulares; que o declarante atende pelo sobrenome Castello; [...] as vezes que repassou dinheiro de ‘cliente’ para o Roberto, não pediu prova do repasse e nem teve testemunha; [...] conhece o Roberto da JR de aproximadamente uns 3 (três) anos, pois trabalhava na CIAPETTRAN, e a manutenção das motos eram feitas na Covel, onde ele é despachante; que, de certa feita, o declarante disse ao Roberto que se ‘a coisa estourasse’ recolheria o Sérgio e o apresentava na Corregedoria de Trânsito [...].

Em juízo, o apelado retratou-se e entrou em contradição, estando sua versão isolada nos autos (f. 228):

Que tomou conhecimento da possibilidade de dar baixas nas multas através do Sr. Roberto, o qual é despachante na Covel Motos. Que Roberto não disse como funcionava o

esquema para dar baixa. Que Roberto disse ao interrogando que se soubesse de alguém que precisasse do serviço de baixar multa fizesse a indicação, todavia não prometeu nenhuma recompensa. Que o interrogando fez a indicação de uma pessoa, uma senhora da qual não se recorda o nome. Que pelo o que o interrogando ficou sabendo a referida senhora conseguiu baixar a multa. Que pela apresentação o interrogando não recebeu recompensa. Que só tomou conhecimento de como funcionava o esquema após o início das investigações [...].

O próprio corréu José Roberto delatou o ora apelado Castello, confirmando sua participação no delito em tela (f. 38-40):

[...] esclarece que tinha também ‘esquema’ com outras pessoas, estas para conseguirem ‘clientes’ com problemas de pagamentos de multas e outros serviços do Órgão de Trânsito, sendo que estes eram, recorda-se do Sérgio, indivíduo que descobria ‘clientes’, pois tinha muito conhecimento com proprietários de moto e de carros, não sabendo o declarante informar como localizar ou identificar este Sérgio; [...] referente a guia baixada em 18.1.2002, no valor de R\$ 3.511,49, para o veículo Ford/Pampa, placas HRV 7990, em nome de Fabiane Agar Queiroz Tomaz, filha da Sra. Maria Inez Queiroz Tomaz, o declarante alega que realmente fez a ‘baixa’ de multa para este veículo, tendo como nos outros casos em apuração, repassado para o Nilton César a importância de R\$ 700,00 (setecentos reais); que neste caso, a cliente foi contatada inicialmente pelo Castello, soldado da PM/MS, seu conhecido da Covel; que Castello, para este serviço lhe repassou a importância de R\$ 1.400,00 (hum mil e quatrocentos reais); que Castello, além desse caso da Ford/pampa, lhe passou outros serviços, mas que no momento não se recorda especificamente de quais outros casos; que não teve outras pessoas além do Sérgio e do Castello, que lhe arranjavam ‘clientes’ [...].

Em juízo, José Roberto retratou-se, afirmando que o corréu Nilton lhe contou que havia uma anistia do Governo sobre multas, dando 50% de desconto, portanto apenas interpunha recursos para seus clientes, buscando demonstrar que agia de forma legal. Também entrou em contradição com o que havia dito anteriormente, bem como com as declarações do apelado Castello (f. 254-5):

[...] o interrogando comentou com Castello e com Nelson sobre o recurso, pois eles eram pessoas que se relacionavam com o interrogando, sempre pegando cópias de CIC e identidade, da pessoa; [...] não confirma ter feito nenhum serviço para a pessoa de Maria Inês; dava gratificações para Castello quando se tratava de licenciamentos [...].

A testemunha Maria Inês Queiroz Tomaz (f. 31 e 116-7, ratificadas em juízo à f. 397) esclareceu que em uma fila de banco, ao comentar, ‘nervosa’, sobre essas multas, uma pessoa, que não conhece nem se recorda de sua fisionomia, disse-lhe que conhecia um senhor que poderia entrar com um recurso, fazendo as multas ficarem pela metade do valor, passando-lhe o telefone (363-1085) e o nome: Castello. Que posteriormente ligou e Castello esteve em sua residência para combinarem as baixas e o pagamento. Que as multas referem-se ao veículo Ford Pampa, placas HRV-7990, de propriedade de sua filha, no valor de R\$ 3.511,49, sendo que a baixa se deu pelo valor de R\$ 1.700,00, ou seja, metade do valor da multa, tendo entregado o dinheiro em mãos para o Castello, que posteriormente compareceu em sua residência e deixou o “nada consta” com sua secretária.

No mesmo sentido é o depoimento da testemunha Celso Stahl, que também utilizou os “serviços” do apelado Castello (f. 48 e 95, ratificada em juízo, f. 427):

Que o declarante adquiriu o veículo caminhão marca AMV/Puma 914, placas HRH-2049, sendo que ainda não o transferiu para o seu nome; que em razão da existência de várias multas existentes neste caminhão, cujos valores somam R\$ 1.340,73; ao comentar sobre estas multas, **um senhor lhe disse que tinha um filho de nome José Antonio, que**

**sabia de uma pessoa da área da Polícia que intermediava a 'baixa' da multa, por 50% do valor, com um funcionário do DETRAN[...] contatado com o referido José Antonio entregou ao mesmo a importância de R\$ 737,00 (setecentos e trinta e sete reais) em dois cheques[...] que José Antonio como segurança passou ao declarante um número de telefone 363-1065, dizendo ser o telefone do Castello, pessoa que fazia contato com o funcionário do Detran; que o declarante não chegou a falar com Castello; que após a compensação dos cheques, conforme orientação de José Antonio, o declarante tirou um nada consta, verificando que a multa não mais existia [...].**

Após tal depoimento, o corréu José Roberto foi novamente ouvido e confirmou que providenciou a baixa da multa do veículo AMV/Puma 914, placas HRH-2049, tendo recebido do SD PM Castello um cheque emitido por Celso Stahl, sendo que esse tipo de negócio era na base da metade do valor da multa (f. 62).

O acusado José Antonio Marques confirmou que indicou o apelado Castello para resolver o problema das multas da testemunha Celso (f. 72, ratificada em juízo, f. 225):

[...] em certa data, devido a moto do declarante encontrar-se com multas pendentes, ao comentar esse fato com SD PM Castello, este disse ao declarante que tinha uma pessoa que poderia resolver este tipo de problema junto ao Detran; que o declarante achou por bem parcelar suas multas, pois não tinha todo o dinheiro;[...] conversou com Celso Stahl, o qual havia comprado um caminhão e este caminhão tinha várias multas pendentes; que o declarante passou ao Sr. Celso um número de telefone celular pertencente ao SD PM Castello, para que estes tivessem contato; o Sr. Celso ligou para o SD PM Castello e os dois entraram em acordo; que em certa data o Sr. Celso entregou ao declarante 2 (dois) cheques, os quais foram passados ao SD PM Castello, o qual compareceu na Covel para apanhar os cheques; que o valor dos cheques passados ao SD PM Castello eram de aproximadamente R\$ 700,00 (setecentos reais) [...].

Assim, diante das provas coligidas, não restam dúvidas da participação dolosa do apelado Castello no crime descrito no art. 313-A, CP, bem como que obteve vantagem indevida para si (recebendo gratificações) e para outrem (corréu José Roberto).

Nesse sentido:

INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM SISTEMA DE INFORMAÇÃO - NULIDADE - AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL - DESNECESSIDADE - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - DELITO CARACTERIZADO - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS - PENA-BASE - AUSÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO - REDUÇÃO. 1. O deferimento e produção de prova pericial está condicionado à avaliação de sua conveniência, cabendo ao julgador aferir, em cada caso, dentro de sua esfera de discricionariedade, a real necessidade da medida para a formação de sua convicção, não tendo, ainda, a defesa demonstrado os prejuízos advindos do seu indeferimento. 2. **O tipo penal previsto no art. 313-A do Código Penal visa tutelar a Administração Pública e o resguardo da probidade administrativa, punindo e afastando de seu cargo o servidor público que, descumprindo seus deveres, com o intuito de obter vantagem indevida, manipula impropriamente banco de dados, inserindo no sistema dados falsos ou alterando e excluindo dados corretamente lançados.** [...]. Recurso parcialmente provido. (TJMG, ACr n. 1.0461.01.001026-6/001, Rel. Des. Antonio Armando dos Anjos, julgado em 31.3.2009, DJ de 17.6.2009).

APELAÇÃO CRIMINAL - INTIMAÇÃO PESSOAL DA SENTENÇA - INTENÇÃO DE RECORRER MANIFESTADA - RECURSO TEMPESTIVO - CONHECIMENTO - CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO-OCORRÊNCIA - CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA - CNH'S - INSERÇÃO DE DADOS FALSOS - DELAÇÃO DOS CORRÉUS - AUTORIA COMPROVADA - PROVAS VÁLIDAS -

**INDÍCIOS CONVERGENTES - CONDENAÇÃO MANTIDA. A delação levada a efeito por comparsa é importante meio de prova à responsabilização penal do acusado, principalmente quando o delator não procura se isentar de sua participação no delito e suas palavras encontram amparo no conjunto probatório do processo. À condenação do acusado, basta a existência de um quadro suficiente de indícios, harmônicos e convergentes, na indicação da culpa do mesmo.** (TJMG, ACr n. 1.0313.02.055583-2/001, Rel. Des. Delmival de Almeida Campos, julgado em 20.10.2009, DJ de 11.11.2009)

Mantenho a absolvição dos demais apelados (PM Nelson; instrutor de auto-escola Edemir; e José Antonio), pois não restou demonstrado que estavam unidos e participando do “esquema” de baixa de multas, promovido pelo despachante José Roberto, inexistente, portanto, provas suficientes para a condenação.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso ministerial para condenar Luis Mário Rodrigues Castello pela prática do crime previsto no art. 313-A, CP.

Passo à aplicação da pena.

Considerando que não consta nos autos certidão recente de antecedentes criminais, trata-se, portanto, de réu primário, sem antecedentes criminais; as circunstâncias, pois o tempo todo sabia que as baixas das multas eram realizadas de forma irregular, tanto que sempre afirmou em suas declarações que havia um “esquema”, e, mesmo assim, levou diversos “clientes” para o corréu José Roberto, deixando de tomar providências, apesar de ser policial militar, “*porque não queria se envolver*” (f. 89); a conduta moral reprovável, pois não se arrependeu de seus atos e não demonstra se importar com o cumprimento de seus deveres de Militar, envergonhando a Corporação a que pertence; e, ainda, as consequências dos crimes, pois gerou grandes prejuízos para todas as vítimas que utilizaram de seus “serviços”, visto que, além de terem efetuado o pagamento de metade do valor da multa, entregando-lhe o dinheiro, tiveram de pagá-las de novo e integralmente para a Administração Pública, fixo a pena-base acima do mínimo legal, ou seja, 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 80 (oitenta) dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos, montante que entendo ser adequado, justo e suficiente para a reprovação e prevenção do delito.

Reconheço-lhe a atenuante da confissão espontânea, pois, apesar de ter-se retratado em juízo, confirmou a prática delituosa em inquérito e suas declarações foram utilizadas para embasar sua condenação.

Portanto, reduzo a pena para 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos, tornando-a definitiva neste patamar, ante a ausência de outras circunstâncias, no regime aberto.

Incabível a substituição da pena por restritivas de direitos, porque seria insuficiente para a reprovação e prevenção do delito (art. 44, III, CP), bem como a concessão do *sursis*, por proibição legal (pena superior a 2 anos: art. 77, *caput*, CP).

Após o trânsito em julgado, o juízo singular deverá expedir o competente mandado de prisão.

## **DO RECURSO DE JOSÉ ROBERTO**

O apelante José Roberto pediu a absolvição, alegando ausência de provas para a condenação.

O conjunto probatório não deixa dúvidas que o apelante José Roberto foi partícipe do funcionário do Detran/MS, Nilton César Cabral (que inclusive já foi condenado definitivamente em 31.7.2006 - Autos n. 001.05.106746-4) na prática do crime descrito no art. 313-A, CP, visto que realizava baixas irregulares em

guias de recolhimentos de multas no sistema do referido órgão público, sem a devida quitação, auferindo lucros indevidos.

Desta forma, mantenho a condenação do apelante nos termos expostos no parecer da d. Procuradoria-Geral de Justiça, *in verbis* (f. 662-4):

A materialidade encontra-se demonstrada às f. 15-30.

A autoria é inconteste.

José Roberto confessou, às f. 38-40, que fazia a entrega das guias de recolhimento de multas do Detran/MS ao funcionário Nilton César, o qual trabalhava no Posto da Barão e era encarregado de efetuar as baixas no sistema.

Nilton afirmou que utilizou as senhas das funcionárias Ivonete e Mary Carla, ocasiões em que fez baixas irregulares referentes a documentação de veículos. Que sempre efetuou as baixas por solicitação de Roberto, do despachante JR Despachante (f. 138, ratificado em juízo às f. 229).

Frise-se que Nilton confessou a prática do delito, bem como sua ligação com José Roberto (f. 138 e 229).

Nilton pediu o desmembramento do feito e foi condenado no processo n. 001.05.106746-4. Cite-se:

Processo Crime n. 001.05.106746-4 Vistos etc. **NILTON CEZAR CABRAL DE SOUZA**, LUÍS MÁRIO Rodrigues CASTELLO, JOSÉ ROBERTO CORREA LIMA, EDEMIR DE OLIVEIRA SOUZA, JOSÉ ANTÔNIO MARQUES E NELSON OLIVEIRA CORREA, qualificados nos autos em epígrafe, foram denunciados por infração ao artigo 313 – A do Código Penal. Narra a peça acusatória que os acusados participavam de um esquema que efetuava baixas de guias de recolhimento, referentes à multas aplicadas pelo Detran/MS, sem a devida quitação. Consta que as inserções dos dados falsos eram feitas por funcionários contratados pela empresa Itel Informática Ltda, que prestava serviço terceirizado de digitação ao órgão público mencionado, em seu posto avançado da Rua Barão do Rio Branco, nesta Capital. Durante a tramitação do feito, os autos foram desmembrados em relação aos acusados Luís Mário Rodrigues Castello, José Roberto Correa Lima, Edemir de Oliveira Souza, José Antônio Marques e Nelson Oliveira Correa (f. 239), permanecendo neste processo apenas o réu Nilton Cezar Cabral de Souza. Citado (f. 198), o réu Nilton Cezar Cabral de Souza foi interrogado (f. 229) e confirmou a veracidade dos fatos descritos na denúncia. Disse que efetuou as baixas irregulares das guias por um período de 6 (seis) meses, durante o ano de 2002. Em sua defesa prévia (f. 231), o acusado requereu, preliminarmente, o desmembramento dos autos n. 001.05.021604-5, com fundamento no artigo 80 do Código de Processo Penal. No mérito, aduziu que o réu confessou a prática do delito, que não houve prejuízo ao órgão público no qual se consumou o crime, e que a vantagem auferida redundou em valor irrisório. Por fim, pugnou pelo julgamento antecipado da lide, sob a justificativa de que, diante da confissão do réu e das demais peças que instruem o processo, não há necessidade da instrução probatória para a prolação da sentença. É o relatório. DECIDO. Trata-se de ação penal pelo crime de inserção de dados falsos em sistema de informações, previsto no artigo 313 – A do Código Penal. O dispositivo penal mencionado prevê: “Inserir ou facilitar, o funcionário autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.” Assiste razão à Defesa quando requer o julgamento antecipado da lide, com relação à Nilton Cezar Cabral de Souza, uma vez que a responsabilidade do

acusado na prática do delito apurado nos autos, está suficientemente comprovada. A autoria é certa e indiscutível, pois foi objeto de confissão do acusado, conforme se observa do seu depoimento de f. 229, e que foi corroborado pelas demais provas existentes. A materialidade está comprovada diante do auto de investigação n. 28/2002 da Corregedoria de Trânsito do Detran/MS (f. 13). Assim sendo, estando demonstrada a autoria e a materialidade e inexistindo excludentes de antijuridicidade ou culpabilidade, a condenação do acusado Nilton Cezar Cabral de Souza nas penas do artigo 313 – A do Código Penal é medida que se impõe. ISTO POSTO, julgo procedente a denúncia para condenar NILTON CEZAR CABRAL DE SOUZA, brasileiro, solteiro, digitador, RG n. 756.892- SSP/MS, filho de Milton Machado de Souza e de Elizabeth Cabral de Souza, nascido em 6 de janeiro de 1974, na cidade de Campo Grande, MS, por infração ao artigo 313 – A do Código Penal. Em consequência da condenação, passo a fixação da pena: [...], após o trânsito em julgado. P. R. I. C. Campo Grande, MS, 6 de outubro de 2005. ALEXANDRE ANTUNES DA Silva Juiz de Direito.

A funcionária lotada no posto da Barão, Ana Daiana Vaz, às f. 355, confirmou que costumava deixar sua senha embaixo do teclado quando ia almoçar.

O outro funcionário do posto, Abel Garcia, afirmou que saía para o almoço e deixava seu computador ligado com o *login* efetuado por sua senha, assim acreditando que qualquer pessoa pudesse utilizá-lo para efetuar as baixas (f. 112-113, ratificado em juízo às f. 398).

A testemunha Maria Inês Tomaz (f. 31 e f. 116-117, ratificadas em juízo às f. 397) esclareceu que em uma fila de banco, ao comentar, ‘nervosa’, sobre essas multas, uma pessoa, que não conhece e nem se recorda de sua fisionomia, disse-lhe que conhecia um senhor que poderia entrar com um recurso, fazendo as multas ficarem pela metade do valor, passando-lhe o telefone e o nome: Castelo. Que posteriormente ligou e Castello esteve em sua residência para combinarem as baixas e o pagamento. Que as multas referem-se ao veículo Ford Pampa, placas HRV-7990, de propriedade de sua filha, no valor de R\$ 3.511,49, sendo que a baixa se deu pelo valor de R\$ 1.700,00.

No mesmo sentido é o depoimento da testemunha ouvida às f. 427, de que Castello seria o intermediário, pegando o dinheiro e repassando para José Antonio, que procedia às baixas.

Assim, embora o apelante negue sua participação, houve a delação, corroborada pelos depoimentos das testemunhas, sendo firme o conjunto probatório para ser mantida a condenação.

Nesse sentido:

INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM SISTEMA DE INFORMAÇÃO - NULIDADE - AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL - DESNECESSIDADE - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - DELITO CARACTERIZADO - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS - PENA-BASE - AUSÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO - REDUÇÃO. 1. O deferimento e produção de prova pericial está condicionado à avaliação de sua conveniência, cabendo ao julgador aferir, em cada caso, dentro de sua esfera de discricionariedade, a real necessidade da medida para a formação de sua convicção, não tendo, ainda, a defesa demonstrado os prejuízos advindos do seu indeferimento. 2. O tipo penal previsto no art. 313-A do Código Penal visa tutelar a Administração Pública e o resguardo da probidade administrativa, punindo e afastando de seu cargo o servidor público que, descumprindo seus deveres, com o intuito de obter vantagem indevida, manipula impropriamente banco de dados, inserindo no sistema dados falsos ou alterando e excluindo dados corretamente lançados. [...]. Recurso parcialmente provido. (TJMG, ACr n. 1.0461.01.001026-6/001, Rel. Des. Antonio Armando dos Anjos, julgado em 31.3.2009, DJ de 17.6.2009).

APELAÇÃO-CRIME. INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM SISTEMA INFORMATIZADO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Agente que realiza falsa transferência de automóvel, inserindo dados falsos em sistema informatizado da administração pública, com o fim de obter vantagem indevida, comete o delito do art. 313-A do código penal. Condenação mantida. Apelo desprovido. Unânime. (TJRS, ACr n. 70025840224, Quarta Câmara Criminal, Rel. Des. Aristides Pedroso de Albuquerque Neto, julgado em 16.10.2008, DJ de 29.10.2008).

Processual Penal e Penal. Inserção indevida de dados no sistema informatizado do INSS, sem conhecimento do beneficiário, com o objetivo de receber valores com data retroativa. Inexistência de cerceamento de defesa pelo indeferimento de diligências que se referiam a terceiros. Pagamento irregular, com base em violação aos procedimentos internos do INSS. Competência da Justiça Federal. Crime de peculato. Provas materiais e testemunhais que apontam o réu como autor dos fatos. Precariedade financeira não comprovada. Rejeição das preliminares. Provimento parcial da apelação. (TRF, Quarta Região, ACr n. 2002.84.00.004253-4/RN, Quinta Turma, Rel. Des. Federal Lázaro Guimarães, v.u., julgado em 15.5.2007, DJ de 21.6.2007.)

Alternativamente, o apelante José Roberto pede a redução da pena-base para o mínimo legal.

Assiste-lhe razão.

Sua pena foi fixada 1 ano acima do mínimo legal apenas em razão da culpabilidade e maus antecedentes (f. 541).

Ocorre que a culpabilidade, da forma como foi fundamentada (“*é o senso de reprovação social da conduta praticada*”), não pode ser considerada negativa.

Ademais, na folha de antecedentes citada na sentença (f. 194) apenas consta que o apelante respondeu a uma ação por ameaça no Juizado Especial Criminal, a qual, ao que tudo indica, foi transacionada, pois registra: “*DECISÃO: arq/trancamento com extinção de punibilidade*” (Incidência n. 1). Portanto, não configura maus antecedentes.

A respeito, o doutrinador Celso Delmanto<sup>1</sup> explica:

[...] Quanto à transação penal, aceita a proposta pelo acusado, a pena imposta não importará em reincidência, nem constará de certidão de antecedentes criminais (art. 76, §§ 4º e 6º), não constituindo, igualmente, mau antecedente. (grifei)

Desta forma, diante da inexistência de circunstâncias negativas, reduzo a pena-base de José Roberto para o mínimo legal, qual seja, 2 (dois) anos de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, montante que entendo ser adequado, justo e suficiente para a reprovação e prevenção do delito.

Ante a ausência de outras circunstâncias, torno-a definitiva neste patamar, sendo a única alteração da sentença, ficando mantido o regime aberto e a substituição da pena (f. 542-3).

Diante do exposto, contra o parecer, dou parcial provimento ao recurso ministerial, para condenar apenas o réu Luis Mário Rodrigues Castello e dou parcial provimento ao recurso de José Roberto, reduzindo sua pena-base para o mínimo legal.

<sup>1</sup> DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 274-5.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E CONTRA O PARECER, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS.

Presidência da Exma. Sra. Des<sup>a</sup> Marilza Lúcia Fortes.

Relatora, a Exma. Sra. Des<sup>a</sup> Marilza Lúcia Fortes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marilza Lúcia Fortes e Dorival Moreira dos Santos e Juiz Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 6 de junho de 2011.

\*\*\*

**Primeira Turma Criminal**  
**Apelação Criminal n. 2011.002764-6 - Ivinhema**  
**Relatora Des<sup>a</sup> Marilza Lúcia Fortes**

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA (ART. 168-A, CP) – PEDIDO DE EXTINÇÃO OU SUSPENSÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL – AUSÊNCIA DE DOLO E PARCELAMENTO DA DÍVIDA – DESNECESSIDADE DO DOLO ESPECÍFICO – NÃO COMPROVAÇÃO DO PARCELAMENTO DA DÍVIDA – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – ALEGADA INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA – INEXISTÊNCIA DE PROVAS – INAPLICABILIDADE DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA NA ESFERA PENAL – AGENTE QUE TINHA CIÊNCIA DOS DESCONTOS REALIZADOS – CRIME CONFIGURADO – PRETENDIDA REDUÇÃO DA PENA-BASE – EXISTÊNCIA DE APENAS UMA CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL – MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL – POSSIBILIDADE – SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – INCABÍVEL – PARCIALMENTE PROVIDO.

A intenção de ter a coisa para si não é elemento integrante do crime de apropriação indébita previdenciária, considerando que este delito exige somente o dolo genérico.

A promulgação de uma lei municipal autorizando o parcelamento da dívida não comprova o parcelamento efetivo no órgão previdenciário, a fim de extinguir ou suspender a pretensão de punibilidade estatal.

Se o conjunto probatório deixa evidente que o agente, na função de Prefeito de Ivinhema/MS, efetuou o recolhimento das contribuições previdenciárias dos servidores públicos municipais e deixou de repassá-lo ao Fundo Municipal de Previdência Social, gerando débito de quase cem mil reais, deve ser mantida a condenação, não havendo falar em inexigibilidade de conduta diversa.

Não há falar em absolvição, sob a alegação de que inexiste responsabilidade objetiva na seara penal, se comprovado nos autos que o agente tinha pleno conhecimento dos descontos realizados nas folhas de pagamento dos funcionários, sem o respectivo repasse, até mesmo porque a lei específica do fundo municipal de previdência social previa sua subordinação direta ao gabinete do Prefeito.

Havendo apenas uma circunstância judicial negativa ao agente (culpabilidade), deve ser reduzida a pena-base para montante adequado, justo e suficiente para a reprovação e prevenção do delito.

Preenchidos os requisitos descritos no art. 33, § 2º, c, e § 3º, CP, modifica-se o regime prisional do agente para o aberto.

Incabível a substituição da pena por restritivas de direitos, se as circunstâncias do crime não indicam que seria suficiente para a reprovação e prevenção do delito (art. 44, III, CP).

## **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 parcial provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora.

Campo Grande, 16 de maio de 2011.

Des<sup>a</sup> Marilza Lúcia Fortes – Relatora

## RELATÓRIO

A Sra. Des<sup>a</sup> Marilza Lúcia Fortes

José Antonio Pereira Cardoso foi condenado à pena de 4 anos e 8 meses de reclusão e 200 dias-multa, no regime semiaberto, por infração ao art. 168-A (apropriação indébita previdenciária) c.c. art. 71 do CP (f. 255-63).

Pede que seja extinta ou suspensa a pretensão punitiva estatal, tanto em razão da ausência de dolo em se apropriar do numerário, quanto pelo parcelamento da dívida. Caso contrário, pede a absolvição por inexigibilidade de conduta diversa, já que as dívidas do município foram a causa da omissão do repasse, ou, por ser inaplicável a responsabilidade objetiva na esfera penal, pois não era responsável pela administração do Fundo Municipal de Previdência. Alternativamente, pede a redução da pena-base para o mínimo legal, por ter sido exacerbada, bem como a modificação do regime prisional para o aberto e a substituição por restritivas de direitos (f. 279-98).

O órgão ministerial, em contrarrazões, pugnou pelo improvimento do recurso (f. 349-78).

No parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se no mesmo sentido (f. 384-92).

## VOTO

A Sra. Des<sup>a</sup> Marilza Lúcia Fortes (Relatora)

Narra-se na denúncia:

[...] o denunciado, exercendo o cargo de Prefeito Municipal de Ivinhema, ao longo de todo o ano de 2001, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, determinou o desconto de contribuições previdenciárias de servidores municipais, deixando de recolhê-las, ou de determinar-lhes o pertinente recolhimento, no prazo legal, aos cofres da previdência municipal [...].

O conjunto probatório não deixa dúvidas de que o apelante, na época dos fatos, Prefeito da Comarca de Ivinhema/MS, efetuou o recolhimento das contribuições previdenciárias dos servidores públicos municipais, no entanto deixou de repassá-lo ao Fundo Municipal de Previdência Social, gerando débito de R\$ 97.194,19 (noventa e sete mil, cento e noventa e quatro reais e dezenove centavos).

Portanto, a sentença condenatória deve ser mantida integralmente, razão pela qual adoto como razão de decidir o bem lançado parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 386-90):

[...]

A materialidade delitativa está comprovada nos autos, através de expediente encaminhado pelo Tribunal de Contas (f. 12-23 e 60-74); dos testemunhos de f. 190, 191 e 206, e no interrogatório do próprio réu (f. 138-139).

Já a autoria emerge do conjunto probatório produzido, hábil a demonstrar que José Antonio Pereira Cardoso, enquanto na função de Prefeito, determinou os descontos das contribuições previdenciárias dos servidores públicos, mas não os repassou ao Fundo Municipal de Previdência Social.

No intuito de justificar seus atos, o apelante apresenta teses defensivas baseadas, inicialmente, na extinção ou suspensão da punibilidade; não sendo este o entendimento, busca a absolvição sob os argumentos de inexigibilidade de conduta diversa e impossibilidade de imputação objetiva no âmbito penal. Permanecendo a condenação, insurge-se quanto à pena e o regime de cumprimento.

### 1) Não ocorrência de extinção ou suspensão de punibilidade.

Destaca o apelante que ‘em nenhum momento o Ministério Público provou que houve apropriação pelo réu ou por terceiro da importância que não foi repassada para a Previdência Municipal’.

Nota-se na denúncia, ou em quaisquer outros atos, que o membro do *Parquet* de primeira instância não apresentou versão em que o réu ficara com o dinheiro para seu próprio proveito. Assim, o argumento do recorrente não visa o contraditório.

Até porque, a intenção de ter a coisa para si (*animus rem sibi habendi*) não é elemento do tipo do crime de apropriação indébita previdenciária, considerando que este delito exige somente o dolo genérico – vale dizer, o simples recolhimento e não repasse ao fundo da previdência já se enquadra no disposto no art. 168-A do CP.

Sendo esse o entendimento solidificado na nossa Suprema Corte:

EMENTA. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CRIMINAL. CONTROVÉRSIA ACERCA DA NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. QUESTÃO RESTRITA AO ÂMBITO INFRACONSTITUCIONAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. INEXISTÊNCIA. **NÃO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DESNECESSIDADE DE CONFIGURAÇÃO DE DOLO ESPECÍFICO.** 1. Não caracteriza cerceamento de defesa a decisão que, motivadamente, indefere determinada diligência probatória. Precedentes: Ag n. 382.214, da relatoria do ministro Celso de Mello; e 114.548-AgRg, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence. 2. De mais a mais, **o acórdão impugnado afina com a jurisprudência desta nossa Corte, que, em sede de habeas corpus, assentou o entendimento de que não se exige a configuração do dolo específico para caracterização do crime de apropriação indébita previdenciária.** Precedentes: HC n. 86.072, da relatoria do ministro Eros Grau; HC n. 96.092, da relatoria da ministra Cármen Lúcia; e HC n. 87.107, da relatoria do ministro Cezar Peluso. 3. Agravo desprovido. (STF, AgRg no Ag n. 699103 PR – PARANÁ, Segunda Turma, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 17.8.2010 – destacamos).

PENAL. **HABEAS CORPUS. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. DOLO GENÉRICO.** REQUISITO DO PREQUESTIONAMENTO PREENCHIDO PARA JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA EM RAZÃO DE DIFICULDADES FINANCEIRAS. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. ORDEM DENEGADA. **1. A jurisprudência da Egrégia Segunda Turma deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que para a configuração do crime de apropriação indébita previdenciária basta a demonstração do dolo genérico.** 2. Consoante restou consignado pela eminente relatora do REsp n. 1.084.072-AgRg/PE, Rel. Min. Laurita Vaz, “o acórdão recorrido, ao absolver

os Réus pela falta de provas da ocorrência do dolo específico, afastou implicitamente o dolo genérico, restando, portanto, comprovado o requisito do prequestionamento.” 3. Além disso, não houve análise de matéria probatória no julgamento do Recurso Especial, eis que o acórdão impugnado limitou-se a afirmar que não se exige dolo específico para a configuração do crime de apropriação indébita previdenciária. 4. Esta Suprema Corte já decidiu que “a pretensão visando ao reconhecimento de inexigibilidade de conduta diversa, traduzida na impossibilidade de proceder-se ao recolhimento das contribuições previdenciárias, devido a dificuldades financeiras, não pode ser examinada em habeas corpus, por demandar reexame das provas coligidas na ação penal” (HC n. 86.072/PR, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 28.10.2005). 5. *Habeas corpus* denegado.’ (STF, HC n. 98272/PE, Segunda Turma, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Ellen Gracie, julgado em 29.9.2009 – enfatizamos).

O apelante também pugna pela reforma da r. sentença, para que seja extinta, ou suspensa, a pretensão punitiva estatal, em razão do parcelamento da dívida autorizado pela Lei Municipal n. 633/2001, permitido sob o fundamento legal de retroação do disposto no art. 9º da Lei Federal n. 10.684/2003, c.c. art. 151 do CTN e, como argumento jurídico, discorre sobre a teoria da tipicidade conglobante, de ZAFFARONI, pelo qual o alcance da norma proibitiva deve ser considerado no sistema normativo como um todo e não somente na subsunção do tipo ao fato.

*In casu*, o recorrente tenta provar o parcelamento por meio de uma Lei Municipal (f. 58), ou seja, apenas uma regulamentação, mas não um parcelamento efetivo junto ao órgão previdenciário.

Assim, a promulgação de uma lei não comprova o real parcelamento da dívida, a fim de extinguir ou suspender a pretensão de punibilidade estatal.

Nessa linha de raciocínio, nem o recibo de pedido de parcelamento tem poder de comprová-lo, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal:

**EMENTA: AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. CRIMES DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA E SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA (INCISO I DO § 1º DO ART. 168-A E INCISO III DO ART. 337-A, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). CONTINUIDADE DELITIVA E CONCURSO MATERIAL. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. DOLO ESPECÍFICO. NÃO-EXIGÊNCIA PARA AMBAS AS FIGURAS TÍPICAS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS EM RELAÇÃO AO CO-RÉU DETENTOR DO FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. PRECÁRIA CONDIÇÃO FINANCEIRA DA EMPRESA. EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. NÃO-COMPROVAÇÃO. INAPLICABILIDADE AO DELITO DE SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PROCEDÊNCIA DA ACUSAÇÃO. ABSOLVIÇÃO DA CO-RÉ. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. PENA DE 3 (TRÊS) ANOS E 6 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO E 30 (TRINTA) DIAS-MULTA, PARA CADA DELITO, TOTALIZANDO 7 (SETE) ANOS DE RECLUSÃO E 60 (SESENTA) DIAS-MULTA, FIXADOS EM ½ (UM MEIO) SALÁRIO MÍNIMO. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. SEMI-ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SURSIS. DESCABIMENTO. 1. [...] 4. Não se presta para a suspensão da pretensão punitiva estatal, nos moldes do art. 9º da Lei n. 10.684/2003, a juntada de “Recibo de Pedido de Parcelamento da Lei n. 11.941, de 27 de maio de 2009”, cuja primeira prestação não foi paga no prazo previsto no referido documento, porque não comprova a efetiva obtenção do parcelamento administrativo do débito fiscal. [...]. (STF, ACr n. 516/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, julgado em 27.9.2010 – destacamos).**

Provavelmente um parcelamento efetivo fora realizado junto ao Fundo Municipal de Previdência Social pelo sucessor do apelante na administração da Prefeitura de Ivinhema, pois em jogo direito a benefícios previdenciários e aposentadorias dos servidores, porém, o sujeito ativo do tipo é o recorrente, portanto, para aproveitar o disposto no art. 9º da Lei n. 10.684/03, equivalente a um arrependimento eficaz, o ato de parcelar, iniciando o pagamento perante o fundo, deveria ter sido feito pelo próprio réu e não por terceira pessoa.

A tese da defesa sobre a tipicidade conglobante não será discutida, porque o art. 9º da Lei n. 10.684/03 não discrimina o ato, ou é uma versão mais benéfica do tipo, representando um caso de arrependimento, o que não foi exercitado pelo réu.

Destarte, não é possível a aplicação do benefício da extinção ou suspensão da punibilidade estatal no presente feito.

## **2) Da impossibilidade de absolvição.**

### **2.1- Exigibilidade de conduta adversa.**

O recorrente requer a absolvição alegando inexigibilidade de conduta diversa, diante das dificuldades financeiras do município, bem como pela impossibilidade de imposição da responsabilidade objetiva na seara penal.

A nosso ver essas versões são contraditórias: na primeira, afirma que descontou e não repassou, porque não poderia fazer de outra forma; na segunda (responsabilidade objetiva), alega que vários órgãos do executivo desempenhavam funções administrativas, sendo que ao Conselho Deliberativo competia gerir o Fundo Municipal de Previdência Social.

Todavia, faremos suas análises, a primeira de acordo com a natureza fática, e a segunda, no âmbito processual, concluindo que não assiste razão ao apelante, conforme exporemos:

A inexigibilidade de conduta adversa é uma norma supralegal de excludente de culpabilidade, razão pela qual a prova dos fatos que levaram o indivíduo a não cumprir o preceito legal deve ser inequívoca, sob pena de total desrespeito ao Estado de Direito, porquanto a exigência da conduta diversa é um pressuposto de culpabilidade prevista na lei penal.

No caso versado, as provas produzidas na instrução criminal e as trazidas nas razões não confirma a inexigibilidade de conduta adversa.

Primeiramente, os documentos encaminhados pelo Tribunal de Contas demonstram claramente o delito (f. 12-13 e 60-74).

Em contrapartida, os testemunhos de f. 190, 191 e 206 apenas confirmam que o município estava endividado, mas não afirmam que o desconto previdenciário (e não o repasse ao Fundo Municipal de Previdência Social) fosse a única saída para a solução dos débitos.

Em seu interrogatório, o apelante explica que as contas estavam em atraso, mas não justifica por que, dentre todos os inadimplementos possíveis, era exigível que descontasse dos servidores públicos o valor referente à previdência sem o competente repasse ao fundo.

O ato é ainda mais incoerente e reprovável se considerarmos que o dinheiro era descontado do salário do funcionário público, que estaria arcando com as contas do

município, mas se necessitasse de um benefício (auxílio doença, pensão ou aposentadoria) teria problemas em obtê-lo, pois o fundo não registrava o repasse.

Ademais, o inconformismo por não ter sido requerido balancete financeiro pelo Juiz da causa não encontra amparo processual, haja vista o caráter subsidiário dessa atuação probatória, devendo os referidos demonstrativos ter sido juntados ou pleiteados pela defesa técnica do apelante, o que não fez.

Outrossim, os documentos trazidos com as razões da apelação não merecem uma maior atenção, eis que se baseiam em cópias sem nenhuma característica de oficialidade ou fé pública que lhe dêem credibilidade, além de dependerem de uma análise contábil.

## 2-2 Da responsabilidade subjetiva pelo ato.

O apelante alega a inexistência de responsabilidade objetiva na esfera penal. Porém, tinha pleno conhecimento dos descontos realizados nas folhas de pagamento dos funcionários, sem o respectivo repasse, inclusive aduz (f. 139) que a assessoria jurídica lhe orientou de que ‘não haveria qualquer problema acaso houvesse problema com caixa[...]’, sem juntar qualquer parecer do setor jurídico para comprovar o alegado.

Ora, o recorrente sabia dos atos praticados, apenas alega um falso conhecimento quanto à ilicitude, o que não é crível. Portanto, praticou, ainda que por delegação a subalternos, o tipo subjetivo do ato. Segundo ensina DELMANTO<sup>1</sup>: ‘**Tipo objetivo**: deixar de repassar à Previdência Social e deixar de transferir a esta autarquia. É necessário que tenha havia antes efetivo recolhimento (desconto) das contribuições previdenciárias junto aos contribuintes. Trata-se, pois, de conduta mista, onde o recolhimento (desconto) integra o tipo. Incrimina-se a conduta de deixar de repassar no prazo e forma legal ou convencional, vale dizer, no prazo e forma previstos em Lei ou convenções entre as partes (quem desconta ou recolhe as contribuições e a Previdência Social).’

Quanto ao tipo subjetivo, já discorremos sobre o atendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal, entendo que basta o dolo genérico.

Portanto, a determinação do ato partiu do apelante, além de ser legalmente o substituto tributário para tanto e a lei específica do fundo prever sua subordinação direta com o Gabinete do Prefeito, conforme se verifica no art. 17 da Lei Municipal n. 492, de 22.12.1994, transcrito na peça recursal (f. 293): ‘Art. **O Fundo Municipal de Previdência Social ficará subordinado diretamente ao Gabinete do Prefeito**, cabendo sua administração a um Conselho Deliberativo, não remunerado pelo Fundo, composto de três membros indicados pelo Prefeito Municipal, sendo um Coordenador-Geral, um Secretário e um Tesoureiro, o primeiro por escolha pessoal do Chefe do Executivo e os demais escolhidos por este, em lista tríplice apresentada pela associação dos servidores públicos municipais.’ (**destacamos**)

Nesse compasso, não há falar em uma simples relação causal no presente feito, mas sim em culpa efetiva do agente administrativo, o qual foi devidamente condenado pela prática do tipo descrito no art. 168-A do Código Penal.

Alternativamente, o apelante pede a redução da pena-base para o mínimo legal, por ter sido exacerbada, bem como a modificação do regime prisional para o aberto e a substituição por restritivas de direitos.

<sup>1</sup> DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 609.

Sua pena foi fixada em 2 anos acima do mínimo legal (4 anos de reclusão e 150 dias-multa) apenas em razão da culpabilidade e das consequências do crime (f. 261).

Ocorre que as consequências do crime (“*foram negativas, pois o débito foi parcelado a longo prazo pela municipalidade*”) basearam-se em referências vagas, desprovidas de fundamentação objetiva, portanto inadequadas para justificar a exasperação.

Já a culpabilidade deve ser mantida como desfavorável “*pois o réu agiu na função de gestor público, deixando de recolher os recursos previdenciários de centenas de servidores*”. Ora, o apelante praticou o crime no exercício do mandato de Prefeito Municipal, causando prejuízos a inúmeros servidores públicos de Ivinhema, que não tiveram suas contribuições previdenciárias repassadas para o FMPS (Fundo Municipal de Previdência Social) por praticamente todo o ano de 2001, sendo, evidentemente, uma circunstância judicial negativa.

Desta forma, reduzo a pena-base para 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 120 (cento e vinte) dias-multa, montante que entendo ser adequado, justo e suficiente para a reprovação e prevenção do delito.

Em razão da atenuante da confissão, reduzo a pena em 6 meses (*quantum* fixado na sentença – f. 262), totalizando 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 100 (cem) dias-multa.

Por fim, em razão da continuidade delitiva, aumento a pena do apelante em 1/3 (*quantum* fixado na sentença – f. 262), totalizando 2 (dois) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 133 (cento e trinta e três) dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos, a qual torno definitiva diante da ausência de outras circunstâncias.

Considerando que o apelante possui uma única circunstância judicial desfavorável e que a pena foi reduzida, em atendimento ao art. 33, § 2º, “c”, e § 3º, CP, modifico o regime prisional para o aberto.

Por fim, incabível a substituição da pena por restritivas de direitos, pois as circunstâncias do crime não indicam que seria suficiente para a reprovação e prevenção do delito (art. 44, III, CP).

Preleciona o prof. Julio Fabbrini Mirabete (Manual de Direito Penal, parte geral. 21. ed. Rev. e atual. por FABBRINI, Renato N. São Paulo: Atlas, 2004. p. 279. v. 1):

[...] não tem direito à substituição, portanto, os condenados que, pelos elementos colhidos na instrução criminal, demonstrarem incompatibilidade com a convivência social harmônica, que tiverem antecedentes comprometedores, ainda que não tenham sido condenados anteriormente, que apresentem conduta marcada por fatos anti-sociais ou que não tenham profissão definida, emprego fixo ou residência determinada e, ainda, quando os próprios motivos e as circunstâncias de caráter social indicarem que a substituição não servirá de prevenção penal.

Nesse sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do *Habeas Corpus* n. 83.364, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 5.8.2010:

PENAL. *HABEAS CORPUS*. FURTO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. 1. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REGIME INICIAL SEMIABERTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INOCORRÊNCIA. 2. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA. NEGATIVOS: ANTECEDENTES, CONDUTA E PERSONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE LEGAL. 3. ORDEM DENEGADA. 1. Nos termos do art. 33 do Código Penal, fixada a pena em patamar inferior a 4 (quatro) anos, a estipulação do regime inicial semiaberto é apropriado,

eis que existem circunstâncias judiciais desfavoráveis, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, inclusive em virtude dos maus antecedentes. 2. **A substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não é possível no caso em apreço, pois não se verificam presentes os requisitos do artigo 44, III, do Código Penal.** 3. Ordem denegada.

Diante do exposto, contra o parecer, dou parcial provimento ao recurso apenas para reduzir a pena-base do apelante e alterar o regime prisional para o aberto.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E CONTRA O PARECER, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DA RELATORA.

Presidência da Exma. Sra. Des<sup>a</sup> Marilza Lúcia Fortes.

Relatora, a Exma. Sra. Des<sup>a</sup> Marilza Lúcia Fortes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marilza Lúcia Fortes, Dorival Moreira dos Santos e o Juiz Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 16 de maio de 2011.

\*\*\*

**Primeira Turma Criminal**  
**Apelação Criminal n. 2011.003192-0 - Ivinhema**  
**Relatora Des<sup>a</sup> Marilza Lúcia Fortes**

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO DE ENERGIA ELÉTRICA – ALEGAÇÃO DE QUE O LAUDO TÉCNICO NÃO COMPROVA O FURTO – INOCORRÊNCIA – RECURSO IMPROVIDO.

Não há falar em nulidade da perícia se ela foi confeccionada por perito estatal ligado à SSP, e confirma que um dos fios que registram a energia consumida foi quebrado para beneficiar o apelante, ademais, a prova do crime de furto de energia em tela não está isolado nos autos, e foi corroborado por prova testemunhal que confirmou o furto.

Inexistindo dúvida de que o apelante era o proprietário do imóvel, à época da fraude no medidor de energia elétrica, e ele próprio se utilizou da energia subtraída, configurado está o delito de furto de energia elétrica, não prosperando a tese de que desconhecia a irregularidade.

### **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, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 18 de abril de 2011.

Des<sup>a</sup> Marilza Lúcia Fortes – Relatora

### **RELATÓRIO**

A Sra. Des<sup>a</sup> Marilza Lúcia Fortes

Edson José de Almeida foi condenado à pena de 1 ano, 2 meses e 15 dias de reclusão no regime aberto pela prática do crime tipificado no art. 155, § 3º, do Código Penal (furto de energia elétrica), que foi substituída por uma restritiva de direitos.

Inconformado, alega que as perícias são nulas, pois não são capazes de comprovar o furto.

O *Parquet* contra-arrazoou pela manutenção da sentença lançada, f. 194-204.

O Parecer Ministerial opina pelo improvimento recursal.

### **VOTO**

A Sra. Des<sup>a</sup> Marilza Lúcia Fortes (Relatora)

Edson José de Almeida foi condenado à pena de 1 ano, 2 meses e 15 dias de reclusão no regime aberto pela prática do crime tipificado no art. 155, § 3º, do Código Penal (furto de energia elétrica), que foi substituída por uma restritiva de direitos.

Inconformado, alega que as perícias são nulas, pois não são capazes de comprovar o furto.

Narra a denúncia que em:

[...] 25 de abril de 2007, funcionários da ENERSUL estiveram no imóvel do denunciado, para revista no medidor de energia instalado no “Supermercado Bem Bom”, quando se constatou que havia desvio de uma fase do padrão de medição, cujo desvio de energia vinha gerando prejuízos à empresa fornecedora.

Fora feito laudo de vistoria, inquirido o réu, que posteriormente foi denunciado por furto de energia elétrica[...].

Pois bem, o laudo pericial, às f 16-21, foi confeccionado por uma perita criminal ligada à Secretaria de Segurança Pública, no qual constatou que se tratava de um padrão trifásico onde “[...] o fio na corrente fase B, se encontrava quebrado, impossibilitando a passagem de energia para o registro da fase B[...]”.

A testemunha Paulino Cavalcante de Oliveira, técnico em medição da Enersul, em seu depoimento em juízo, na estenotipia às f. 109-110, explica que o fio da fase “B” do padrão estava quebrado, por isso não era marcado o consumo desta fase, causando redução na conta do recorrente em detrimento da concessionária de energia.

E mais, não prospera a tese de que não tinha conhecimento das irregularidades do padrão, pois não é a primeira vez que se constatam irregularidades na medição de energia do referido local, tanto porque o apelante é proprietário do estabelecimento.

Dessa forma, a perícia realizada não está isolada nos autos e comprova que o apelante praticou o furto de energia elétrica.

Neste sentido:

EMENTA - APELAÇÃO – PENAL E PROCESSUAL PENAL – FURTO DE ENERGIA ELÉTRICA – CONDENAÇÃO FUNDADA EM PROVA PERICIAL – ABSOLVIÇÃO–IMPOSSIBILIDADE–PENA-BASE–PLEITO DE ABRANDAMENTO – IMPROCEDÊNCIA – PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA – INSUFICIÊNCIA DA CAPACIDADE ECONÔMICA NÃO DEMONSTRADA – POSSIBILIDADE DE PARCELAMENTO – NÃO PROVIMENTO.

Comprovando-se por intermédio da prova pericial, que não foi objeto de suficiente impugnação, que o acusado morador e responsável pelo imóvel investigado praticou o delito de furto de energia elétrica, sua condenação nas respectivas sanções do tipo é medida que se impõe.

Não é de se reconhecer como indevida a exasperação da pena-base quando militam circunstâncias judiciais desfavoráveis, devidamente sopesadas pelo juízo *a quo*.

Resta inviabilizada a redução da pena pecuniária quando – além da falta de comprovação da impossibilidade de cumprimento – existe a possibilidade de parcelamento do quantum fixado na sentença, durante a fase de execução penal.

Apelação defensiva a que se nega provimento, ante o acerto da decisão singular. (TJMS, ACr n. 2010.020095-5, Paranaíba, Rel. Des. Carlos Eduardo Contar).

E ainda:

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO DE ENERGIA ELÉTRICA – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – INCABÍVEL – PROVAS DA AUTORIA E MATERIALIDADE – RESSARCIMENTO ANTES DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA – INEXISTÊNCIA DE EXCLUDENTE DE CRIMINALIDADE – IMPROVIDO.

Inexistindo dúvida de que o apelante era o proprietário do imóvel, à época da fraude no medidor de energia elétrica, e ele próprio se utilizou da energia subtraída, configurado está o delito de furto de energia elétrica.

O pagamento da energia furtada, antes do oferecimento da denúncia, não elide o crime. (TJMS, ACr n. 2008.018991-5, Cassilândia, Rel<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup>. Marilza Lúcia Fortes).

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, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.**

Presidência da Exma. Sra. Des<sup>a</sup> Marilza Lúcia Fortes.

Relatora, a Exma. Sra. Des<sup>a</sup> Marilza Lúcia Fortes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marilza Lúcia Fortes, Dorival Moreira dos Santos e Juiz Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 18 de abril de 2011.

\*\*\*

**Segunda Turma Criminal**  
**Apelação Criminal n. 2011.004381-5 - Fátima do Sul**  
**Relator Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes**

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO CULPOSO NO TRÂNSITO – SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSO DEFENSIVO – PEDIDO ABSOLUTÓRIO – CULPA NÃO EVIDENCIADA – RISCO PERMITIDO – AUTOCOLOCAÇÃO DA VÍTIMA EM SITUAÇÃO DE PERIGO – ATIPICIDADE DO FATO – ABSOLVIÇÃO DECRETADA – RECURSO PROVIDO.

Se não há elementos comprobatórios de que o apelante dirigiu infringindo as normas legais e tampouco desrespeitando a sinalização da via, não há imputar-lhe culpa pelo homicídio.

Consoante cediço, a responsabilidade penal de um indivíduo somente existe por seu único comportamento, nunca pelo dos demais. Inexistindo demonstração cabal de que o motorista em questão tenha sido negligente ou imprudente, não se pode responsabilizá-lo pela morte daquele que assumiu o risco de com ele pegar corona – e, embora não tenha consentido com qualquer resultado lesivo, demonstrou despreocupação ou descuido com as consequências de trafegar com alguém que teria ingerido bebidas alcoólicas.

No presente caso, pelo que se extrai de todos os elementos de prova, houve consenso entre “autor” e “vítima” na criação do risco. A autocolocação (ou altercolocação) em perigo, livre e consciente, é indiscutível – e enseja o afastamento do direito penal.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, vencido o 1º Vogal.

Campo Grande, 25 de maio de 2011.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

Leandro Bonfim França foi condenado à pena de 2 anos e 2 meses de reclusão, em regime aberto (substituída por duas restritivas de direitos), e suspensão da permissão de dirigir veículo automotor pelo período de 2 anos e 6 meses, por suposta infração ao disposto no art. 302, *caput*, da Lei n. 9.503/97.

Irresignado, recorre a este Sodalício objetivando sua absolvição, sob o argumento de que a fundamentação para a condenação – de que o sinistro teria ocorrido em razão da suposta ingestão, pelo apelante, de bebidas alcoólicas – padece de comprovação técnica.

Salienta que não ficaram devidamente demonstrados os requisitos caracterizadores da culpa, sendo que no Direito Penal não se admite culpa presumida ou responsabilidade objetiva.

Em contrarrazões, o representante do *Parquet* pugna pelo improvimento do recurso.

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou de igual forma.

## VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator)

O recurso deve ser provido.

Pelo que se pode ater dos autos, o apelante foi condenado porque, em 9 de julho de 2007, por volta de 1h da manhã, após suposta ingestão de bebidas alcoólicas, teria perdido o controle do veículo que dirigia e colidido com uma árvore, causando culposamente, mediante imperícia e imprudência, a morte de Selenias Gomes Gondim.

Pois bem. Em primeiro lugar, cumpre-me ressaltar que não há, nos autos, comprovação precisa da quantidade de álcool por litro de sangue do recorrente.

Aliás, em que pese a existência de depoimentos no sentido de que o recorrido tenha ingerido bebidas alcoólicas, tais provas não são suficientes para caracterizar a aventada embriaguez. Por oportuno, faço questão de colacioná-los (inclusive o interrogatório judicial da vítima):

Ouvi a leitura do termo de depoimento que consta sob o meu nome nos autos (f.84), nele reconheço a minha assinatura e confirmo que é tudo verdade. Não conhecia Leandro Bonfim França e só o vi no dia do acidente. Também não conhecia a vítima Selenias. Eu não sei qual foi a causa do acidente, pelo que eu me lembro o carro bateu contra a árvore. Não sei se houve qualquer fato externo que tenha causado esta colisão e nem sei se houve qualquer outro envolvido no acidente. Alan José Santana, policial militar (f. 158).

Ouvi a leitura do termo de depoimento que consta sob o meu nome nos autos (f. 81) e termo de ocorrências (f. 8), neles reconheço as minhas assinaturas e confirmo que é tudo verdade. Quando cheguei no local, lá já se encontrava a Polícia Militar e o Corpo de Bombeiros, mas não sei quem chegou primeiro. Não vi Leandro no local, porque o Corpo de Bombeiros já havia trazido para o Hospital da Sias. Emerson Leandro Bezerra, policial civil (f. 159).

Ouvi a leitura do termo de depoimento que consta sob o meu nome nos autos (f. 89), nele reconheço a minha assinatura e confirmo que é tudo verdade. Leandro estava com os olhos fechados, aparentemente desmaiado, mas quando lhe fazia perguntas ele respondia, inclusive abrindo os olhos e logo em seguida os fechava novamente, o que pode ser decorrência do traumatismo craniano. Não senti hálito alcoólico em Leandro, até porque não cheguei perto da boca dele. O dia era seco, sem chuva, era dia 9 de julho, aniversário de Fátima do Sul. Oldair Balduino de Lima (f. 160).

MP: Como que ocorreu esse acidente?

DEPOENTE: Ah eu não lembro muito bem não, eu lembro que a gente saiu de Fátima do Sul e de repente a gente perdeu o controle, não tenho muita lembrança do que aconteceu.

MP: Vocês tinham ingerido bebida alcoólica?

DEPOENTE: Tínhamos

MP: Usava cinto de segurança?

DEPOENTE: Eu usava, ele não.

DEFESA: Da vítima era amigo?

DEPOENTE: Da vítima era amigo

DEFESA: Amizade de muito tempo?

DEPOENTE: Uns dez anos ou mais. Leandro Bonfim França, réu (f. 185)

Pela simples leitura das declarações acima, conclui-se que não há certeza a respeito da situação do acusado no momento do acidente. Deste modo, não se comprovando, cabalmente, a embriaguez do agente, não se pode afirmar, da mesma forma, que tal circunstância foi determinante para a ocorrência da colisão do veículo e, por consequência, da morte da vítima.

Por outro lado, a versão defensiva apresentada é, em tese, plenamente aceitável. Há plausibilidade na alegação de que o apelante perdeu o controle do veículo em razão dos faróis altos de outro carro que vinha em sentido contrário, mormente por se tratar de via sem asfalto.

Não se pode mensurar ou desmerecer as alegações do recorrente sob o fundamento de que ele supostamente não teria consciência dos seus atos. Ora, à acusação incumbia a prova de que a ingestão de bebidas alcoólicas foi causa determinante para a ocorrência do acidente, e não o contrário.

A propósito, o próprio representante do *Parquet*, ao inquirir a testemunha da acusação Heberon Aparecido da Silva (f. 185-7), que se encontrava no veículo no momento do acidente, olvidou-se de perguntar se havia mesmo outro carro vindo em sentido contrário. Olvidou-se até mesmo de inquiri-la se o réu estava sem condições de dirigir o veículo em questão.

Suponha-se que o agente tenha ingerido uma quantia ínfima de álcool. Suponha-se, ademais, que tenha transcorrido lapso suficiente para que a bebida não mais surtisse efeito. A partir deste ponto, não há falar em possibilidade de conhecimento do perigo que a sua conduta geraria. O caso em questão pode facilmente ser classificado como fora da previsibilidade objetiva, ou seja, exorbitando a previsão e diligência de qualquer homem médio.

Aliás, a partir do advento da Lei n. 11.705/08 – que passou a dispor o índice mínimo de 0,6 decigramas de álcool por litro de sangue –, dirigir com concentração etílica inferior ao índice em questão nada mais é do que infração administrativa, ou seja, risco permitido pela norma. E, conforme sabido, o risco socialmente aceito não pode, ao mesmo tempo, configurar conduta penalmente típica.

Sobre o tema, leciona Luiz Regis do Prado<sup>1</sup>:

O traço comum entre a adequação social e o risco permitido radica na ausência de um resultado penalmente típico, que, no caso da adequação social, é excluído por uma interpretação teleológica restritiva e, no caso do risco permitido, pelo fato de não ser possível desvalorar penalmente um resultado que não foi produzido com dolo ou culpa.

1 PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. **Teorias da imputação objetiva do resultado**: uma aproximação crítica a seus fundamentos. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

Com efeito, se não há elementos comprobatórios de que o apelante dirigiu infringindo as normas legais e tampouco desrespeitando a sinalização da via, não há imputar-lhe culpa pelo homicídio.

Por outro lado, mesmo supondo-se que o acusado não tinha a mínima condição de dirigir o veículo automotor, ainda assim a condenação não se sustenta. Explico.

Em situações como a narrada, a vítima não pode ser entendida exclusivamente como a pessoa sobre a qual recaem as consequências da ação criminosa, mormente quando forneceu elementos para a produção do resultado e aceitou o risco que corria.

Para melhor elucidar a questão, faço minhas as considerações exaradas pelo E. Des. Alexandre Victor de Carvalho, do Tribunal de Justiça mineiro<sup>2</sup>:

O moderno Direito Penal que se constrói objetivando a real proteção da sociedade não mais fica preso ao rigorismo de teorias elaboradas abstratamente, optando por sua construção frente à situação problemática enfrentada no caso prático.

Neste diapasão, a imputação objetiva surge para amenizar o rigor da teoria da equivalência dos antecedentes causais- tão criticado pela doutrina penal - criando a categoria da imputação, constituindo-se num dado valorativo e posterior à causalidade meramente física constatada apenas no plano material.

Assim, a imputação objetiva fulcra-se no denominado princípio do risco, que é consequência da ponderação, própria de um Estado de Direito, entre os bens jurídicos e os interesses de liberdade individuais, segundo a medida do princípio da proporcionalidade.

Pressupõe não apenas a relação de causalidade física entre uma conduta e o resultado, mas que esta conduta tenha realizado um perigo fora do âmbito do risco permitido, criado pelo autor dentro do alcance do tipo objetivo.

Significa, portanto, que a relação de causalidade não será comprovada apenas pelo chamado processo hipotético de eliminação de Thyrén, ou seja, se, mentalmente, abstraída a conduta, não mais se verificar o resultado, é porque está demonstrado o nexo causal.

Agora é necessário, conforme dispõe Claus Roxin em sua magistral obra “ La imputacion Objetiva en el Derecho Penal”, tradução de Abanto Vásquez, M., Lima, 1997, “a criação de um risco jurídico-penalmente relevante ou não permitido ou desaprovado, a realização do risco imputável no resultado lesivo e a infringência ao fim de proteção do tipo penal ou alcance do tipo.”

A imputação objetiva serve para limitar a responsabilidade penal, constituindo-se em um mecanismo para delimitar o comportamento proibido. Ancorada em um sistema coerente de interpretação que se infere da função desempenhada pelo direito penal na sociedade, sua finalidade é analisar o sentido social de um comportamento, precisando se este encontra-se ou não socialmente proibido e se tal proibição é relevante para o direito penal.

Neste sentido, foram elaborados vários critérios negativos da imputação objetiva, ou seja, hipóteses em que não haverá a valoração da conduta como juridicamente relevante para que o resultado a ela seja imputado, entre eles, o que nos interessa para resolução do caso em tela, a exclusão da imputação pelo consentimento em uma autocolocação em perigo.

<sup>2</sup> TJMG, ACr n. 1.0441.05.001741-3/0011, Muzambinho, Quinta Câmara Criminal, Rel. Des. Alexandre Victor de Carvalho, julgado em 18.12.2007, DJ de 19.2.2008.

Não haverá imputação quando alguém, desejando livre e conscientemente uma situação de risco, se coloca em perigo utilizando outra pessoa. Um exemplo desta situação é do barqueiro que, advertendo José e João de que não deveriam passear de barco porque a maré está alta, não consegue dissuadi-los da idéia, sendo então compelido a enfrentar a situação de risco que culmina com o barco se afundando e os passageiros morrendo. Se aceitos os critérios da imputação objetiva, não haverá punição criminal para o barqueiro, no exemplo supracitado.

Outro exemplo mencionado por Claus Roxin é o da pessoa que mantém relações sexuais com outra, sendo portadora de AIDS. Segundo o jurista alemão, se ambas as partes conhecem o perigo da transmissão do vírus, se responsabilizaram conjuntamente por sua atuação, não havendo que se falar em responsabilidade criminal caso haja efetiva transmissão da doença.

No presente caso, pelo que se extrai de todos os elementos de prova, houve consenso entre “autor” e “vítima” na criação do risco. A autocolocação (ou altercolocação) em perigo, livre e consciente, é indiscutível – e enseja o afastamento do direito penal.

Sobre o tema, o então juiz de direito Ruy Celso Barbosa Florence – mestre e doutor em Direito Penal e hoje o mais *novel* desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul –, cujo espírito inovador na adoção das modernas teorias penais é indiscutível, bem explica<sup>3</sup>:

[...] a razão da exclusão da imputação, nos casos em que a vítima se autocoloca em situação de perigo, assim como se dá quando ela consente com a agressão ao bem jurídico de que é titular, reside na linha político-criminal assumida pela teoria da imputação objetiva, focada em uma visão do Direito Penal que deve agir como *ultima ratio*, analisando os tipos penais de acordo com sua finalidade dentro do contexto social em que atuam [...]

O princípio da subsidiariedade preceitua que o Direito Construtivo só deve incidir sobre situações cujo titular do bem jurídico, efetivamente, não disponha de meios para protegê-lo.

*In casu*, a situação era reversa. O titular (ofendido) dispunha de meios para resguardar-se do perigo. Entretanto, desconsiderou-o e, por vontade própria, embarcou no veículo que seu amigo conduzia, mesmo sabendo que ele teria ingerido bebidas alcoólicas.

Ora, consoante cediço, a responsabilidade penal de um indivíduo somente existe por seu único comportamento, nunca pelo dos demais. Assim, se não há comprovação cabal de que o motorista em questão tenha sido negligente ou imprudente, não se pode responsabilizá-lo pela morte daquele que assumiu o risco de com ele pegar carona.

Embora não tenha consentido com qualquer resultado lesivo, demonstrou despreocupação ou descuido com as consequências da “jornada”.

Conforme o escólio de W. FRISCH<sup>4</sup>, “*haverá autocolocação sob perigo sempre que a vítima, consciente ou inconsciente, participe, com sua própria conduta, na realização do resultado juridicamente protegido*”.

Igualmente, sustenta Yesid Reyes Alvarado<sup>5</sup> que, “*quien, dentro de su ámbito de competencia se expone a un peligro del cual pueden resultar para sí mismo consecuencias negativas asume integralmente la responsabilidad por dichos efectos*.”

Não menos importante, Claus Roxin propõe que, “*quando há por parte da vítima uma completa visão do risco, exclui a participação no resultado de quem deu causa. Isto porque, o alcance do tipo não abrange esta hipótese, pois o efeito protetivo da norma encontra seu limite na auto-responsabilidade da vítima*.”<sup>6</sup>

3 FLORENCE, Ruy Celso Barbosa. **Teoria da imputação objetiva**: sua aplicação aos delitos omissivos no direito penal brasileiro. São Paulo: Pillares, 2010. p. 129.

4 FRISH, Wolfgang. **Tipo Penal e Imputación Objetiva**. Madrid: Colex, 1995.

5 ALVARADO, Yesid Reyes. **Imputación objetiva**. p. 168.

6 ROXIN, Claus. **A Teoria da Imputação Objetiva**. Tradução Luís de Greco. Revista brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 10, fascículo 38, p. 13, 2002.

O comportamento da vítima não pode ser simplesmente ignorado. A sua capacidade de autodeterminação é, inclusive, parte integrante de sua dignidade.<sup>7</sup>

Acerca do tema, Alessandra Orcesi Pedro Greco<sup>8</sup>, ao resumir os ensinamentos de Jesús-Maria Silva Sánchez, menciona que o doutrinador:

Identifica duas posições básicas na doutrina alemã, na qual o tema é objeto de debate intenso, esclarecendo que a doutrina e a jurisprudência alemãs sempre levaram em conta a atuação da vítima, especialmente nos delitos culposos (em que a imprudência da vítima – omissão de medidas de autoproteção, como a utilização de cinto de segurança – gera o conceito de co-responsabilidade), e acrescenta que na década de oitenta a discussão foi ampliada e atingiu o campo dos delitos dolosos, dando lugar a duas posições antagônicas na doutrina:

a) Há uma corrente mais moderada, defendida por Günther Jakobs e Winfried Hassemer, que entende que o comportamento da vítima deve ser considerado no âmbito da fixação da pena, mas tal consideração não pode extrapolar os limites da tipicidade a não ser por expressa previsão legal;

b) Há, de outro lado, uma corrente mais radical, defendida por Bernd, sustentando que um enfoque vitimológico dos princípios gerais que regulam o jus puniendi do Estado pode conduzir, em certos casos, a uma total isenção de responsabilidade do autor. Este é o princípio da auto-responsabilidade da vítima que nesta concepção conduz ao princípio da subsidiariedade do direito penal e da sua utilização como ultima ratio. A vítima tem um dever de proteger a si própria com atitudes defensivas exigíveis, usuais e possíveis. Se ela, devendo se proteger, não o faz, a ocorrência do crime é a ela atribuída, e o autor fica isento de pena.

Ou, conforme bem exprime Fábio Roberto D'Ávila<sup>9</sup>:

[...] a melhor resposta para a problemática reside, certamente, na teoria da imputação, fundada em dois elucidativos critérios que nos são apresentados por ROXIN: a) o dano deve ser consequência do risco corrido e não de fatos adicionais, e o sujeito posto em perigo deve ter a mesma responsabilidade pela atuação comum, que aquele que o pôs em perigo; b) a vítima deve ser consciente do perigo, na mesma proporção daquele que o coloca em tal situação. Presente ambos os pressupostos, estará afastada a imputação, na medida em que a vítima conhece o perigo e o aceita, assumindo o risco do resultado lesivo.<sup>10</sup>

Há que se determinar um padrão das medidas protetoras exigíveis. O Direito Penal não deve ser chamado quando o próprio indivíduo (maior de 18 anos, em pleno uso de sua capacidade mental, que aja voluntariamente, consciente dos prováveis riscos), pelos seus meios, tiver condições de preservar seus bens jurídicos e simplesmente desprezá-los.

Sobre o tema, extrai da jurisprudência:

**APELAÇÃO CRIME.** Homicídio culposo na direção de veículo automotor. Art. 302 do CTB. Não demonstração do agir culposo por parte do réu. Laudo pericial de velocidade do veículo que não apresenta credibilidade, tendo em vista a não constatação e

7 FLORENCE, Ruy Celso Barbosa. **Teoria da imputação objetiva**: sua aplicação aos delitos omissivos no direito penal brasileiro. São Paulo: Pillares, 2010. p. 131.

8 GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. **A auto-colocação da vítima em risco**. São Paulo: RT, 2004.

9 D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Crime culposo e a teoria da imputação objetiva**. São Paulo: RT, 2001.

10 ROXIN, Claus. **Derecho Penal, Parte general**. Tradução Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 395. v. 1. “[...] estaria excluída la imputación del resultado em la medida que el ‘pasajero’ conocía el riesgo em toda su extensión y lo há provocado conscientemente; [...]”.

apreciação de algumas circunstâncias. Quebra do princípio da confiança e da autocolocação em risco por parte da vítima. Manutenção da sentença absolutória de primeiro grau. Negaram provimento ao apelo ministerial. (TJRS, ACr 70038546644, Canoas, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Marcel Esquivel Hoppe, julgado em 4.11.2010, DJERS 29.11.2010).

PENAL E PROCESSO PENAL. HOMICÍDIO CULPOSO NO TRÂNSITO. AUSÊNCIA DE PROVA DE INCREMENTO DO RISCO. RÉQUE REALIZAVAM A MANOBRA AUTORIZADA. SUSPEITA DE QUE TENHA A VÍTIMA SE AUTOCOLOCA DO EM PERIGO. IMPUTAÇÃO OBJETIVA QUESTIONADA. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. IN DUBIO PRO REO. ABSOLVIÇÃO. IMPERIOSIDADE. Não havendo prova segura de ter o agente praticado conduta que ultrapassasse os limites do risco permitido, uma vez que a prova pericial é lacunosa, não é possível exercer um perfeito juízo de imputação objetiva. Se o resultado mais gravoso decorre de autocolocação da vítima em perigo, exclui-se a imputação objetiva. Não viola dever objetivo de cuidado o condutor de veículo automotor que faz manobra de ultrapassagem, em local onde a sinalização é omissa, mas a visibilidade é boa e a via reta, pois o princípio da confiança indica que o condutor do veículo ultrapassado tem o dever de respeitar as regras dessa manobra, não lhe permitindo jogar o veículo para a esquerda, fechando o que ultrapassava. Recurso Provido. Absolvição decretada. (TJMG, ACr 1.0092.03.003900-9/001, Buenópolis, Quinta Câmara Criminal, Rel. Des. Hélcio Valentim, julgado em 31.7.2007; DJMG 11.8.2007)

APELAÇÃO CRIMINAL. DELITOS DE TRÂNSITO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA QUANTO A UM DOS APELANTES. RECURSO PROVIDO QUANTO AO OUTRO. CULPA NÃO EVIDENCIADA. RISCO PERMITIDO. AUTOCOLOCAÇÃO DA VÍTIMA EM SITUAÇÃO DE PERIGO. 1. Declara-se a extinção da punibilidade pela via da prescrição da pretensão punitiva estatal na hipótese de incidência de situação prevista ante conjugação entre os art. 107, IV, 109, VI e 111 do Código Penal. 2. Vítima que se encontrava sentada na pista asfáltica. Autocolocação em situação de perigo. Impossibilidade de uma razoável previsão do resultado. Risco socialmente permitido. Absolvição que se impõe por atipicidade do fato. 3. Recurso a que se dá provimento. (TJES, ACr 032.02.000190-8, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça, julgado em 16.11.2005)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO. CARÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ATIPICIDADE. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. AUTOCOLOCAÇÃO DA VÍTIMA EM PERIGO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECONHECIMENTO. 1. O fundamento da responsabilidade pelo crime culposos reside na violação do dever objetivo necessário nas circunstâncias. In casu, tendo o motorista respeitado todas as regras de trânsito, surgindo o transeunte, de inopino, na via, provocando o seu próprio óbito, mostra-se ilegal o processo crime pela suposta prática de homicídio culposos. Tem-se, a um só tempo, o emprego dos princípios da confiança e da autocolocação da vítima em perigo, o que, à evidência, exclui a tipicidade do comportamento do condutor. 2. Ordem concedida para trancar a ação penal 2575080/2009, em curso perante a 17ª Vara Criminal da Comarca de Salvador/BA. (STJ, HC 147.250, Proc. 2009/0178790-9, BA, Sexta Turma, Relª Minª Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 4.3.2010, DJE 22.3.2010).

Ademais, nem se diga que:

[...] os efeitos do consentimento da vítima não podem estar vinculados à disponibilidade ou indisponibilidade do bem lesado, pois que este não se encontra na órbita de vontade ou anuência da vítima ou do agente. Irrelevante tratar-se de culpa consciente ou inconsciente, o consentimento dá-se em relação especificamente ao risco e nunca ao resultado provável ou previsível; e o risco deverá ser sempre entendido como elemento da órbita de disponibilidade da vítima<sup>11</sup>.

11 D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Crime culposos e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: RT, 2001.

O consentimento do ofendido, portanto, “*não deve condicionar-se à disponibilidade do resultado produzido, eis que, restringindo-se enfaticamente à conduta perigosa, sem qualquer vínculo psicológico com o resultado, não haveria sentido em dicotimizá-lo em função do resultado, v.g., morte ou lesão corporal, puro elemento de azar*”<sup>12</sup>.

*Outrossim, o fato de o passageiro (e vítima) estar sem cinto em nada modifica a presente decisão. De acordo com o entendimento de Roxin, “a esfera de proteção jurídico-penal não abarca aqueles resultados cuja evitação cairia no âmbito de responsabilidade profissional de outra pessoa”*<sup>13</sup> - ou seja, do próprio ofendido.

Por todo o exposto e contra o parecer ministerial, com fulcro no art. 386, III, do CPP, dou provimento ao recurso para absolver Leandro Bonfim França da acusação que lhe pesa.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (1º Vogal)

Entendo que, para a configuração do crime descrito no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, é prescindível a realização de prova técnica (etilômetro ou exame de sangue).

A interpretação ao referido dispositivo deve ser feita à luz de outros do mesmo diploma legal, quais sejam, os artigos 165, parágrafo único, e 277, que possuem as seguintes redações:

Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

Infração - gravíssima;

Penalidade - multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses.

Art. 277. Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado.

(Destaques não originais)

Importa salientar que tais previsões legais foram alteradas pela Lei n. 11.705/2008, não sendo mera coincidência que em um momento seja exigível o exame de alcoolemia e em outra oportunidade imposto um dever ao agente responsável pelo policiamento de trânsito, para que ele examine a pessoa autuada por diferentes meios que não seja o etilômetro ou o teste sanguíneo.

Assim, fica evidenciado que o sistema jurídico não produz, deliberadamente, normas jurídicas incompatíveis. Afigurando-se qualquer controvérsia, o intérprete deve buscar a harmonização do ordenamento jurídico, a fim de que a análise resulte num significado razoável da norma em relação às demais que lhe oferecem subsídio.

A embriaguez mencionada no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro pode ser comprovada por meio de depoimentos testemunhais, sendo prescindível o exame médico, segundo o posicionamento da jurisprudência desta Corte Estadual:

12 Idem. Nesse sentido, porém trabalhando com o consentimento como causa justificante, COSTA JÚNIOR, Heitor. Op. Cit., p. 93; JESCHEK, Hans-Heinrich. Op. cit., p. 537; MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal**. Tradução Octavio Perez-Victoria Moreno. Barcelona: Ariel, 1962. p. 236. v. 2.

13 PRADO, Luis Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. **Teorias da Imputação Objetiva do Resultado**: uma aproximação crítica a seus fundamentos. São Paulo: RT, 2002. p. 95.

APELAÇÃO CRIMINAL – EMBRIAGUEZ AO VOLANTE – PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – [...] – ALEGAÇÃO DE NECESSIDADE DO TESTE DE ALCOOLEMIA PARA COMPROVAR A EMBRIAGUEZ – IMPOSSIBILIDADE – O TESTE DE ALCOOLEMIA É PRESCINDÍVEL PARA A COMPROVAÇÃO DA EMBRIAGUEZ – [...] – RECURSO NÃO PROVIDO.

[...]

O teste de alcoolemia não constitui o único modo de demonstrar o grau de embriaguez, que pode ser demonstrado por meio de testemunhas quando se dirige em via pública, sob influência de álcool, e expõe a incolumidade pública a perigo, ocasionando, inclusive, acidente automobilístico.<sup>14</sup>

APELAÇÃO CRIMINAL – DIRIGIR EMBRIAGADO – DESNECESSIDADE DE PROVA DO PERIGO DE DANO EM CONCRETO – CONDUTA TÍPICA QUE SE REALIZA COM A SIMPLES PREVISÃO DE DANO EM POTENCIAL – EXAME DE ALCOOLEMIA PROVANDO A EMBRIAGUEZ – DEPOIMENTO DE POLICIAL – CONDENAÇÃO MANTIDA.

Para que se configure o delito previsto no art. 306 do CTB, não há a necessidade da demonstração do perigo de dano em concreto, sendo o bastante, para a realização da conduta ilícita, a simples previsão do dano em potencial, amplamente averiguado.<sup>15</sup>

*In casu*, existe o depoimento da testemunha presencial dos fatos, Heberon Aparecido da Silva, a qual foi taxativa ao afirmar que tanto ele quanto o acusado ingeriram a quantidade de bebida alcoólica informada na denúncia (8 – oito – garrafas de cerveja e 1 – um litro – de *whisky*) (f. 185-7).

Não fosse o suficiente, em juízo, o próprio apelante confessou a autoria delitiva, apesar de haver tentado minimizar a gravidade de sua conduta, afirmando que a perda de seu reflexo motor se deu também por conta de um veículo que transitava em sentido contrário com os faróis altos (f. 188-91).

Ocorre que tal tese não restou nem de longe confirmada nos autos, e, “*consoante o elencado no art. 156 do CPP, incumbe ao réu o ônus de comprovar as alegações postas para afastar a autoria, seja por documentos, testemunhas ou outros meios de prova admitidos em direito.*”<sup>16</sup>

Assim, não é descabido afirmar que o apelante conduzia veículo automotor, na via pública, com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, como exige o tipo penal, sobretudo porque o art. 167 do Código de Processo Penal dispõe que “*não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta.*”

Aliás, vale destacar que, embora os milicianos responsáveis pelo atendimento do acusado e das vítimas após o acidente tenham afirmado, em juízo, que não puderam constatar o estado de embriaguez do acusado (f. 158-60), tal circunstância não constitui óbice a sua condenação.

Isso porque, conforme bem se verifica de tais depoimentos, nenhuma das aludidas testemunhas efetivamente procedeu ao exame do acusado, até porque a equipe socorrista constatou que ele havia sofrido traumatismo craniano, que, por certo, necessitava ser prontamente atendido.

Portanto, há prova bastante da materialidade e da autoria quanto ao crime no art. 306 da Lei n. 9.503/97.

14 TJMS, ACr n. 2007.024616-4, Amambai, Primeira Turma Criminal, Rel. Des. João Batista da Costa Marques, julgado em 4.12.2007.

15 TJMS, ACr n. 2009.005271-4, Campo Grande. Primeira Turma Criminal, Rel. Des. João Carlos Brandes Garcia, julgado em 31.3.2009.

16 TJPR, ACr n. 0612046-9, Quarta Câmara Criminal, Rel. Des. Antônio Martellozzo, DJ de 17.5.2011, p. 327.

Finalmente, rejeito a tese de que, o fato de a vítima haver, conscientemente, aceitado adentrar no veículo conduzido pelo acusado serviria para excluir sua culpa pelo evento delituoso, já que configuraria a hipótese de autocolocação em risco.

No ponto, há de se relembrar que *“na esfera penal, as culpas não se compensam, ou seja, ainda que a vítima seja também culpada, o agente responde pelo crime de trânsito, se, de qualquer modo, concorreu para sua realização, sendo que a única excludente prevista é a culpa exclusiva da vítima, o que in casu, não ocorreu.”*<sup>17</sup>

Ante o exposto, nego provimento à apelação interposta por Leandro Bonfim França.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte (2º Vogal)

De acordo com o relator.

## **DECISÃO**

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

**POR MAIORIA, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, VENCIDO O 1º VOGAL.**

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Romero Osme Dias Lopes, Carlos Eduardo Contar e Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 25 de maio de 2011.

\*\*\*

<sup>17</sup> TJMS, ACr n. 2010.023559-4, Primeira Turma Criminal, Rel. Des. Dorival Moreira dos Santos, DJ de 24.11.2010, p. 24.

## Seção Criminal

### Mandado de Segurança n. 2011.008203-7 - Glória de Dourados

Relator Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PROCESSO PENAL – MULTA APLICADA – ARTIGO 265 DO CPP – FALTA NA AUDIÊNCIA – DO PEDIDO INCIDENTAL DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – ARGUIDA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE, DA RAZOABILIDADE, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLITUDE DE DEFESA, DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA – INCONSTITUCIONALIDADE NÃO VERIFICADA – PRECEDENTES DESTA CORTE – ANÁLISE DO CASO CONCRETO – INEXISTÊNCIA DO ABANDONO DA CAUSA – ILEGALIDADE DA MULTA – ORDEM CONCEDIDA.

A norma prevista no artigo 265 do Código de Processo Penal com a redação dada ao artigo pela Lei n. 11.719, de 20.6.2008, DOU 23.6.2008 é constitucional e eventual violação a princípios constitucionais deve ser auferida mediante o caso concreto. Precedentes desta Corte.

Abandono do processo, como referenciado no *caput*, do art. 265 do CPP, deve ser entendido como aquele de caráter definitivo, ou seja, aquele em que o advogado se afasta do processo permanentemente, o que não ocorreu *in casu*, já que a ausência do patrono encontra-se plenamente justificada.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e contra o parecer, conceder a segurança. Ausentes, por férias, os vogais 2º e 5º.

Campo Grande, 3 de maio de 2011.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

A Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional de Mato Grosso do Sul - impetra o presente Mandado de Segurança, com pedido de liminar, em face de ato praticado pelo Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Glória de Dourados, que aplicou multa no valor de 10 salários-mínimos em desfavor de Hugo Benício Bonfim das Virgens, nos termos do art. 265 do Código de Processo Penal, em razão de ele não ter comparecido na audiência de instrução e julgamento designada.

Narra a impetrante que no dia da audiência o advogado protocolou justificativa, por meio de protocolo integrado, relatando a impossibilidade do comparecimento na referida audiência, pois o constituinte não poderia arcar com as despesas de viagem do advogado. Justificativa esta que rechaçada pelo impetrado.

Nesse sentido, aduz: “*evidencia-se, abusiva a aplicação da referida multa nos moldes em que foi aplicada. Não houve desídia do advogado, sendo justificada sua ausência por não poder a cliente custear as despesas de sua viagem até Glória de Dourados, para o comparecimento em audiência. Além de ter sido previamente justificado o não comparecimento, não houve nenhum prejuízo à mesma nem ao trâmite do processo.*”

Discorre ainda a impetrante acerca da legitimidade da Ordem dos Advogados do Brasil para figurar no polo ativo do presente *mandamus*, bem como do seu cabimento.

Alega que a aplicação de multa disposta no artigo 265 do CPP fere os princípios do devido processo legal, do contraditório, da amplitude de defesa e da presunção de inocência.

Assevera ainda a impetrante que a multa aplicada ofende o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.

Também sustenta a impetrante que houve violação à liberdade profissional.

Aduz ainda que a multa estabelecida no artigo 265 do CPP é inconstitucional, ante a sua aplicação sem observância do devido processo legal e todas as suas garantias. Ainda nesse sentido, sustenta que somente a OAB tem autorização legal e exclusiva para aplicação de sanções de caráter disciplinar.

Assim, discorre acerca da ausência de hierarquia e subordinação entre advogado, magistrados e membro do Ministério Público.

Posto isto, requer a concessão liminar, a fim de suspender a exigibilidade da multa aplicada até o pronunciamento do mérito.

Por fim, pugna pela concessão da ordem, confirmando-se a liminar, e que seja declarada *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do art. 265 do Código de Processo Penal, com a redação alterada pela Lei n. 11.719/08.

Alternativamente, requer seja declarada ilegal os atos praticados pela autoridade coatora, tornando sem efeito a multa, seja por atipicidade da conduta da conduta, seja por inadequação do texto de lei ao ato praticado pelo advogado (falta justificada em audiência, ausência de má-fé e inoportunidade de prejuízo ao trâmite do processo ou por ilegalidade ou incompetência do magistrado impetrado).

O pedido liminar foi indeferido às f. 43-5.

A autoridade apontada como coatora prestou informações, conforme ofício juntado às f. 4-45.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Estadual opina pela denegação da segurança.

## VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator)

A ordem deve ser concedida.

1. DO PEDIDO INCIDENTAL DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE: OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE, DA RAZOABILIDADE, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLITUDE DE DEFESA, DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA:

A impetrante ressalta que, antes do advento da Lei n. 11.719/08, a norma contida no art. 265 do Código de Processo Penal não vinha sendo utilizada, afirmando não ter sido recepcionada.

Frisam também que a recente alteração legislativa meramente efetuou a mudança monetária e acresceu dois parágrafos que ‘*rasamente tentaram estipular momento para a justificativa de não comparecimento à audiência*’, padecendo dos mesmos vícios de inconstitucionalidade. (f. 4, *sic*)

Concluem os impetrantes que a norma em comento impossibilita ou dificulta o exercício da profissão de advogados criminalistas, criando-se risco que extrapolam todos os padrões de razoabilidade e proporcionalidade, prevendo aplicação de punição sem a instauração de devido processo legal, do qual são corolários a ampla defesa e o contraditório.

O Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante n. 10 “*Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.*”

Dessarte, tenho que, a contrário *sensu*, não verificado, a princípio, causa que determine ser o mencionado artigo inconstitucional, conforme o seguinte exame, sem adentrar no mérito da questão, dispensável a remessa para o julgamento no órgão especial (art. 136, I, ‘i’, do RITJMS), como determina a cláusula de reserva de plenário, também denominada de *full bench*, insculpida no art. 97 da Constituição Federal.

A regra da hermenêutica constitucional informa que toda norma goza de presunção de constitucionalidade, devendo ser preservada dentro do ordenamento jurídico até que se pronuncie inquinada do maior dos vícios: a inconstitucionalidade.

De acordo com essa premissa – presunção de constitucionalidade da norma –, passo à análise dos argumentos expostos pelos impetrantes que, em tese, maculariam o art. 265 do Código de Processo Penal, a ponto de ser afastada.

A aplicação da multa do art. 265 do CPP, salvo melhor juízo, não ofende as garantias constitucionais do devido processo legal, ampla defesa e do contraditório.

Ao contrário, a alteração legislativa homenageia a presunção de inocência, oportuniza o contraditório e ampla defesa do advogado que necessite faltar à audiência, possibilitando previamente sua justificativa.

A nova redação do artigo em exame dispõe um procedimento diferido para a ampla defesa e o contraditório do defensor que, não podendo comparecer à audiência, apresenta sua justificativa no momento oportuno, requerendo a dilação de prazo ou redesignação de dia para a realização do ato.

No meu entender, o *caput* do artigo em comento impõe regra geral sobre o abandono da causa e suas consequências, facultando nos parágrafos 1.º e 2.º o adiamento de audiência, conforme momento e justificativa, sob pena de multa, se assim não proceder, visto que também estará caracterizado o abandono do processo.

Ao rememorar o antigo teor do art. 265, verifica-se que o abandono da causa pelo defensor somente se daria por motivo imperioso, segundo o critério do magistrado, sob pena de aplicar a multa. Seguiu seu parágrafo único, determinando que a falta de comparecimento do defensor, ainda que motivada, não determinava adiamento de ato algum do processo, devendo o juiz nomear substituto, ainda que provisoriamente ou para o só efeito do ato.

Em suma, infere-se que não havia na lei a possibilidade de adiamento do ato, salvo se por motivo imperioso, considerando-se a ausência na audiência abandono do processo, caso em que era nomeado advogado para a defesa do réu.

Atualmente, o defensor permanece vinculado ao processo, não o podendo abandonar senão por motivo imperioso, comunicado previamente o juiz, sob pena de multa de 10 a 100 salários-mínimos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Inova a Lei n. 11.719/08 ao incluir os parágrafos 1.º e 2.º ao art. 265, oportunizando o adiamento da audiência, desde que seja justificado o motivo do não comparecimento até a abertura da audiência.

Saliente-se que o Código de Processo Penal, desde o texto de 1941 até as últimas alterações, prevê multas a diversas figuras do processo, como às testemunhas<sup>1</sup>, ao perito<sup>2</sup>, ao jurado<sup>3</sup>, ao escrivão<sup>4</sup>, ao juiz e ao promotor<sup>5</sup>, e não apenas ao advogado.

No caso vertente, a multa é razoável e proporcional, na medida em que pretende desestimular uma prática desprezível e repugnante como o descaso ao réu, ao promotor, ao juiz, aos auxiliares e colaboradores da justiça, desrespeitando inclusive o preceito do art. 6.º da Lei n. 8.906/94<sup>6</sup>, por tantas vezes invocado pelo advogado à guisa de defesa das suas prerrogativas.

Luís Roberto Barroso afirma:

Ao produzir normas jurídicas, o Estado normalmente atuará em face de circunstâncias concretas, e se destinará à realização de determinados fins a serem atingidos pelo emprego de dados meios. Assim, são fatores invariavelmente presentes em toda ação relevante para a criação do direito: os motivos (circunstâncias de fato), os fins e os meios. Além disto, hão de se levar também em conta os valores fundamentais da organização estatal, explícitos, como a ordem, a segurança, a paz, a solidariedade; em última análise, a justiça. A razoabilidade é, precisamente, a adequação de sentido que deve haver entre tais elementos. (in **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 259).

Por esta razão, a ausência injustificada da advogada não pode estar à frente das garantias e direitos dos cidadãos, mormente tratando-se da seara penal.

À vista dessas considerações, não verifico a apontada inconstitucionalidade.

1 Art. 219. O juiz poderá aplicar à testemunha faltosa a multa prevista no art. 453, sem prejuízo do processo penal por crime de desobediência, e condená-la ao pagamento das custas da diligência.

Art. 458. Se a testemunha, sem justa causa, deixar de comparecer, o juiz presidente, sem prejuízo da ação penal pela desobediência, aplicar-lhe-á a multa prevista no § 2º do art. 436 deste Código

2 Art. 277. O perito nomeado pela autoridade será obrigado a aceitar o encargo, sob pena de multa de cem a quinhentos mil-réis, salvo escusa atendível.

Parágrafo único. Incurrerá na mesma multa o perito que, sem justa causa, provada imediatamente: a) deixar de acudir à intimação ou ao chamado da autoridade; b) não comparecer no dia e local designados para o exame; c) não der o laudo, ou concorrer para que a perícia não seja feita, nos prazos estabelecidos.

3 Art. 442. Ao jurado que, sem causa legítima, deixar de comparecer no dia marcado para a sessão ou retirar-se antes de ser dispensado pelo presidente será aplicada multa de 1 (um) a 10 (dez) salários mínimos, a critério do juiz, de acordo com a sua condição econômica.

4 Art. 799. O escrivão, sob pena de multa de cinquenta a quinhentos mil-réis e, na reincidência, suspensão até 30 (trinta) dias, executará dentro do prazo de 2 (dois) dias os atos determinados em lei ordenados pelo juiz.

5 Art. 800. Os juízes singulares darão seus despachos e decisões dentro dos prazos seguintes, quando outros não estiverem estabelecidos:

I - de dez dias, se a decisão for definitiva, ou interlocutória mista; II - de cinco dias, se for interlocutória simples;

III - de um dia, se se tratar de despacho de expediente.

§ 1º Os prazos para o juiz contar-se-ão do termo de conclusão.

§ 2º Os prazos do Ministério Público contar-se-ão do termo de vista, salvo para a interposição do recurso (art. 798, § 5º)

§ 3º Em qualquer instância, declarando motivo justo, poderá o juiz exceder por igual tempo os prazos a ele fixados neste Código.

§ 4º O escrivão que não enviar os autos ao juiz ou ao órgão do Ministério Público no dia em que assinar termo de conclusão ou de vista estará sujeito à sanção estabelecida no art. 799

Art. 801. Findos os respectivos prazos, os juízes e os órgãos do Ministério Público, responsáveis pelo retardamento, perderão tantos dias de vencimentos quantos forem os excedidos. Na contagem do tempo de serviço, para o efeito de promoção e aposentadoria, a perda será do dobro dos dias excedidos.

6 Art. 6.º Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos.

2. DA PRETENDIDA DECLARAÇÃO DE ILEGALIDADE OS ATOS PRATICADOS PELA AUTORIDADE COATORA, TORNANDO SEM EFEITO A MULTA, SEJA POR ATIPICIDADE DA CONDUTA DA CONDUTA, SEJA POR INADEQUAÇÃO DO TEXTO DE LEI AO ATO PRATICADO PELO ADVOGADO (FALTA JUSTIFICADA EM AUDIÊNCIA, AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ E INOCORRÊNCIA DE PREJUÍZO AO TRÂMITE DO PROCESSO OU POR ILEGALIDADE OU INCOMPETÊNCIA DO MAGISTRADO IMPETRADO):

A nova redação do art. 265 do Código de Processo Penal traz uma situação mais favorável ao defensor (*lato sensu*), pois agora a audiência pode ser adiada, mediante a apresentação de motivo ao juiz, sempre visando à defesa do réu por seu causídico já constituído nos autos, ou seja, profissional contratado, dativo ou defensor público, com o qual se estabeleceu uma relação de confiança, além do necessário conhecimento da causa.

Tal modificação tem por óbvia motivação as faltas injustificadas dos advogados aos atos, principalmente às audiências, ficando o réu sem a defesa técnica substancial necessária para a própria validade do processo penal.

É evidente que o prejuízo não se restringe ao âmbito contratual entre advogado e cliente, mas envolve outros profissionais, além de despesas e outros custos expendidos desnecessariamente.

Com efeito, transcrevo o comentário de Ivan Luis Marques da Silva:

A nova lei não dará margem para atitudes protelatórias por parte do advogado mal intencionado, pois, se o magistrado vislumbrar a fragilidade da motivação do pedido de adiamento ou da explicação para a ausência do defensor, o § 2º permite a nomeação de defensor para o ato, coadunando-se com o equilíbrio dos princípios da ampla defesa e da duração razoável do processo.

Há situações em que o Estado gasta muito dinheiro para deslocar um preso de uma Comarca distante até o Fórum. Não pode o Poder Judiciário ficar refém da boa vontade do causídico em deslocar-se até o local previamente estipulado. Vale a ressalva: se o advogado tiver um bom argumento para não comparecer — o que, por si só, já justifica nova data — o ato processual não será realizado sem a sua presença. (in **Reforma Processual Penal de 2008**. São Paulo: RT, 2008. p. 18-9).

Por certo que o bom senso deve prevalecer, devendo algumas situações ser analisadas caso a caso.

Nesse sentido, o professor Vicente Greco Filho obtemperou:

É evidente que haverá situações além das previstas em que mesmo sem a justificativa prévia o juiz adiará a audiência, como, por exemplo, se o defensor vier a sofrer mal súbito no correr do próprio ato, fato que mais de uma vez já ocorreu na prática forense, tendo havido caso, até, de defensor que faleceu no correr do ato ou sofreu acidente momentos antes, sem poder justificar formalmente, mas que tal fato chegou ao conhecimento do juiz. Saberá o magistrado distinguir entre o defensor realmente faltoso e aquele que, por força maior, ficou impedido de comparecer sem tempo hábil de apresentar justificativa (in **Manual de Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 240).

Por oportuno, confira-se o texto da Emenda n. 23 ao Projeto de Lei n. 4.207/01 da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania que deu origem à Lei n. 11.719/08:

1) Alteração da redação do art. 265 com o intuito de evitar a o abandono surpreendente do defensor muitas vezes utilizado pelos que possuem pouco respeito pelo Poder Judiciário ou por aqueles maus defensores que, após receberem parte de seus honorários, deixam seus cliente abandonados.

Transcreve-se a redação sugerida:

Art. 265. O defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, comunicado previamente o juiz, sob pena de multa de dez a cem salários mínimos, sem prejuízo das demais sanções cabíveis.

§ 1º A audiência poderá ser adiada se, por motivo justificado, o defensor não puder comparecer.

§ 2º Incumbe ao defensor provar o impedimento até a abertura da audiência. Não o fazendo, o juiz não determinará o adiamento de ato algum do processo, devendo nomear defensor substituto, ainda que provisoriamente ou só para o efeito do ato. (NR)

A proposta reduzirá o número de adiamentos de audiência e, portanto, dará maior celeridade e efetividade ao Poder Judiciário, razão pela qual, se acolhe a modificação. (Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>).

Ou seja, a reforma objetiva maior efetividade ao direito à ampla defesa do réu em sua forma mais preeminente: a defesa técnica.

Ensina Antonio Scarance Fernandes que “além de necessária, indeclinável, plena, a defesa deve ser efetiva, não sendo suficiente a aparência de defesa.” (in **Processo Penal Constitucional**, 3. ed. São Paulo: RT. p. 273).

Comunicar previamente os motivos da ausência no processo, quer esteja consubstanciada em um ato, quer na reiteração de várias faltas, é o mínimo a exigir do profissional para bem desempenhar seu papel essencial à administração da justiça.

Assim, sob estas premissas fixadas é que se devem analisar as peculiaridades do presente caso.

No caso dos autos, constata-se o seguinte:

(i) Em 29.10.2010, o patrono da acusada, Dr. Hugo Benício Bonfim das Virgens, foi intimado da audiência designada para 3.11.2010;

(ii) No dia 3.11.2010 (dia da audiência), o Dr. Hugo Benício Bonfim das Virgens juntamente com a acusada Keliane Teixeira, protocolaram petição (uma cópia foi enviada via *fax* ao juízo a que destinava) justificando a impossibilidade de comparecerem em audiência nos seguintes termos:

Insta salientar que a cidade de Santa Rita do Parto – MS, distância desta comarca de Glória de Dourados – MS, aproximadamente 300 KM, bem como, que o transporte público oferecido é diário, apenas com um itinerário de ônibus até a cidade de Bataguassu MS, e, anda, que da cidade de Bataguassu – MS, a acusada deve embarcar em outro transporte público, o qual não chega nesta comarca em tempo hábil para que a acusada compareça no ato judicial,

É de se observar ainda que a acusada não dispõe de recursos financeiros para sua locomoção até a sede desta comarca, bem como, para arcar as despesas de locomoção de seu patrono.

Diante de todo o exposto, com o devido respeito de sempre, sirvo-me da presente para JUSTIFICAR o não comparecimento da acusada na audiência designada para o dia 3 de novembro da acusada na audiência para o dia 3 de novembro de 2010, às 14:15 horas, bem como, protestar pela realização do interrogatório da acusada por meio de Carta Precatória a ser expedida à Comarca de Brasilândia – MS.

(iii) O magistrado *a quo* analisando a justificativa apresentada pelo patrono da acusada nos seguintes termos se pronunciou:

Com efeito, a justificativa do Defensor constituído não tem qualquer procedência. É de sua responsabilidade atender às intimações para os atos judiciais. Deveria ele atentar anteriormente para as condições econômicas de sua cliente, recusando, em sendo o caso, o patrocínio de interesse que não poderia atender adequadamente, inclusive sugerindo à constituínte que contratasse defensor na comarca onde tramita o feito.

Oficie-se à OAB, como já ordenado.

A conduta do Defensor constituído implica, em verdade, em abandono do processo. Pode não ser abandono definitivo, mas para atos determinados. Aplico-lhe multa no valor de dez salários mínimos, nos termos do artigo 265, CPP.

Pois bem, a despeito da falta do advogado da acusada, tenho que se encontra plenamente justificada.

Primeiro, a acusada tem a escolha, e o direito, de ser defendida por advogado particular de sua confiança (não importando a comarca onde este detenha escritório profissional ou resida), não importando a sua condição financeira.

Segundo, o advogado da acusada em nenhum momento se negou a atender às intimações para os atos judiciais, tão somente manifestou a impossibilidade momentânea de atender tal determinação e, ainda, protestou pela realização do interrogatório da acusada por meio de Carta Precatória a ser expedida à Comarca de Brasilândia-MS.

Terceiro, a conduta do Defensor constituído em nenhum momento implicou abandono do processo, muito pelo contrário, o advogado, no referido ato, mais uma vez, defendeu os interesses de sua contratante, solicitando a sua inquirição por meio de carta precatória.

Assim, verifica-se que em momento algum o advogado da acusada desrespeitou aos sujeitos do processo ou abandonou a causa por ele patrocinada.

Diante dessas considerações, contra o parecer ministerial, concedo a presente ordem de mandado de segurança para tornar sem efeito a multa aplicada em desfavor do Advogado Hugo Benício Bonfim das Virgens.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E CONTRA O PARECER, CONCEDERAM A SEGURANÇA. AUSENTES, POR FÉRIAS, OS VOGAIS 2º E 5º.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Romero Osme Dias Lopes, Carlos Eduardo Contar, Manoel Mendes Carli, Juiz Francisco Gerardo de Sousa e Desembargadores João Carlos Brandes Garcia e Marilza Lúcia Fortes.

Campo Grande, 3 de maio de 2011.

\*\*\*

**Segunda Turma Criminal**  
**Apelação Criminal n. 2011.009806-1 - Campo Grande**  
**Relator Des. Romero Osme Dias Lopes**

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CÁRCERE PRIVADO – PEDIDO ABSOLUTÓRIO – IMPROCEDENTE – DESCLASSIFICAÇÃO, *EX OFFICIO*, PARA CONSTRANGIMENTO ILEGAL – AUSÊNCIA DE DOLO QUANTO AO CRIME MAIS GRAVE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Para a configuração do crime de cárcere privado é necessário que o réu haja com a vontade livre e consciente de ilegitimamente privar ou restringir a liberdade alheia. Ressaindo dos autos que o agente atuou sem intentar por privar a liberdade da vítima, mas sim por pretender reatar o convívio com sua ex- companheira, a desclassificação para o crime de constrangimento ilegal é medida imperiosa. (TJMT, ACr n. 11995/2007).

### ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 16 de maio de 2011.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

### RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

Carlos Antônio Pereira da Silva foi condenado à pena de 2 anos e 8 meses de reclusão por suposta infração ao disposto no art. 148, § 1º, I, do CP (cárcere privado majorado em razão de ser a vítima sua companheira).

Irresignado, recorre a este Sodalício objetivando:

- sua absolvição, por ausência de provas de que teria restringido a liberdade da vítima;
- alternativamente, a desclassificação do delito para o disposto no art. 148, *caput*, do CP, visto que o acusado não é companheiro ou cônjuge da vítima;

Em contrarrazões, a defesa pugna pelo improvimento do recurso.

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou de igual forma.

**VOTO**

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator)

O recurso deve ser parcialmente provido.

Em primeiro lugar, cumpre-me destacar o que narraram as testemunhas.

Layana, filha da vítima (f. 119-20), afirmou que o recorrente colocou a faca no pescoço de sua mãe, privando-a da sua liberdade, bem como lesionou a mão dela:

[...] **JUIZ:** Quanto tempo que a sua mãe ficou refém dele, mais ou menos?

**DEPOENTE:** Até a polícia chegar. Por volta de uma hora, mais ou menos.

**JUIZ:** Ele botou faca no pescoço da sua mãe?

**DEPOENTE:** Botou.

**JUIZ:** Quanto tempo que ele ficou com a faca no pescoço?

**DEPOENTE:** Foi muito rápido. A hora que ele viu a polícia virando a esquina, ele tava no portão, e ela na varanda, e eu pro lado de fora, que ele viu a polícia, ele pulou pra dentro, e eu entrei, ele grudou no braço da minha mãe. Aí eu tava com um pedaço de pau na mão, eu ia dar pra derrubar a faca da mão ele. Aí já saiu puxando ela pro fundo com a faca no pescoço. Deve ter ficado no máximo aí uns cinco a sete minutos, entre os policial descer do camburão e vim correndo e entrar lá no fundo.

**JUIZ:** Como ele entrou dentro da residência?

**DEPOENTE:** Pulando o portão.

**JUIZ:** E dentro da casa?

**DEPOENTE:** Então, ele pulou o portão, que o portãozinho tava cadeado e o portãozão também, porque ela tava limpando casa, e eu tava na casa de minha vó, do outro lado da rua. Aí eu escutei ela gritando, eu corri. Aí ele tomou a chave da mão dela e não deixava ninguém entrar. Aí a minha irmã, que é mais magrinha que eu, mais nova, pulou o portão e jogou a chave pra mim. Aí ele grudou no braço dela e correu e se trancou no quarto com ela, e ficou ameaçando: “Se chamar a polícia eu vou matar ela, eu vou me matar.” Falei: “Ah, vou fazer o que, eu vou ter que chamar a polícia, porque a gente não vai conseguir ele desistir de soltar ela”.

**JUIZ:** Sabe dizer por que ele fez isso?

**DEPOENTE:** Porque ele queria voltar com ela e ele queria ficar morando lá sem trabalhar, e ela falou: “Não dou conta nem de mim, vou dar conta de você e da casa-”

**JUIZ:** Tua mãe tem problema na mão?

**DEPOENTE:** Tem, ela não fecha, faz assim os dedos dela, não fecha totalmente a mão. [...]

**MP:** Durante todo esse tempo... Enquanto ele permaneceu lá com ela, ele permaneceu com a faca?

**DEPOENTE:** Permaneceu com a faca, pulou e já foi na cozinha pegar a faca.

**MP:** Todo esse período ele ficou causando sofrimento a ela, agredindo, é isso?

**DEPOENTE:** Isso, a mim e a minha irmã [...]. (*sic*)

No mesmo sentido, declararam os policiais militares que efetuaram as diligências (f. 121 e 122):

**DEPOENTE:** Sim, nós fomos acionados, a princípio seria uma violência doméstica e ao se aproximar da residência onde estava ocorrendo o fato, **o autor percebeu a nossa presença e rapidamente puxou a vítima com a faca no pescoço dela**, puxou ela para um canto do muro. E, a filha da vítima ao perceber essa ação, foi pra cima do autor na tentativa de defender a mãe e aproveitando esse momento, a guarnição agiu, a minha guarnição, e conseguimos imobilizá-lo e tomar a faca dele.

**JUIZ:** Quanto tempo foi essa conversa, essa tentativa de imobilizar ele, de convencer ele, mais ou menos?

**DEPOENTE:** Eu acredito que não durou mais que dois minutos, foi **rápido**.

**JUIZ:** Ou seja, foi chegando e já resolvendo?

**DEPOENTE:** Exatamente. Não houve nem tempo de negociar nada, foi rápido.

**JUIZ:** Ele manteve faca no pescoço da vítima?

**DEPOENTE:** Sim, até deu um corte na mão dela, porque ela na tentativa de defender o pescoço, pegou na lâmina e cortou a mão **dela**.

**JUIZ:** Quanto tempo, mais ou menos, ele ficou com a faca no pescoço dela?

**DEPOENTE:** **Eu creio que de dois a três minutos, no máximo.**

**DEPOENTE:** No dia dos fatos, a gente foi acionado pelo rádio da polícia, via CIOPS, sobre uma violência doméstica. E, a gente se deslocou. Quando a gente chegou perto da casa, a gente escutou uma gritaria... porque a gente passou um pouco com a viatura da rua, da rua onde ocorreu o fato. Escutou uma gritaria, a gente voltou, eu desci junto com o sargento, logo atrás dele. Aí, a gente entrou na casa, quando a gente entrou na casa o... esqueci o nome do... O acusado... **Ele** tava já embolado com a mulher, com o pescoço na faca... é, faca **no pescoço da mulher** e a filha dele... a filha dela segurando a faca, e eu vi sangue, vi o sargento... ele desequilibrou, vinha um pouco pra trás e foi, eu tava com um bastão policial na mão e a única forma de desarmar ele, naquele momento ali, foi dando uma 'bastãozada' nele, aonde ocorreu tudo certinho. Ele soltou a faca, aí foi feita a... o uso de algema nele e encaminhado ele pro posto de saúde.

**MP:** Ele estava alterado, nesse momento?

**DEPOENTE:** Sim, ele tava alterado, com uma faca no pescoço da mulher.

**MP:** E ele estava agressivo, assim?

**DEPOENTE:** Sim, agressivo.

**MP:** Tiveram que fazer o uso de força física para contê-lo?

**DEPOENTE:** Exatamente.

**MP:** O senhor se recorda do ferimento da vítima, onde foi?

**DEPOENTE:** Da vítima?

**MP:** É.

**DEPOENTE:** Da vítima, no caso, ela tava com a mão na faca, só que no momento da abordagem, no momento da ação não deu pra ver aonde que era o ferimento. Só vi sangue, vi sangue, gritaria--

**MP:** Posteriormente, o senhor ficou sabendo?

**DEPOENTE:** Que foi na mão, que nós atendemos a vítima também e encaminhamos ela pro posto de saúde da Moreninha.

**MP:** Foi necessário dar pontos, alguma coisa assim? O senhor não sabe qual foi?

**DEPOENTE:** Da vítima?

**MP:** É. Na mão da vítima.

**DEPOENTE:** Sim, foi necessário fazer a sutura na mão dela, **porque foi fundo o corte.** (*sic*)

Por fim, a vítima é enfática ao narrar que o réu a ofendeu, xingou, trancou dentro do quarto, além de bater com a faca em sua face e de lesioná-la nas mãos, causando-lhe sequelas.

Entretanto, faz-se necessária uma ressalva. Pelos depoimentos da filha da vítima e dela própria, verifica-se que a irresignação do acusado pautou-se no fato de sua ex-companheira não querer reatar o relacionamento que tinham anteriormente. Desse modo, sua intenção, naquele momento, era de, apenas, ameaçá-la para que voltassem a conviver juntos.

Nesse passo, não se mostra presente na espécie a vontade livre e consciente de privar a liberdade da vítima com fins outros que não o descrito. A intenção do apelante era a de convencer sua ex-companheira a reatarem, ainda que transgredindo seu direito à liberdade.

Diante disso, não há outra saída que não a de desclassificar o crime de cárcere privado para o delito subsidiário de constrangimento ilegal (art. 146 do CP).

Em igual sentido:

Basta o dolo genérico, não se exigindo fim especial. Todavia, se o agente atuou com intenção outra que não a de seqüestrar ou manter a vítima em cárcere privado, pode haver desclassificação para crime diverso. (RT n. 606/302; RT n. 564/308)

Impelido o autor por intento outro que não o de seqüestrar a vítima, não se configura o crime contra a liberdade pessoal previsto no art. 148 do CP. É que o elemento subjetivo deste delito é a vontade livre e consciente dirigida à ilegítima privação ou restrição da liberdade alheia. Na sua ausência, caracterizasse o constrangimento ilegal (art. 146). (RT n. 651/267).

RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL. CÁRCERE PRIVADO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONSTRANGIMENTO ILEGAL. IRRESIGNAÇÃO DO MP. INSUBSISTÊNCIA. RÉU QUE IMPEDIU A SAÍDA DA EX-AMÁSIA DA RESIDÊNCIA. CONSTRANGIMENTO EFETIVO À LIBERDADE. AUSÊNCIA DE

DOLO QUANTO AO CRIME MAIS GRAVE. DECISÃO ESCORREITA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. Para a configuração do crime de cárcere privado é necessário que o réu haja com a vontade livre e consciente de ilegitimamente privar ou restringir a liberdade alheia. Ressaindo dos autos que o agente atuou sem intentar por privar a liberdade da vítima, mas sim por pretender reatar o convívio com sua ex-companheira, a desclassificação para o crime de constrangimento ilegal é medida imperiosa. (TJMT, ACr n. 11995/2007, Vila Bela da Santíssima Trindade, Primeira Câmara Criminal, Rel<sup>a</sup> Des<sup>a</sup> Shelma Lombardi de Kato, julgado em 15.5.2007).

O fato é que ele constrangeu a vítima, mediante violência ou grave ameaça, a fazer algo que ela não queria.

Posto isto, acolho parcialmente o pedido para desclassificar a imputação para a disposta no art. 146 do CP.

Passo à dosagem da pena:

A culpabilidade é intensa, decorrente do tempo em que vinha insistindo e ameaçando a vítima. Apresenta maus antecedentes (com pluralidade de condenações transitadas em julgado). Conduta social: sem elementos. Personalidade: sem elementos. Motivos do delito: inerentes ao tipo penal. Circunstâncias do delito: graves, visto que lesionou a mão da vítima com uma faca. Consequências: graves. Em razão do corte, a vítima perdeu o movimento de três dedos. Comportamento da vítima: desconsiderado, porquanto não contribuiu para o delito.

Fixo, em razão do exposto, a pena-base em 8 meses de detenção e 15 dias-multa.

Por ser reincidente, reconheço a agravante inerente. Entretanto, deixo de majorar a reprimenda em razão da compensação com a atenuante da confissão espontânea.

Mantenho o regime aberto para o cumprimento da reprimenda, sob pena de *reformatio in pejus*.

Por todo o exposto, em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso para desclassificar o delito imputado a Carlos Antônio da Silva.

## DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Relator, o Exmo. Sr. Des. 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, 16 de maio de 2011.

\*\*\*

REVISTA  
TRIMESTRAL DE  
JURISPRUDÊNCIA

TJMS

# NOTICIÁRIO



## **DISCURSO DE SAUDAÇÃO AO NOVEL DESEMBARGADOR, DR. RUY CELSO BARBOSA FLORENCE, PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR RUBENS BERGONZI BOSSAY**

Aos dezoito dias do mês de maio do ano de dois mil e onze

Designado pela direção desta Corte, em obediência à ordem previamente estabelecida por critério decrescente de Antiguidade, coube-me o honroso mister de saudar, nesta solenidade, o novel Desembargador, Dr. Ruy Celso Barbosa Florence, e o faço com muito gosto por tratar-se de pessoa culta, discreta e de reconhecido saber jurídico e de um amigo que muito estimo.

Vem na vaga decorrente da aposentadoria do Eminentíssimo Des. Rêmolino Letteriello, pessoa que, no testemunho do Des. Dorival Renato Pavan:

Marcou profundamente os rumos do Poder Judiciário no Estado, com ações firmes, enérgicas e de relevância, não só no campo das realizações materiais empreendidas (prédio do gabinete dos desembargadores é exemplo clássico, erigido na sua administração), como também, e principalmente, no campo ideológico. Seu norte sempre foi o de construir um Judiciário verdadeiramente livre e independente, sem subsunção a quaisquer dos outros Poderes de Estado. Como julgador em todos os órgãos fracionários do Tribunal, produziu votos brilhantes, acórdãos paradigmáticos, orientador da jurisprudência Estadual e Nacional, mercê de seu talento indiscutível.

Não haverá substituição, mas sim evolução com suporte no que por muitos dos nossos já foi construído. O ora empossado detém ampla absorção de conhecimentos práticos e científicos, compondo características individuais específicas. Na assunção de qualquer função pública implantará alicerces ímpar, renovado e em conformidade com sua formação moral, cultural e jurídica.

Ruy Celso é paulista de Aguaí, filho de Carlos Alberto Florence e de Elvira Barbosa Florence, bacharelou-se em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUC/Campinas em 1979, e prestou concurso neste Estado, assumindo suas funções em 20.2.1986. Atuou na Comarca de Bonito, onde tomou posse em 21.2.1986; promovido por merecimento para a 1ª Vara Cível e Criminal da Comarca de Paranaíba em 5.10.1988; foi removido, a pedido, para a 1ª Vara Cível da Comarca de Aquidauana em 19.10.1990; promovido por merecimento para a 4ª Vara de Família de Campo Grande em 29.4.1996; foi removido, por permuta, para a Vara de Execução Fiscal Estadual de Campo Grande em 10.4.2007. Foi Juiz Titular do 6º Juizado Especial Cível (5.11.1996 a 19.5.1999) e do Juizado do Consumidor (20.5.1999 a 2.2.2001), ambos de Campo Grande. Atuou como Presidente da 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais de 1.1.2005 a 1.1.2008.

Foi membro efetivo do Tribunal Regional Eleitoral na classe Juiz de Direito, de 31.3.2008 a 2.2.2009.

Foi Juiz Auxiliar da Corregedoria-Geral de Justiça de Mato Grosso do Sul – Biênios 2001/2002 e 2009/2010.

Foi Presidente da Associação dos Magistrados de Mato Grosso do Sul – biênio –1997/1998.

Quando da promoção, era Juiz Auxiliar da Presidência do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.

É Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP – 1995 e 2005 –, respectivamente, e Especialista em Direito Penal e Criminologia pela PUC/Campinas – 1983.

Publicou as seguintes obras: **Como Redigir Petição Inicial** (co-autoria: Hildebrando Campestrini), 33. ed. revista e atualizada em 2010. Saraiva, 2001; **Teoria da Imputação Objetiva: Sua Aplicação aos Delitos Omissivos no Direito Penal Brasileiro**. Leud, 2009; e também é autor do Capítulo 17: **Existe futuro para os partidos políticos?** da obra coletiva: *Temas Atuais de Direito Eleitoral – estudos em homenagem ao Ministro José Augusto Delgado*. São Paulo: Pillares; Autor do Capítulo 19: **Princípios Constitucionais Penais**, da obra coletiva: *Estudos Contemporâneos de Direito Público, em homenagem ao Ministro Cesar Asfor Rocha*. São Paulo: Pillares.

Diante dos relevantes serviços prestados à comunidade campo-grandense, foi homenageado com muitas condecorações.

Já tive oportunidade, em outra saudação, de dizer que o dia da posse ao cargo de Desembargador é um dia de incomensurável orgulho, porque, segundo Pedro Lessa, tão altos e tão raros são os predicados exigidos para a função.

O *curriculum* de nosso novel Desembargador faz deslizar-se com justiça e voluntariamente para o plágio a Alfredo Buzaid, quando de saudação ao Ministro Moreira Alves, à sua investidura no STF<sup>1</sup>:

Raros são os que no Brasil, como alhures, logram alcançar uma vocação luminosa em curto espaço de tempo. Exemplo vivo e edificante desta categoria de seres privilegiados [...], a quem a Providência confiou o destino singular de projetar-se, em muito poucos anos, em três setores da inteligência e do saber: no Magistério, na função administrativa e no Poder Judiciário.

O momento em que assume o cargo, um dos mais elevados na hierarquia judiciária estadual é, no entanto, de profunda reflexão.

O Brasil emerge para uma posição de destaque no cenário mundial.

A experiência de um passado inflacionário segura o índice de crescimento do País e, por consequência, graves repercussões resultam em necessidades sociais, algumas até imprevisíveis, gerando conflitos de toda a ordem, impondo, muitas vezes, até revisão de conceitos aparentemente perenes e imutáveis.

Consequências advêm e ainda acicatam os conceitos filosófico-jurídicos sobre os quais o marasmo dogmático se assentava.

É preciso cuidado no momento, no entanto, pois, na ebulição da indispensável revisão desses conceitos, o Judiciário não pode se descuidar do raciocínio lógico e olvidar-se da indispensável harmonia aos princípios constitucionais, atento sempre à realidade social.

Aristóteles advertia para acautelar-se do raciocínio “erístico”<sup>2</sup>, quer pela inadvertida mudança do objeto de análise, quer pela alteração da natureza mesma desse objeto.

Essa indispensabilidade, muitas vezes, não pode se afastar nem de premissa nem de objeto verdadeiros.

1 FERNANDES FILHO, José. *Minha Candeia*. São Paulo: Del Rey Editora, 2011. p. 58.

2 ARISTÓTELES. In *Tratados de Lógica (Organon) I - Categorias - Tópicos - Sobre Las Refutaciones Sofisticas - Biblioteca Clássica Gregos*, p. 335.

É princípio fundamental previsto no art. 2º da CF a tripartição dos Poderes que, embora independentes, cada qual deve limitar-se à sua função própria, vedada a invasão da esfera de atribuição de um em relação aos demais.

Se não se concebe a hipertrofia do Executivo a sufocar os demais, não pode o Legislativo, ao seu alvedrio, ter a iniciativa de lei prejudicial às funções do Executivo ou que discipline matéria de iniciativa do Judiciário. Da mesma forma, o Judiciário do Brasil de hoje, embora inspirado no ideal de muitos, de se transformar e de se modernizar, deve, no entanto, respeito à esfera normativa do legislativo.

Nós Magistrados temos consciência de que não podemos, mediante raciocínios “erísticos”, alterar a verdade constitucional e as leis vigentes.

O Judiciário Brasileiro sempre respeitou tais fundamentos, que se aprende ainda na graduação.

É notório, no entanto, que o País cresce, apesar de ações e interesses contrários, nacionais e internacionais, da situação ou da oposição, que geram crises impedindo nosso Parlamento de promover a atualização de nossas leis e promover as reformas de que carece a nossa sociedade.

Muito se fala de reformas eleitoral, política, da previdência e de capítulos de nossas leis civis. Urge a necessidade também de atenção à saúde e à educação, mas que, de há muito, ficam apenas no campo hipotético de soluções.

As sinalizações de nossos Tribunais Superiores para novas normatizações não significam invasão de atribuição, mas sim a ansiedade de demonstrar a necessária e urgente atuação de nosso Parlamento cuja visão teleológica tem tido preponderância apenas no resultado que virá de eleições vindouras.

O Judiciário Brasileiro tem feito sua parte.

Devemos sim, como já afirmado pelo Des. José Fernandes Filho, Presidente honorário do Colégio de Presidentes de Tribunais de Justiça, caminhar “*para frente, sem a pretensão de sermos catedrais, mas determinados a participar da construção de uma nova sociedade, onde não falte o pão nem a justiça.*”

Enquanto os demais Poderes tentam se livrar da pesada carga que lhes arqueia os ombros, fruto de crises sucessivas, que parecem não ter fim, o Judiciário se renova e se prepara para o futuro: (...); fortaleceu os Juizados Especiais, terceira instituição pública de mais credibilidade no País; instituiu, nacionalmente, vigoroso sistema de estatística, indispensável ao planejamento idôneo; o processo eletrônico, traduzido no Projudi, será realidade dentro de poucos anos, abolindo, definitivamente, o processo-papel, que enche arquivos e prateleiras, símbolo do arcaísmo; a seleção e a formação de magistrados passam por revolucionária transformação, com obrigatório curso nas Escolas Judiciais, antes e após o ingresso na carreira.

[...] a cultura da conciliação, agora permeando obrigatoriamente nossa formação profissional, é verdadeiro divisor de águas, em que o operador do direito não alimentará o litígio, mas buscará a paz social.

[...]

Acresça-se a este quadro confortador a presença de uma jovem Magistratura, pronta para a hora, qualquer que seja ela ou o seu sabor. Disposta ao testemunho, e convencida, sem jactância, de que participe da construção de um novo sistema judiciário.<sup>3</sup>

3 FERNANDES FILHO. Op cit., p. 244-5

Adite-se, ainda, a aprovação pelo Plenário do Senado Federal, em 15.12.2010, do Projeto de Lei do Senado 166/2010, que reforma o Código de Processo Civil, cuja Comissão de Juristas instituída pelo Presidente do Senado e presidida pelo Ministro Luiz Fux, teve ampla contribuição da Magistratura Nacional, com relevante participação de representantes da Magistratura de nosso Estado.

O Des. Ruy Celso é juiz neste Estado desde, 20.2.1986, todos conhecem a sua descrição, sua integridade moral e sua cultura geral e jurídica. Não é um juiz dogmático, mas um homem adiantado no seu tempo e um magistrado de mente aberta, de visão teleológica, não só do homem ontologicamente, falando na sua individualidade, mas também da sociedade como um todo.

Tenho certeza de que, comprometido com a instituição, como sempre o fez, continuará sendo alicerce, dedicando-se à vanguarda de ações destinadas ao engrandecimento da Magistratura, do Judiciário, sempre com olhos voltados à realidade social e ao bom atendimento ao jurisdicionado.

Continuará honrando as suas vestes talaras e defendendo a Magnitude da Magistratura.

Cumprimento-o efusivamente em nome desta Corte e de todos os juízes do Estado.

Parabenizo a sua genitora professora Elvira Barbosa Florence, sua esposa, Dr<sup>a</sup> Sônia Bertoli Florence, e suas filhas Rayane Carolina Pereira Florence e Raissa Carolina Pereira Florence.

Homenageio seu querido pai, Sr. Carlos Alberto Florence, já falecido, mas que, em espírito, orgulha-se do filho a quem, juntamente com a professora Elvira, tão boa formação lhe proporcionou.

Neste momento importante de sua carreira, rogo a proteção de Deus, para que ilumine, a partir deste instante, todos os seus atos e suas decisões e que mantenha firme a sua fé inabalável nos seus ideais e que o grande Arquiteto do Universo lhe sirva de guia para desempenhar a contento o encargo que se lhe coloca para toda a sua vida nesta Corte e, assim, contribuir decisivamente para a construção de um Judiciário que possa atender aos reclamos da sociedade deste Estado, cada dia mais exigente e esperançosa de que as instituições democráticas correspondam aos seus verdadeiros anseios de construção de uma nação livre, justa e solidária.

Seja feliz Desembargador Ruy Celso.

Muito Obrigado.

## **DISCURSO DO DR. RUY CELSO BARBOSA FLORENCE AO TOMAR POSSE NO CARGO DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO DO SUL**

Aos dezoito dias do mês de maio do ano de dois mil e onze

Excelentíssimo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul; Excelentíssimo Desembargador Luiz Carlos Santini; Excelentíssimo Governador do Estado de MS, Dr. André Puccinelli; Excelentíssimo Presidente da Assembléia Legislativa de MS, Deputado Jerson Domingos; Autoridades que representam os Três Poderes do nosso Estado, e em *nome dos quais* saúdo as outras dignas autoridades que compõem a mesa desta solenidade e que já foram nominadas pelo cerimonial; Excelentíssimo Desembargador Euvaldo Chaib Filho, que neste ato protocolar representa o Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, Desembargador José Roberto Bedran; Excelentíssimo Desembargador Luis Paulo Cotrin, representando o Presidente do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Desembargador Roberto Haddad; Demais autoridades presentes; Ilustres Desembargadores que compõem este Sodalício; Nobres Desembargadores aposentados; Colegas magistrados; Membros do Ministério Público; Advogados; Membros das Procuradorias; Integrantes da Defensoria Pública; Colegas Professores das Escolas Oficiais e das Universidades particulares, servidores do Poder Judiciário; Srs. Representantes dos meios de comunicação, caríssimos parentes e amigos, senhores e senhoras.

Com o merecido destaque, agradeço antecipadamente as generosas e demasiadamente benevolentes palavras do Desembargador Rubens Bergonzi Bossay, exemplo de homem e magistrado para todos nós.

Agradeço, também, a fidalguia do Sr. Procurador-Geral de Justiça, Dr. Paulo Alberto de Oliveira, orador gentil, que enobrece a Justiça de nosso Estado.

Minha gratidão, ainda, ao prestigiado Advogado Dr. Leonardo Avelino Duarte, Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Mato Grosso do Sul, pelo carinho da homenagem, que espelha os reconhecidos valores que norteiam sua vida.

Hoje, tenho a honra e o orgulho de tomar posse no cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, em razão de promoção pelo critério de merecimento, resultado de votação unânime desta Corte ocorrida em 13 de abril de 2011.

Ocuparei a vaga deixada pelo nacionalmente aplaudido Desembargador Rêmolo Letteriello, reconhecido como semeador de escolas judiciais e disseminador dos Juizados especiais cíveis e criminais por todo o território brasileiro. Cidadão e profissional que honra e dignifica não só a magistratura sul-mato-grossense, mas, também, toda a Justiça deste país.

Por essas qualidades, embora eu passe, doravante, a ocupar o espaço deixado pelo festejado Desembargador, o vazio propriamente permanecerá, e não poderá ser preenchido. Assim é, pela mesma razão que não se conhece quem supriu a ausência de Beethoven, de Albert Einstein, de Tom Jobim e tantos outros. Reafirmando essa verdade, lembro a eloquência do amigo Desembargador Romero, ao vaticinar que os Beatles nunca serão substituídos e ninguém jamais poderá tomar o lugar de Chico Buarque de Holanda.

Sr. Presidente, cheguei a este momento de minha carreira graças ao trabalho de muitos, desde o mais humilde servidor das Comarcas pelas quais passei, até a compreensão de Vossa Excelência e do Órgão Pleno deste Tribunal.

Por isso, agradeço a todos que, nestes vinte e cinco anos de magistratura, contribuíram de forma direta ou indireta para que eu pudesse exercer, **com leveza**, a nobre função de julgar.

**Ítalo Calvino**, consagrado escritor de origem cubana, radicado na Itália desde tenra idade, ao ser convidado para proferir seis conferências na Universidade de Harvard nos anos letivos de 1985/1986, identificou-as com seis qualidades que devem nortear a literatura – **leveza, rapidez, exatidão, visibilidade, multiplicidade e consistência**. Virtudes, a meu ver, a nortear não só os escritores, mas, por empréstimo, as atividades dos magistrados e a vida de todos nós.

Vejam que os Estados Unidos da América anunciaram, neste mês, o assassinato do seu maior inimigo, Osama Bin Laden. Entretanto, juntamente com a confissão do assassinio, divulgaram ter banhado o corpo morto, soltando-o ao mar a partir de uma prancha, após tê-lo envolvido em um lençol branco, seguindo, assim, a tradição religiosa islâmica. Sem entrar no mérito da questão, o fato é que, com essa última parte da mensagem, os Estados Unidos buscaram tornar mais **leve**, para os seguidores do líder religioso, a trágica morte deste.

No mesmo tom, um magistrado, ao presidir um processo, por mais dura que se anuncie a pena ou os efeitos da sua decisão, torna mais **leve** a sua missão e a posição de todos, quando age respeitando a dignidade das pessoas envolvidas, com educação no trato e gentileza nos gestos, colocando-se mentalmente, sempre que possível, no lugar das partes.

A **rapidez**, segundo Calvino, deve ocorrer na literatura a partir da sabedoria em encadear uma história à outra, com segredo de ritmo e capturação do tempo, de forma a manter aceso o desejo de ouvir o resto.

Assim, também, deve ser um processo judicial. Pois, quando bem conduzido, amarrando uma fase à outra, sem ofensas ao ritmo e à marcha, nem retrocessos ou paralisações, torna mais **rápida**, fácil e lógica a decisão final.

A **exatidão**, tema da terceira conferência de Calvino, ou **precisão** para os egípcios, era simbolizada no Antigo Egito por uma pluma que servia de peso num dos pratos da balança em que se pesavam as almas. Essa pluma levíssima tinha o nome de Maat, deusa da balança. O hieróglifo de Maat indicava o tom fundamental da flauta.

Pois essa me parece ser a **exatidão** a guiar a Justiça, medida com a leveza da pluma e a suavidade do som da flauta, sem nunca esquecer que em cada lado da balança existem almas.

Já a **visibilidade**, homenageada por Ítalo Calvino em sua quarta colação, acena para a qualidade que deve ter a literatura de transformar, no espírito humano, “*caracteres alfabéticos negros sobre uma página branca em imagens que podem ser vistas com os olhos fechados*”.

Para o Judiciário, a atuação rápida, eficiente e conciliatória, dando o seu melhor para o país, é a receita para que o jurisdicionado a perceba em todo o seu merecido esplendor. Esse é o caminho ético e seguro para que ocorra o fenômeno da **visibilidade** do Poder. Fenômeno com capacidade de, por si só, contrapor-se e arrostar qualquer ataque indevido, maldoso ou mesmo criminoso contra esta instituição abrigada por Themis, filha do Céu e da Terra.

No critério **multiplicidade**, Calvino sugere que uma obra literária deve, se possível, ser concebida fora do “*self*” do seu autor, “*saindo da perspectiva limitada do eu individual, não só para entrar em outros “eus” semelhantes ao nosso, mas para fazer falar o que não tem palavra, o pássaro que pousa no beiral, a árvore na primavera e a árvore no outono, a pedra, o cimento...*”.

O Judiciário atual, abrindo-se para novas formas de estancar e solucionar conflitos, tais como a conciliação, a mediação, a arbitragem, a justiça restaurativa e outras, com a participação em grandes

redes de combate à violência, ao tráfico de pessoas e trabalho infantil que envolvem os diferentes Poderes, Universidades, Ongs etc, sai definitivamente do seu casulo, do seu “*self*”, enfim, do seu **eu**.

Considero-me, Sr. Presidente, um privilegiado em participar desse momento da nossa Justiça. O apoio que Vossa Excelência vem dispensando para a criação dos núcleos de conciliação em nosso Estado ficará indelevelmente registrado na memória histórica do Judiciário sul-mato-grossense.

Por fim, o que dizer da **consistência**, última qualidade apontada por Ítalo Calvino, como essencial à literatura.

Infelizmente, Calvino não chegou a escrever sobre esse tema, assim como não proferiu as demais palestras. Morreu antes.

No entanto, mesmo sem ter noção sobre o que Calvino pretendia registrar na abordagem do tema, já que nunca foi localizado nenhum vestígio sobre algum esboço que ele tivesse deixado em torno do assunto, é possível imaginar quisesse ele falar sobre o valor axiológico e a robustez de conteúdo que deve ter a obra literária.

É o que se espera de um julgador moderno. Que ele tenha consistência.

Não seja um vazio em conhecimento nem um tolo em sonhos. Mas, sim, dotado de ideais e valores maiores, com discernimento suficiente para saber o que é lei da física, da biologia e das religiões que só se colhe de acordo com o semeado. E que viva de maneira tal que seu coração nunca pese mais que a já referida Maat, pena da justiça e da verdade.

Feitas essas considerações, que tenho certeza, longas para quem ouve, peço a todos o imerecido perdão.

Resta-me, entretanto, as derradeiras palavras, propositadamente deixadas para o final, pois do contrário a emoção impedir-me-ia de dizer todo o resto.

Transmito aqui o meu muito obrigado a todos os amigos de dentro da magistratura, aos quais peço licença para fazê-lo em nome dos Desembargadores Josué de Oliveira, Romero Osme Dias Lopes e Carlos Contar. Agradeço a tantos amigos de fora da magistratura, e a eles peço autorização para fazê-lo respeitando a antiguidade, Francisco Pinto, o Chiquitão, Pedro Chaves Santos Filho e Anísio Bispo Santos. Agradeço aos amigos da imprensa, e da mesma forma, com o pedido de assentimento de todos, cumprimento-os nas pessoas de César Quintas (Fundação Zharan), Adilson Trindade (Grupo Correio do Estado), Fernando Soares (Grupo Folha do Povo), Carlos Eduardo Naegele (Midiamax), Feitosa (Grupo Feitosa de Comunicações) e Danilo Costa (Jornal de Domingo). Agradeço aos colegas da PUC aqui presentes, Desembargador Euvaldo Chaib Filho e o advogado Carlos Araújo Pimentel Neto. Agradeço, também, aos amigos, o empresário Sami Moussalli e o Juiz e Professor da PUC José Henrique Rodrigues Torres, que assim, como os outros dois, se deslocaram da cidade de Campinas apenas para estarem aqui nesta solenidade. Meu muito obrigado, pela presença, ao Juiz Sidmar Dias Martins, auxiliar da Presidência do Conselho Nacional de Justiça. Agradeço a todos os meus irmãos aqui presentes, Cléa Áurea, Carlos Alberto, João Carlos e Maria Ruth. Meu muito obrigado, também, a minha sogra e minhas cunhadas, assim como aos demais parentes, o que faço em nome de Elvira Florence Vergueiro, a tia Elvirinha.

Faço, ainda, neste momento, justa homenagem às mulheres que embelezam a minha vida: Sônia, esposa adorada, exemplo de tolerância, compreensão e companheirismo. Rayane e Raíssa, filhas queridas. Elvira, minha mãe, modelo de mulher.

Finalmente, rendo tributo a todos os meus antepassados ausentes em corpo, e o faço em nome do meu pai Carlos Alberto Florence.

Obrigado a todos pela paciência em me ouvir.

## DISCURSO DO DES. HILDEBRANDO COELHO NETO NA POSSE DOS NOVOS JUÍZES SUBSTITUTOS

Aos vinte e dois dias do mês de junho do ano de dois mil e onze

Coube-me, por designação da Egrégia Presidência desta Corte, a incumbência de saudar os novos magistrados que, nesta data solene, tomam posse no cargo de Juiz Substituto deste Estado, aprovados que foram no XXIX Concurso Público de Provas e Títulos.

Esta Corte de Justiça recebe, de braços abertos, os ilustres magistrados: Mariana Rezende Ferreira Yoshida, Raul Ignatius Nogueira, Luiza Vieira Sá de Figueiredo, Daniel Scaramella Moreira, Juliano Duailibi Baungart, Marcel Goulart Vieira, Deyvis Ecco, Luciano Pedro Beladelli, Alexandre Miura Iura Pedro Henrique Freitas de Paula, André Luiz Monteiro e Kelly Gaspar Duarte Neves, parabenizando-os pelo êxito alcançado no rigoroso concurso a que foram submetidos, congratulações estas extensíveis a seus familiares e amigos aqui presentes.

Sabe-se que o jovem, a partir do momento em que faz a opção pelo Curso de Direito, começa a pensar no seu futuro, especificamente sobre que área atuará nessa gama de oportunidades que lhe são oferecidas. A escolha não é fácil.

Conta Cícero, em sua obra Dos Deveres, que Xenofonte, segundo Prodicus, lembrava uma parábola em que Hércules, quando jovem, encontrava-se em uma séria dúvida sobre que caminho seguiria: o da Virtude ou o do Vício.

Apresentaram-se-lhe duas formosas mulheres. Uma, fez-se observar pela dignidade e nobreza no porte, trajava um vestido branco. A outra, lânguida, perfeita de corpo, ornamentara-se dando cores ao rosto, esforçando-se para ser graciosa, seus olhos eram grandes, seus enfeites preparados para destacar seus dotes. Observava se a olhavam e voltava muitas vezes para analisar a própria sombra.

Aproximaram-se. A primeira seguia tranquilamente o seu caminho, ao passo que a outra correu para Hércules e lhe disse:

- Vejo que vacilas sobre a estrada que deves seguir. Tenha-me por amiga que te dirigirei por caminhos felizes e fáceis, para desfrutar de todos os deleites. Passarás a vida apreciando finas iguarias e saboreando agradáveis bebidas. Descobrirei o que possa encantar teus olhos e teus ouvidos, deliciar teu olfato, agradar teu paladar. Tratarei de todos os encantos que as coisas te possam proporcionar. Dormirás em colchões macios, sem desgastes para tuas alegrias. Toma-me; encarregar-me-ei de ficar com todos os trabalhos e cansaços do corpo e do espírito. Aproveitarás os trabalhos dos outros; quaisquer fontes de rendimento serão legítimas. Aos que me seguem, dou tudo que é útil.

- Qual é o teu nome? Perguntou Hércules.

Meus amigos, respondeu, chamam-me Felicidade; meus inimigos, para me insultarem, denominam-me de Volúpia.

Por sua vez, falou a outra mulher:

- Também me dirijo a ti, Hércules. Conheço os que te trouxeram ao mundo; desde a tua infância acompanhei tua educação. Se me seguires, farás belas e gloriosas ações, gozarás junto aos homens virtuosos de maior honra e consideração. Não te enganarei, prometendo prazeres. Mas explicarei a verdade das coisas tal como os deuses a estabeleceram. Sem

trabalho e constância, os deuses não dão aos homens nada de belo e honroso; se queres que eles te sejam favoráveis, debes honrá-los; se queres que tua pátria te honre, sirva-a; se queres que a Grécia te admire, seja útil à Grécia; se queres que a terra te liberalize frutos, cultive-a; se queres enriquecer vendendo teus rebanhos, cuida deles; se queres adquirir força corporal, habitua teu corpo a submeter-se aos exercícios; se queres vencer, cultiva tua inteligência, sujeitando-a ao trabalho.

A Volúpia contestou, dizendo: “- *Compreendes, Hércules, como é árduo o caminho que te traça esta mulher para alcançares a felicidade? Por um caminho fácil e curto a ela te conduzirei.*”

Ao passo que obtemperou a Virtude:

- Quais os bens que possuis? Não é a fadiga, mas a ociosidade que te traz o sono. No amor, prevines e ultrajas a natureza. Consegues amigos, degradando-os durante a noite, absorvendo-os na parte útil do dia. És rejeitada pelos deuses e pelos homens honestos. Nunca praticastes uma boa ação. Quem acreditará nas tuas palavras? Qual o homem sensato que se incorporará ao teu cortejo? Os que te seguem são jovens débeis e velhos insanos; os velhos, ao viver na ociosidade quando jovens, sofrem agora laboriosa e triste velhice; acabrunhados pelo que fizeram na maturidade, desgastaram a mocidade, reservando penas para os últimos dias de sua vida.

Por derradeiro, disse a virtude: “- *Hércules, filho de pais virtuosos, só pelo trabalho podes adquirir a suprema felicidade.*”

Os Senhores acabaram de prestar o compromisso de desempenhar com retidão as funções do cargo, o que significa que escolheram o caminho da Virtude, uma vez que se dedicarão à árdua tarefa de pacificar, com retidão e amor, os conflitos que lhes serão submetidos.

Para trilhar o árduo caminho de pacificador de conflitos, objetivando a outorga da prestação jurisdicional, o juiz deve ter convicções seguras, o que se adquire mediante o estudo disciplinado e a análise dos fatos contida nos autos, sem distanciar-se jamais do drama da vida humana. Já dizia CÉSARE VIVANTE:

O juiz que não tem convicções jurídicas e forma-as de caso em caso, está sujeito a sofrer a influência dos homens de poder ou dos amigos que o cercam; a falada corrupção dos magistrados não tem por força outra causa senão a sua ignorância: eles se deixam dominar pela autoridade dos patrocinantes, porque para quem sabe pouco, todas as soluções são boas.

Não se concebe um juiz sem independência, o que implicaria a perda da dignidade. Para ser digno, no dizer de Comte-Sponville, exige-se coragem, o que não é a ausência do medo, diz ele “[...] *precisamos de coragem para durar e aguentar, coragem para viver e para morrer, coragem para suportar, para combater, para enfrentar, para resistir, para perseverar*”.

O juiz é uma força viva da sociedade; não é um ser apático, neutro. Faz parte do sistema de autoridade dentro do Estado e, em razão disso, não pode se omitir do sistema de decisão política. O juiz é um cidadão atuante, tem de participar do meio em que vive, sentindo seus problemas e anseios, a fim de mais bem compreender o fato social que lhe é submetido a julgamento. Um juiz, alheio ao mundo, assemelha-se àquela figura traçada por Monteiro Lobato: “*É como um sombrio urupês de pau poder a modorrar no silencioso recesso da grotta, só ele não canta, não ri e não ama. Só ele, no meio de tanta gente, não vive*”.

Jesus, conforme anota o Evangelho de Lucas (18:1-8), conta a parábola do Juiz Injusto, objetivando demonstrar o valor da prece:

Havia em certa cidade um juiz que não temia a Deus, nem respeitava os homens.

Havia Também naquela mesma cidade uma viúva que ia ter com ele, dizendo: Faze-me justiça contra o meu adversário.

E por algum tempo não quis atendê-la; mas depois disse consigo: Ainda que não temo a Deus, nem respeito os homens, todavia, como esta viúva me incomoda, hei de fazer-lhe justiça, para que ela não continue a vir molestar-me.

Essa passagem bíblica já antevia o que viria a prever a Carta Magna Brasileira, em seu art. 5º, LXXVIII, que “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*”.

Vê-se, no caso em análise, que o juiz injusto fez ouvidos moucos aos rogos da mulher para que se lhe fizesse justiça. Somente outorgou a prestação jurisdicional para não mais ser incomodado por ela. Não o fez por dever de justiça, o que lhe competia por força do cargo que ocupava.

No sentido de que a tarefa de julgar tem de ser feita com amor, Eduardo Couture ilustrou, com a seguinte parábola, o 10º mandamento do advogado – AMA A TUA PROFISSÃO:

Conta Pégui que um dia ficou impressionado vendo sua mãe consertar uma cadeira. Era tal o esmero, o escrúpulo, a amorosa atenção com que executava sua tarefa, que o filho manifestou-se admirado. A mãe, então, lhe disse: o amor pelas coisas bem feitas deve acompanhar-nos por toda a vida; as partes invisíveis das coisas devem reparar-se com o mesmo escrúpulo com que se cuidam as partes visíveis; as catedrais de França são as catedrais de França porque o amor com que se fez o ornamento externo é o mesmo com que foram feitas as partes invisíveis.

Isso acontece em todos os atos da vida. O amor à profissão eleva-a à dignidade de uma arte. O amor por si só transforma o trabalho em criação; a tenacidade, em heroísmo; a fé, em martírio; a concupiscência, em nobre paixão; a luta, em holocausto; a cobiça, em prudência; o lazer, em êxtase; a ideia, em dogma; o amor-próprio, em sacrifício; a vida, em poesia.

Assevera, ainda, Couture que: “*O advogado transforma a vida em lógica, e o juiz transforma a lógica em justiça*”.

Por sua vez, Piero Calamandrei arremata:

O bom juiz põe o mesmo escrúpulo no julgamento de todas as causas, por mais humildes que sejam. É que sabe que não há grandes e pequenas causas, visto a injustiça não ser como aqueles venenos a respeito dos quais certa medicina afirma que, tomados em grandes doses, matam, mas tomados em doses pequenas, curam. A injustiça envenena, mesmo em doses homeopáticas.

Feliz o magistrado que, até ao dia que precede o limite de idade, sente, ao julgar, aquela consternação quase religiosa, que o fez tremer, cinquenta anos atrás, quando juiz de terceira teve de dar a sua primeira sentença.

Ilustres magistrados ora empossados, doravante estão os senhores habilitados a semear a semente da Justiça, não a deixando infrutuosa, tanto é que o Mestre dos mestres incluiu-a no rol das bem-aventuranças, ao proclamar do alto do monte: “***Bem-aventurados os que tem fome e sede de Justiça, porque serão saciados***”, o que significa que aqueles que saciam a fome e sede daqueles que clamam por Justiça, de igual modo, serão também saciados.

Mãos à obra! Não se esqueçam de que não se colhe o fruto antes da flor, é preciso que tenhamos sempre em nossos corações as sábias e proféticas palavras de Rui Barbosa, em sua Oração aos Moços: “***Não há Justiça, onde não haja Deus***”.

Êxito na carreira e muito obrigado.

## DISCURSO DE POSSE DOS JUÍZES SUBSTITUTOS APROVADOS NO XXIX CONCURSO PÚBLICO

Aos vinte e dois dias do mês de junho do ano de dois mil e onze

Hoje é um dia de extrema felicidade para nós, empossados e familiares, pois representa a coroação de um exitoso projeto de vida: servir à sociedade na condição de magistrados.

Com efeito, o exercício da judicatura é um exercício de nobreza e sublimação, pois juiz tem o dever de promover a pacificação social em um momento no qual todos os demais poderes do Estado foram incapazes de fazê-lo.

Além disso, o magistrado deve conhecer profundamente a demanda que está decidindo, mas não pode apaixonar-se por ela. Como a paixão é uma característica humana, a arte de julgar, por vezes, demanda um esforço sobre-humano.

No entanto, apesar de tudo isso, por pura vocação e amor aos ideais, cientes da nossa missão nessa vida, decidimos que seríamos Juízes de Direito no Estado de Mato Grosso do Sul.

Para tanto, foi necessária muita dedicação, disciplina, horas debruçadas sobre os livros, renúncias e compreensão de todos que nos cercam.

Refiro-me aos pais, avós, cônjuges, irmãos, parentes, amigos e chefes que nos apoiaram integralmente e sempre acreditaram que um dia o nosso sonho tornar-se-ia real, ainda que parecesse bem distante.

Especialmente aos pais, digo que nos presentearam com o precioso dom da vida e encheram-na de amor, carinho e dedicação.

Agora, só temos a oportunidade de viver essa maravilhosa experiência porque vocês se doaram plenamente e compartilharam conosco cada minuto deste sonho. Conduziram nossos passos quando a dúvida nos assolou e rezaram por nós a cada novo desafio.

Como disse Rui Barbosa, *“se um dia, já homem feito e realizado, sentires que a terra cede a teus pés, que tuas obras desmoronam, que não há ninguém a tua volta para te estender à mão, esquece a tua maturidade, passa pela tua mocidade, volta a tua infância e balbucia entre lágrimas e esperanças as últimas palavras que sempre te restarão na alma: minha mãe, meu pai”*. Somo-lhes eternamente gratos.

Portanto, sem dúvida alguma, essa vitória também lhes pertence.

Não obstante tamanhas dificuldades e provações, é indiscutível que graças a elas hoje nos sentimos mais fortes, mais felizes e credenciados a galgar a magistratura, que, pela própria natureza do cargo, exige que os seus aspirantes sejam aguerridos e destemidos.

Aguerridos para lidar com todas as limitações que naturalmente surgirão na ânsia de praticar o justo. E destemidos para distribuir a justiça de forma verdadeiramente isonômica e democrática, isenta de pressões políticas, sociais e econômicas, muito comuns em nosso país.

Nesses dois aspectos, temos a felicidade de constatar que o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, que orgulhosamente passamos a integrar, tem envidado todos os esforços para o livre exercício da magistratura.

É admirável a modernização do Poder Judiciário sul-mato-grossense, considerando, sobretudo, que somos um dos Estados mais jovens da Federação.

Mato Grosso do Sul e o Tribunal de Justiça foram criados em 11 de outubro de 1977, ou seja, há quase 34 (trinta e quatro) anos.

Inicialmente, foram nomeados pelo Governador do Estado para compor o recém-nascido Sodalício 4 (quatro) desembargadores – Leão Neto do Carmo, Jesus de Oliveira Sobrinho, Sérgio Martins Sobrinho e Rui Garcia Dias –, os quais foram empossados em 1º de janeiro de 1979. Certamente, nesse dia, os primeiros e honrados magistrados sul-mato-grossenses carregavam em sua alma emoção parecida com a que hoje sentimos.

A partir de então, uma história de êxito e glória começou a ser gravada, pois, atualmente, 205 (duzentos e cinco) magistrados oficiam por nosso Estado com honradez, dispondo de aparato tecnológico admirável, que permite o exercício tempestivo do poder jurisdicional.

Hoje, imbuídos do espírito republicano e democrático, firmamos o compromisso indelével de manter e aperfeiçoar essas conquistas.

Nesse sentido, temos a certeza absoluta de que a coisa pública é intocável e inegociável, da mesma forma que todo poder emana do povo e deve existir para o povo.

Realmente, não podemos nos afastar dessas premissas em momento algum ou sob qualquer pretexto, pois exercemos parcela da soberania do Estado e integramos um dos 3 (três) Poderes da República, sendo que a Constituição Federal nos confere garantias para que desempenhemos esse papel a contento.

Tenham a certeza de que essa é a nossa bandeira, o nosso norte nesta carreira que lindamente se inicia, pois a única recompensa que o magistrado pode ter é a tranquilidade de sua consciência.

Somos seres humanos, portanto passíveis de errar, mas nos esforçaremos ao máximo para que a justiça sul-mato-grossense continue de cabeça erguida e resolva, de maneira célere e equânime, as demandas deste povo fascinante, cuja miscigenação étnica e cultural é a principal característica.

Aliás, é muito interessante que a nossa turma de Juízes Substitutos também possua esse perfil cultural diversificado.

Eu sou campo-grandense e nunca saí daqui. Mas, casei-me com um paulista de ascendência japonesa.

Raul é paulista de nascimento, paranaense de passagem e sul-mato-grossense de coração, por uma escolha muito bem pensada e desejada. A sua inteligência e companheirismo já fazem história entre nós.

Luiza é carioca, mudou-se para cá ainda nova e julgou os últimos anos no Pará, o que enriquece bastante a sua experiência de vida.

Daniel também veio do Paraná e acalentou o sonho de aqui ser magistrado, passando trabalhar por nosso povo com muita vontade e disposição.

Juliano é do Mato Grosso, nosso Estado-irmão, a sua simplicidade e o desejo de se tornar magistrado em Mato Grosso do Sul são admiráveis e comoventes.

Marcel é paulista, lutou muito e traz na família a tradição de servir ao Poder Judiciário.

Deyvis é catarinense de nascimento, mas há algum tempo adotou Mato Grosso do Sul como seu lugar, tanto que aqui constituiu a sua família e, antes de assumir a magistratura, defendeu o Estado com bravura na condição de Delegado de Polícia.

Luciano é gaúcho e juntamente com sua batalhadora família escolheu Mato Grosso do Sul como sua terra. Até tornar-se Juiz Substituto, trabalhou muito e ultimamente exercia com extrema competência e dignidade o cargo de Oficial de Justiça.

Alexandre é paulista e traz a sua inteligência e brilhantismo em prol do nosso Poder Judiciário.

Pedro veio das belas Minas Gerais, atuou como Defensor Público em Rondônia e somará muito para a nossa magistratura.

André é campo-grandense também e sempre permaneceu por aqui. Agora, depois de muito esforço, merecidamente experimenta a glória de servir ao seu Estado como magistrado.

Kelly é paulista, mas escolheu viver aqui há algum tempo. Nesse momento, com méritos, eterniza essa escolha.

Certamente, essa linda mistura gerará bons frutos e enriquecerá não só o desempenho da atividade jurisdicional, mas também a nossa convivência pessoal.

Por fim, queremos agradecer à banca examinadora na pessoa do seu último presidente, Des. Luiz Carlos Santini, bem como àqueles que o antecederam – Desembargadores Elpídio Helvécio Chaves Martins e Paulo Alfeu Puccinelli – por terem compreendido nossa vocação e conduzido os rumos do concurso com efetividade e firmeza.

Da mesma forma, externo nosso sincero agradecimento aos magistrados e servidores que, com respeito e humanidade, colaboraram com a execução do nosso certame, em especial ao Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Dr.<sup>a</sup> Elizabete Anache e Christiane Pádoa.

É com essas singelas palavras e com o coração repleto de alegria e ótimas expectativas que me despeço, rogando que sejamos felizes e abençoados na complexa, mas apaixonante tarefa de julgar.

Muito obrigada.

Mariana Rezende Ferreira Yoshida

REVISTA  
TRIMESTRAL DE  
JURISPRUDÊNCIA

TJMS

# ÍNDICE ONOMÁSTICO



## JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

### **Claudionor Miguel Abss Duarte**

Impug.ao cumpr.de Sent. em Exec. Sent. em Ação Rescisória n. 2003.00773-1/0002.01 ..... 077

### **Divoncir Schreiner Maran**

Mandado de Segurança n. 2010.016072-3 ..... 086

Apelação Cível n. 2010.038849-3 ..... 099

Apelação Cível n. 2011.012138-4 ..... 116

### **Dorival Renato Pavan**

Apelação Cível n. 2011.000568-8 ..... 128

Agravo n. 2011.000712-5 ..... 137

Apelação Cível n. 2011.007664-9 ..... 143

### **Fernando Mauro Moreira Marinho**

Apelação Cível n. 2010.026406-9 ..... 189

Apelação Cível n. 2010.034877-4 ..... 192

Apelação Cível n. 2011.004845-1 ..... 197

### **Hildebrando Coelho Neto**

Apelação Cível n. 2003.012621-0 ..... 201

Ag. Reg. em Precatório de Req.de Pagamento n. 2004.920009-6/0001.00 ..... 206

Ag. Reg. em Precatório de Req.de Pagamento n. 2008.009616-0/0001.00 ..... 209

### **João Batista da Costa Marques**

Apelação Cível n. 2010.028462-1 ..... 213

Apelação Cível n. 2011.003832-6 ..... 217

Apelação Cível n. 2011.010044-5 ..... 222

### **João Maria Lós**

Apelação Cível n. 2009.018883-7 ..... 229

Apelação Cível n. 2010.013071-3 ..... 235

Apelação Cível n. 2010.028993-7 ..... 243

**Joenildo de Sousa Chaves**

Apelação Cível n. 2009.015862-1.....	252
Apelação Cível n. 2010.037614-4.....	257
Apelação Cível n. 2011.004349-9.....	262

**Josué de Oliveira**

Apelação Cível n. 2010.025292-3.....	265
Agravo Regimental em Agravo n. 2011.009295-9/0001.00 .....	271
Apelação Cível n. 2011.014517-1.....	276

**Julio Roberto Siqueira Cardoso**

Apelação Cível n. 2011.002869-3.....	281
Apelação Cível n. 2011.007272-0.....	284
Apelação Cível n. 2011.008606-6.....	291

**Julizar Barbosa Trindade**

Apelação Cível n. 2011.006486-4.....	295
Apelação Cível n. 2011.009965-4.....	303
Apelação Cível n. 2011.010229-8.....	306

**Luiz Tadeu Barbosa Silva**

Apelação Cível n. 2010.037075-7.....	309
Apelação Cível n. 2011.007082-9.....	318
Apelação Cível n. 2011.009427-6.....	326

**Marco André Nogueira Hanson**

Reexame de Sentença n. 2011.003333-3 .....	331
Apelação Cível n. 2011.006718-3.....	334
Apelação Cível n. 2011.009910-4.....	339

**Oswaldo Rodrigues de Melo**

Apelação Cível n. 2011.004207-1.....	344
Apelação Cível n. 2011.010255-9.....	352
Apelação Cível n. 2011.012155-9.....	361

**Paschoal Carmello Leandro**

Apelação Cível n. 2008.036295-9.....	368
Apelação Cível n. 2008.037250-3.....	374
Apelação Cível n. 2009.005031-8.....	377

**Paulo Alfeu Puccinelli**

Apelação Cível n. 2010.039002-7.....	382
Apelação Cível n. 2011.002208-6.....	389
Apelação Cível n. 2011.006843-9.....	398

**Rubens Bergonzi Bossay**

Apelação Cível n. 2011.003555-7.....	403
Apelação Cível n. 2011.005927-2.....	408
Apelação Cível n. 2011.009899-9.....	415

**Ruy Celso Barbosa Florence**

Apelação Cível n. 2010.032396-1.....	421
Apelação Cível n. 2010.032419-0.....	427
Mandado de Segurança n. 2010.033910-8.....	432

**Sérgio Fernandes Martins**

Apelação Cível n. 2009.020582-7.....	436
Apelação Cível n. 2010.009155-2.....	439
Apelação Cível n. 2010.028366-7.....	444

**Sideni Soncini Pimentel**

Apelação Cível n. 2011.008681-5.....	447
Apelação Cível n. 2011.009305-4.....	452
Apelação Cível n. 2011.012089-4.....	456

**Tânia Garcia de Freitas Borges**

Apelação Cível n. 2008.005044-9.....	461
Apelação Cível n. 2008.009500-3.....	466
Apelação Cível n. 2008.024628-4.....	470

**Vladimir Abreu da Silva**

Apelação Cível n. 2010.036944-8.....	478
Apelação Cível n. 2011.003427-0.....	482
Apelação Cível n. 2011.008398-0.....	488

## JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

### **Carlos Eduardo Contar**

Apelação Criminal n. 2011.002169-9 .....	494
Agravo Criminal n. 2011.005252-2 .....	499
Apelação Criminal n. 2011.013991-0 .....	503

### **Claudionor Miguel Abs Duarte**

Embargos Infringentes em Apelação Criminal n. 2010.032906-6/0001.00.....	507
Agravo Criminal n. 2011.005261-8 .....	511

### **Dorival Moreira dos Santos**

Revisão Criminal n. 2010.021169-7 .....	521
Apelação Criminal n. 2011.001522-5 .....	535
Apelação Criminal n. 2011.006916-3 .....	544

### **Francisco Gerardo de Sousa**

<i>Habeas Corpus</i> n. 2011.002694-3.....	548
<i>Habeas Corpus</i> n. 2011.003479-9.....	553
<i>Habeas Corpus</i> n. 2011.003506-9.....	556

### **João Carlos Brandes Garcia**

Apelação Criminal n. 2008.012002-1 .....	561
Agravo Criminal n. 2011.001920-9 .....	567
Apelação Criminal n. 2011.010622-7 .....	575

### **Manoel Mendes Carli**

Agravo Criminal n. 2011.005414-8 .....	583
Agravo Criminal n. 2011.006487-1 .....	586
<i>Habeas Corpus</i> n. 2011.008598-5.....	589

### **Marilza Lúcia Fortes**

Apelação Criminal n. 2010.039182-3 .....	595
Apelação Criminal n. 2011.002764-6 .....	605
Apelação Criminal n. 2011.003192-0 .....	613

**Romero Osme Dias Lopes**

Apelação Criminal n. 2011.004381-5 .....	616
Mandado de Segurança n. 2011.008203-7 .....	626
Apelação Criminal n. 2011.009806-1 .....	633

REVISTA  
TRIMESTRAL DE  
JURISPRUDÊNCIA

TJMS

# ÍNDICE DE ASSUNTO



## JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

### **Ação cautelar fiscal**

Responsabilidade tributária. Indisponibilidade de bens. Crédito tributário. Inadimplemento (2008.005044-9).....461

### **Ação civil pública**

Licitação fraudulenta. Contratação sem concurso público. Promoção pessoal. Danos causados ao erário público. Aplicação de sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa (2010.038849-3) .....099

Venda de lotes sem o devido registro. Regularização pelo Município. Direito de regresso assegurado à Fazenda Pública (2011.003555-7) .....403

### **Ação cominatória**

Bloqueio de salário. Conta-corrente. Instituição financeira. Dívida de cartão de crédito. Impossibilidade. Dano moral (2010.009155-2).....439

### **Ação de cobrança**

Compra e venda. Veículo. Desfazimento do negócio. Devolução dos valores a título de entrada. Arras. Inexistência de previsão contratual. Restituição devida (2010.028366-7) .....444

Corretor. Intermediação. Aproximação entre negociantes com data remota. Comissão. Direito inexistente (2011.009427-6).....326

Regime jurídico estatutário. Contrato temporário. Dispensa antecipada. Motivação não caracterizada. Pagamento devido (2011.004845-1).....197

### **Ação de obrigação de fazer**

Compra e venda. Imóvel. Escritura com irregularidade. Falha da serventia. Lavratura de escritura. Reconvenção. Pedido reivindicatório. Impossibilidade (2010.036944-8).....478

### **Ação reivindicatória**

Recurso adesivo interposto sem recolhimento de custas. Parte desprovida de hipossuficiência. Pressupostos da petitoria. Ocorrência. Indenização. Retenção de benfeitorias (2010.032419-0).....427

### **Ação rescisória**

Cumprimento de sentença. Honorários sucumbenciais. Termo inicial. Correção monetária. Omissão. Juros moratórios (2003.007773-1/0002-01).....077

### **Adicional de insalubridade**

Lei municipal. Suspensão. Decreto municipal. Impossibilidade. Ofensa à hierarquia das normas (2011.004349-9).....262

## **Alienação judicial**

Extinção de condomínio. Bem indivisível. Usucapião. Impossibilidade. Via inadequada (2008.036295-9).....368

## **Benefício previdenciário.**

Auxílio-acidente. Disacusia sensorial. Nexo causal entre o trabalho e a doença. Laudo pericial. Redução da capacidade laborativa. Não demonstrada (2011.003832-6).....217

## **Bem de família**

Impenhorabilidade. Hipoteca. Pessoa jurídica. Renúncia (2011.006486-4).....295

## **Cumulação de pensão**

Ver Pensão por morte (2011.003427-0) .....482

## **Dano moral**

Demora em realização de parto cesariano. Agravamento de processo infeccioso. Realização de sucessivas cirurgias. Responsabilidade objetiva do hospital. Dano moral. Indenização devida (2009.015862-1).....252

Ajuizamento de ação penal. Absolvição. Ausência de ilegalidade. Exercício regular de direito. Responsabilidade civil não caracterizada (2011.009305-4) .....452

E-mail. Perfil falso em sítio de relacionamento. Mensagens ofensivas. Situação vexatória e humilhante. Indenização devida (2011.010229-8).....306

Estabelecimento comercial. Abordagem de consumidor. Revista. Suspeita de furto. Constrangimento. Inversão do ônus da prova (2010.034877-4) .....192

Fraude em contrato de financiamento. Instituição bancária. Riscos inerentes à atividade comercial. Excludente de responsabilidade não configurada (2011.008681-5) .....447

Meio ambiente. Poluição ambiental. Responsabilidade solidária. Litisconsórcio passivo facultativo. Dever de indenizar. Responsabilidade objetiva (2011.007664-9) .....143

Responsabilidade objetiva do hospital. Erro de diagnóstico em exame de sangue. Hepatite C. Danos morais configurados (2011.007082-9) .....318

## **Dano moral e material**

Ato notarial. Averbação. Contrato de parceria pecuária. Matrícula fria. Perda da garantia hipotecária. Responsabilidade objetiva do Estado. Ônus da prova (2011.004207-1) .....344

Movimentação de conta-corrente por terceiro. *Internet*. Falha no serviço. Responsabilidade objetiva do banco. Indenização devida. (2010.039002-7) .....382

Prestação de serviço inadequado. *Internet*. Indenização devida (2011.006843-9).....398

## **Defesa do consumidor**

Ação de Cobrança. Anuidade. Cartão de crédito. Pedido de cancelamento. Inscrição indevida nos órgãos de restrição ao crédito. Dano moral. Indenização (2011.009965-4).....303

Cartão de crédito. Clonagem. Dano moral. Indenização. Inscrição em cadastro de proteção ao crédito. Dano material. Não comprovação (2010.025292-3) .....265

Furto de motocicleta. Estacionamento de supermercado. Boletim de ocorrência. Presunção relativa não confirmada por outros elementos probatórios. Indenização indevida (2009.018883-7).....	229
Venda de veículo com defeitos. Vício de qualidade. Transferência do bem por preço inferior ao da aquisição. Dever do fornecedor de arcar com a diferença (2011.006718-3) .....	334
Procon. Multa. Legalidade (2011.002869-3).....	281

### **Embargos de terceiro**

Aquisição de bem imóvel. Execução garantida por hipoteca. Direito de sequela. Preferência. Excesso de penhora. Execução de sentença. Impossibilidade (2011.012155-9) .....	361
Bem indivisível. Penhora. Reserva da meação. Devida (2009.020582-7).....	436
Sequestro de bens. Regime de comunhão parcial de bens. Direito à meação. Bens adquiridos anteriormente à separação de fato (2011.008398-1) .....	488

### **Energia elétrica**

Corte no fornecimento. Regularidade no pagamento. Fatura mensal. Débito pretérito apurado unilateralmente. Dano moral (2011.000568-8).....	128
Suspensão no fornecimento. Débito pretérito. Irregularidade no medidor de energia elétrica. Ilegalidade. Cálculo realizado de modo unilateral (2011.008606-6).....	291

### **Execução fiscal**

Embargos. Sucessão empresarial. Responsabilidade tributária. Fundo de comércio. Ausência de comprovação (2011.005927-2).....	408
--	-----

### **Fiança**

Pessoa jurídica. Retirada de sócios. Fiadores. Alteração da composição societária. Notificação. Exoneração da fiança. Necessidade de nova garantia (2001.009899-9).....	415
---	-----

### **Honorários advocatícios**

Execução de sentença. Fazenda pública. Fracionamento da execução. Crédito de natureza alimentar. Possibilidade de execução autônoma (2008.009500-3).....	466
Ver precatório (2008.009616-0/0001.00) .....	209

### **Imposto**

ICMS. Compensação tributária. Exclusão de benefício fiscal. Crédito presumido. Ofensa ao princípio da isonomia. Descaracterização (2010.016072-3).....	086
ISS. Competência. Local da efetiva prestação do serviço (2010.037075-7) .....	309
ISSQN. Locação de bens móveis. Impossibilidade (2008.037250-3) .....	374

### **Inventário**

Cessão de direitos hereditários. Notificação prévia. Inocorrência. Co-herdeira. Direito de preferência. Alienação ineficaz (2011-000712-5).....	137
---	-----

### **Licença prêmio**

Ação de cobrança. Morte do servidor público. Prescrição. Afastada (2011.007272-0).....	284
Conversão em pecúnia. Morte do servidor público. Possibilidade (2011.012089-4) .....	456

### **Mandado de Segurança**

Remoção de servidor público. Motivo de saúde dos genitores. Inexistência de vaga. Discricionariedade da administração pública. Irrelevância (2011.003333-3) .....	331
---	-----

### **Penhora**

Ação civil pública. Improbidade administrativa. Bloqueio de valores em dinheiro. Substituição por veículos automotores. Aplicação subsidiária do CPC (2011.009295-9/0001-00).....	271
---	-----

### **Pensão por morte**

Ação de cobrança. Viúva de ex-vereador. Lei Orgânica do Município. Direito adquirido. Lei inconstitucional (2003.012621-0).....	201
Prova da dependência econômica. Cumulação de pensão. Previdência geral e previdência estadual. Fontes distintas de custeio (2011.003427-0) .....	482
Servidor público. Dependente cursando ensino superior. Possibilidade de prorrogação até 24 anos (2010.033910-8).....	432

### **Plano de saúde**

Área regional de abrangência. Tratamento fora da área de abrangência. Sessões de radioterapia. Procedimento de emergência. Possibilidade (2010.028993-7) .....	243
Negativa de cobertura. Sessões de quimioterapia e radioterapia. Cláusula abusiva. Dano moral. Indenização (2011.014517-1).....	276
Utilização de cateter de monitorização de pressão intracraniana. Recusa. Descabimento. Cláusula abusiva (2010.037614-4).....	257

### **Precatório**

Honorários advocatícios. Requisição de pagamento. Impossibilidade. Benefício constitucional de caráter personalíssimo (2008.009616-0/0001-00) .....	209
Indenização por danos materiais. Requisição de pagamento. Pagamento prioritário. Impossibilidade (2004.920009-6/0001-00) .....	206

### **Prescrição**

Previdência privada. Restituição de valores a título de imposto de renda. Contrato de mútuo. Não comprovação. Dano moral. Impossibilidade (2010.028462-1) .....	213
---	-----

### **Protesto**

Duplicata. Desfazimento do negócio. Notificação prévia. Má-fé. Dano moral. Indenização. Protesto indevido (2009.005031-8).....	377
--	-----

### **Responsabilidade civil**

Acidente de trânsito. Rodovia. Ação regressiva de ressarcimento. Culpa concorrente dos condutores	
---	--

(2010.026406-9).....	189
Acidente de trânsito. Rotatória recém-construída. Ausência de sinalização. Responsabilidade subjetiva do Município. Tetraplegia e sequelas mentais na vítima. Dano moral e material. Caracterização (2011.012138-4).....	116
Alagamento em via pública. Dano moral e material. Indenização indevida. Responsabilidade objetiva do Município. Força maior. Excludente (2011.010044-5).....	222
Dano moral. Morte de adolescente. Afogamento em chácara de lazer. Culpa da vítima. Não demonstrada. Negligência (2008.024628-4).....	470
Arremesso de pedra. Rodovia. Veículo em alta velocidade. Dano à pessoa de outro veículo. Perda da visão do olho esquerdo. Área. Perímetro urbano. Responsabilidade objetiva do Município. Nexo de causalidade (2011.009910-4).....	339
Rompimento de rede de transmissão de energia elétrica. Incêndio em plantação. Dano moral. Lucros cessantes. Não comprovados (2011.002208-6).....	389

### **Seguro de vida**

Ação de cobrança. Doença preexistente não declarada. Má-fé. Ausência (2010.013071-3).....	235
---	-----

### **Usucapião ordinária**

Justo título. Não comprovação. Usucapião extraordinária. Não preenchimento dos requisitos exigidos por lei. Insuficiência de provas (2010.032396-1).....	421
--	-----

### **Usucapião extraordinária**

Veículo automotor. Alienação fiduciária. Inadimplemento. Prescrição aquisitiva. Impossibilidade. Posse injusta (2011.010255-9).....	352
---	-----

## JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

### **Abuso de autoridade**

Revisão criminal. Delegado de polícia. Perda do cargo. Efeitos da condenação (2010.021169-7) .....521

### **Apropriação indébita previdenciária**

Agente que tinha ciência dos descontos realizados. Crime configurado. Pena-base. Redução. Modificação do regime prisional. Possibilidade. Substituição por restritivas de direitos. Incabível (2011.002764-6) .605

### **Assistente de acusação**

Recurso da vítima. Ilegitimidade. Violência doméstica contra a mulher. Pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos. Possibilidade (2011.005252-2).....499

### **Cárcere privado**

Desclassificação *ex officio*. Constrangimento ilegal. Ausência de dolo quanto ao crime mais grave (2011.009806-1).....633

### **Carta precatória**

Depoimento colhido por áudio. Transcrição. Recusa do juiz. Princípio da economia processual. Prejuízo não demonstrado (2011.003479-9) .....553

### **Comutação da pena**

Crime equiparado a hediondo e crimes comuns. Cumprimento de 2/3 da pena do crime impeditivo. Preenchimento do requisito objetivo. Necessidade de análise do requisito subjetivo (2011.005414-8) ...583

### **Continuidade delitiva**

Delitos cometidos com violência e grave ameaça a vítimas diferentes. Fixação de 2/3 como parâmetro de aumento pela continuidade específica (2011.01920-9).....567

### **Direito de visita**

Autorização de visita ao presídio. Menores. Impossibilidade. Ausência de demonstração de vínculo de parentesco com o reeducando (2011.006487-1) .....586

### **Furto de energia elétrica**

Condenação fundada em prova pericial. Absolvição. Impossibilidade. Provas da autoria e materialidade (2011.003192-0).....613

### **Furto qualificado**

Exclusão da qualificadora do rompimento de obstáculo. Prova pericial. Presença de outros meios de prova. Impossibilidade (2010.032906-6/0001-00).....507

## **Habeas corpus**

Prisão preventiva. Revogação. Não acolhimento. Gravidade concreta dos fatos. Condições pessoais favoráveis. Irrelevância. Constrangimento ilegal inexistente. Ordem denegada (2011.002694-3).....548

Casa noturna. Morte de segurança. Prisão preventiva. Necessidade de garantia da aplicação da lei penal. Evasão do local dos fatos. Fundamentação inidônea. Ordem concedida (2011.008598-5).....589

Prisão em flagrante. Requisitos da prisão preventiva presentes. Portador de péssimos antecedentes criminais. Ordem denegada (2011.003506-9) .....556

## **Homicídio culposo**

Acidente de trânsito. Queda de carroceria de caminhonete. Imprudência não demonstrada. Dúvida quanto à culpabilidade (2011.006916-3) .....544

Acidente de trânsito. Culpa não evidenciada. Risco permitido. Atipicidade de fato. Absolvição (2011.004381-5).....616

## **Inserção de dados falsos em sistema de informações**

Guias de recolhimento. Multas. Detran. Autoria e materialidade comprovadas. Pena-base. Ausência de fundamentação. Circunstâncias judiciais negativas. Não ocorrência (2010.039182-3) .....595

## **Intimação**

Audiência de inquirição de testemunha. Não ocorrência. Nulidade relativa. Carta precatória. Absolvição. Negativa de autoria. Impossibilidade (2011.001522-5).....535

## **Mandado de Segurança**

Processo penal. Multa. Falta na audiência. Advogado. Abandono da causa. Não ocorrência. Ilegalidade da multa. Ordem concedida (2011.008203-7) .....626

## **Porte ilegal de arma do fogo**

Homicídio culposo. Princípio da consunção. Conduta do homicídio que absorve o crime de porte ilegal de arma de fogo. Pena-base. Culpabilidade (2008.012002-1).....561

## **Progressão de regime**

Progressão por salto. Tempo em que o condenado não esteve submetido às regras adequadas. Pena não cumprida (2011.013991-0).....503

## **Tráfico de entorpecente**

Associação para o tráfico. Possibilidade para um dos corréus pelo crime de tráfico. Reprimenda imposta no mínimo legal. Impossibilidade de redução. Eventualidade. Regime fechado (2011.002169-9).....494

Conduta privilegiada. Afastamento da hediondez. Inexistência de previsão legal. Estrangeiro. Decreto de expulsão. Irrelevância. Princípio constitucional da isonomia (2011.005261-8).....511

## **Tribunal do júri**

Homicídio qualificado. Anulação do julgamento. Decisão contrária à prova dos autos. Violenta emoção não caracterizada. Atenuante da confissão espontânea. Inexistência de confissão (2011.010622-7).....575