Revista Trimestral de Jurisprudência

TJMS

Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Ano 33 – n. 185
Julho a Setembro de 2012





Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul

Revista Trimestral de Jurisprudência

Ano 33 - n. 185 - Julho-Setembro de 2012

EXPEDIENTE

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Ano 33, n. 185

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. 185 (2012)- . - Campo Grande: Tribunal de Justiça, 2012 - .

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

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

CDD 340.68171

Elaboração

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

Capa

Departamento de Relações Públicas
Coordenadoria de Publicidade Institucional

Revisão

Léa Maria Freire Palhano Gonçalves

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

Diretoria

Presidente - Des. Hildebrando Coelho Neto

Vice-Presidente - Des. João Batista da Costa Marques

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

Tribunal Pleno (em ordem de antiguidade)

Des. Rubens Bergonzi Bossay

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Des. João Carlos Brandes Garcia

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

Des. Josué de Oliveira

Des. Joenildo de Sousa Chaves

Des. Atapoã da Costa Feliz

Des. Hildebrando Coelho Neto

Des. João Maria Lós

Des. Divoncir Schreiner Maran

Des. Paulo Alfeu Puccinelli

Des. João Batista da Costa Marques

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Des. Paschoal Carmello Leandro

Desª. Marilza Lúcia Fortes (*in memoriam*)

Des. Julizar Barbosa Trindade

Des. Romero Osme Dias Lopes

Des. Carlos Eduardo Contar

Des. Sérgio Fernandes Martins

Des. Sideni Soncini Pimentel

Des. Dorival Renato Pavan

Des. Vladimir Abreu da Silva

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Des. Dorival Moreira dos Santos

Des. Marco André Nogueira Hanson

Des. Manoel Mendes Carli

Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Des. Francisco Gerardo de Sousa

Des. Marcos José de Brito Rodrigues

SUMÁRIO

Doutrina

O BULLYING PARA A CRIMINOLOGIA

Giuliano Máximo Martins..... 007

A JUSTIÇA ITINERANTE COMO MODELO DE GESTÃO NO PODER JUDICIÁRIO

Luiza Vieira Sá de Figueiredo..... 021

Jurisprudência Cível..... 033

Jurisprudência Criminal..... 383

Noticiário..... 480

Índice Onomástico

Jurisprudência Cível..... 500

Jurisprudência Criminal 503

Índice de Assunto

Jurisprudência Cível..... 506

Jurisprudência Criminal 510

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

DOUTRINA

O *BULLYING* PARA A CRIMINOLOGIA

Giuliano Máximo Martins
Juiz de Direito TJMS
Pós graduado em Ciências Penais e em Processo Penal

Resumo: Os reflexos que o *bullying* pode ter para a criminologia, é o objeto do presente trabalho, dado que os atos de *bullying* podem ser considerados a porta de entrada para a delinquência e um estímulo para a prática de ilícitos. Baseado em estudos jurídicos e de as áreas relacionadas, o trabalho aborda todas as vertentes da criminologia, desde a dimensão do crime em si, do infrator, da vítima e as formas de controle social, sempre com a perspectiva de se controlar ao máximo a ocorrência de uma infração penal. Certo de que, embora o *bullying* não seja um delito autônomo, todos os atores envolvidos acabam por ter seu comportamento direcionado à repetição de delitos, destacando-se, portanto, a necessidade da prevenção em sobreposição à mera repressão.

Palavras-chave: Criminologia, *bullying*, reflexos, prevenção.

Abstract: The repercussions that bullying can have on criminology, this is the object of the present work, given that acts of bullying may be considered a gateway to crime and a stimulus to practice unlawful. Based on legal studies and related areas, the work covers all aspects of criminology, since the dimension of the crime itself, the offender, the victim and the forms of social control, always with the prospect of controlling the maximum occurrence of a criminal offense. Sure, although bullying is not an autonomous crime, all the actors involved end up having their behavior directed to the repetition of offenses, emphasizing thus the need to prevent overlapping with mere repression.

Keywords: Criminology, bullying, repercussions, prevention.

1. INTRODUÇÃO

O estudo terá como foco principal a análise dos reflexos que o *bullying* pode trazer para um diagnóstico de prevenção do crime e seu controle. Pretende-se analisar como o *bullying*, uma forma de agressão repetitiva ocorrida dentro de um determinado ambiente, pode desencadear a atuação do direito penal e quais serão suas consequências para a criminologia.

O exame dessa ofensa à vítima através do *bullying* dar-se-á sempre com base nos fundamentos básicos de criminologia, para se saber o alcance dos atos delituosos do *bullying* e, principalmente, tentar buscar soluções para essa conduta ofensiva, seja por meio da prevenção ou da repressão.

Logo, considerando-se que essas agressões repetidas a uma vítima determinada, dentro de um determinado ambiente, podem ser inseridas no âmbito penal, e que na maioria das vezes se trata de situações silenciosas, em que a vítima se omite ou retarda a sua comunicação, tem-se que esse fenômeno passa a importar para a criminologia, notadamente para se saber até que ponto os atos de *bullying* levam a um círculo vicioso.

Dentro do rol das possíveis condutas a serem praticados pelo praticante do *bullying*, o estudo abordará se essa atitude realmente constitui crime, e quais as razões e possíveis perspectivas para se combater, além de verificar todas as circunstâncias em todas as vertentes criminológicas do delito, do infrator, da vítima e do controle social.

Longe de estabelecer parâmetros definitivos sobre o assunto, objetiva-se particularizar as situações em que o *bullying* pode ser considerado infração penal, as relações que possui com o infrator e com a vítima, bem como as possíveis soluções a este problema, dentro de uma sociedade complexa e para se evitar o malfadado ciclo vicioso.

2. O *BULLYING* E A CRIMINOLOGIA

O presente trabalho tem por objeto analisar os atos de *bullying*, que podem ser considerados a porta de entrada para a delinquência e um estímulo para a prática de ilícitos, na vertente criminológica.

Os atos de *bullying* serão estudados sob o enfoque do delito em si, do infrator e da vítima, sempre com a perspectiva de se controlar ao máximo a ocorrência de uma infração penal, intervir na pessoa do infrator e avaliar os diferentes modelos de resposta ao crime (MOLINA; GOMES, 2010).

Daí a importância de se verificar se as condutas de *bullying* abrem espaço à prática de outras infrações penais, além de indicar a relação que existem com a prevenção de outros crimes (criminologia).

O estudo criminológico do assunto, contudo, depende do levantamento de dados bibliográficas e jurisprudenciais, além de materiais diversos da área pedagógica e psicológica, para se conseguir fazer a relação entre o *bullying*, da forma como é conhecido e entendido pela sociedade, com a criminologia jurídica.

Por não ser tarefa simples relacionar o *bullying* com a criminologia, notadamente por não existirem dados oficiais e seguros de sua ocorrência, tem-se que o exame inicial será identificar seus atos e particularizá-los no universo jurídico. Em seguida, fazer a contextualização com todas as vertentes criminológicas e buscar saber a razão da atuação do infrator, a reação ou omissão da vítima (a omissão gerará um círculo vicioso), se constitui crime ou não, sempre com o escopo de controlar sua ocorrência na sociedade.

Os noticiários jornalísticos dia-a-dia mostram fatos que mais se relacionam a esse ato e que assim não são reconhecidos pela imprensa. Daí a missão desse estudo jurídico de fazer a conexão desejada, ainda que sem a intenção de esgotar o tema.

Cabe destacar, desde logo, a premissa do estudo da criminologia, que não se baseia somente no aspecto técnico jurídico do direito penal. Vai além. Dada a comprovação de que o crime tem origens sociais e individuais, entrelaçadas entre si, a criminologia depende de outras áreas do conhecimento como a Biologia, a Psicologia, a Sociologia, além da Medicina Legal, Criminalística e Política, para fazer um exame completo e interdisciplinar do assunto.

Não basta a visão restrita da técnica jurídica para explicar o fenômeno do *bullying*. O direito penal é um dos instrumentos de controle social da infração, o mais grave e ofensivo, porém olvida diversas circunstâncias que estão relacionadas ao crime, como a família do agressor, o meio social em que vive e as oportunidades que lhe foram concedidas, além do seu caráter e vivências particulares.

E o assunto é tão importante para a criminologia que outras áreas do direito já vem reconhecendo aos praticantes de *bullying* responsabilidade extrapenal, a maioria delas por indenização por danos morais.

Tais precedentes, a bem da verdade, estimulam uma abordagem criminológica do tema, ainda mais porque envolvem particularidades do infrator, da vítima e de todo o contexto em que ocorrem. É de se conferir, a propósito, os seguintes julgamentos, em que se reconhecem responsabilidades para a escola onde o infrator estuda, para os pais do infrator e para o Município, mantenedor da escola, *in verbis*:

> "ABALOS PSICOLÓGICOS DECORRENTES DE VIOLÊNCIA ESCOLAR - BULLYING - OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA. (...) Na espécie, restou demonstrado nos autos que o recorrente sofreu agressões físicas e verbais de alguns colegas de turma que iam muito além de pequenos atritos entre crianças daquela idade, no interior do estabelecimento do réu, durante todo o ano letivo de 2005. É certo que tais agressões, por si só, configuram dano moral cuja responsabilidade de indenização seria do Colégio em razão de sua responsabilidade objetiva. Com efeito, o Colégio réu tomou algumas medidas na tentativa de contornar a situação, contudo, tais providências foram inócuas para solucionar o problema, tendo em vista que as agressões se perpetuaram pelo ano letivo. Talvez porque o estabelecimento de ensino apelado não atentou para o papel da escola como instrumento de inclusão social, sobretudo no caso de crianças tidas como "diferentes". Nesse ponto, vale registrar que o ingresso no mundo adulto requer a apropriação de conhecimentos socialmente produzidos. A interiorização de tais conhecimentos e experiências vividas se processa, primeiro, no interior da família e do grupo em que este indivíduo se insere, e, depois, em instituições como a escola. No dizer de Helder Baruffi, "Neste processo de socialização ou de inserção do indivíduo na sociedade, a educação tem papel estratégico, principalmente na construção da cidadania." (TJ-DFT - Ap. Civ. 2006.03.1.008331-2 - Rel. Des. Waldir Leôncio Júnior - Julg. em 7-8-2008)."

> "RESPONSABILIDADE DO ESTADO. O Município é responsável por danos sofridos por aluno, decorrentes de mau comportamento de outro aluno, durante o período de aulas de escola municipal. O descaso com que atendido o autor quando procurou receber tratamento para sua filha se constitui em dano moral que deve ser indenizado. (TJ-SP – Ap. 7109185000 – Rel. Des. Barreto Fonseca – Julg. em 11-8-2008)"

> "AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - COMUNIDADE VIRTUAL DO ORKUT - MENSAGENS DEPRECIATIVAS A PROFESSOR - RESPONSABILIDADE DOS PAIS. Os danos morais causados por divulgação, em comunidade virtual – orkut – de mensagens depreciativas, denegrindo a imagem de professor – identificado por nome –, mediante linguagem chula e de baixo calão, e com ameaças de depredação a seu patrimônio, devem ser ressarcidos. Incumbe aos pais, por dever legal de vigilância, a responsabilidade pelos ilícitos cometidos por filhos incapazes sob sua guarda. (TJ-RO – Acórdão COAD 126721 - Ap. Civ. 100.007.2006.011349-2 – Rel. Convocado Juiz Edenir Sebastião Albuquerque da Rosa – Public. em 19-9-2008)."

Por isso, a abordagem interdisciplinar por meio da criminologia consegue chegar a um resultado mais profundo, coerente com a realidade, e que pode trazer resultados mais seguros para eventual controle social do crime.

Pretende a criminologia conhecer a realidade para explicá-la, diversamente do direito penal, que valora, ordena e orienta a realidade com o apoio de critérios axiológicos. O método de estudo da criminologia é empírico, interdisciplinar e indutivo, enquanto o tradicional método do direito penal é lógico-dedutivo, com premissas normativas e valorativas (SHECAIRA, 2011).

Indicada, portanto, a amplitude do estudo e os objetivos principais da pesquisa, necessária uma abordagem criteriosa do *bullying*.

3. O CONCEITO DE *BULLYING*

Nos dias de hoje, o *bullying* vem ganhando destaque na imprensa nacional, com a demonstração de diversos casos em que as agressões repetitivas praticadas em um determinado ambiente têm afetado as vítimas. Trata-se de forma de agressão estudada há não muito tempo, e que já vem ganhando força, tendo em vista que diversos projetos para seu controle são apresentados diariamente, principalmente no universo escolar.

A exata origem do *bullying* não é possível determinar. É consenso entre os pesquisadores que o *bullying* sempre existiu, mas começou a ser estudado somente na década de 1970 com o professor Norueguês Dan Olweus.

Não existe uma tradução exata para compreensão do termo *bullying*. Fante (2005), estudiosa do assunto, destaca que se trata de uma palavra de origem inglesa, adotada em muitos países, inclusive no Brasil, para definir o desejo consciente e deliberado de maltratar outra pessoa e colocá-la sob tensão.

Ainda, Calhau (2011, p. 6) cita que o *bullying* é "um assédio moral, com atos de desprezar, denegrir, violentar, agredir, destruir a estrutura psíquica de outra pessoa sem motivação alguma e de forma repetida."

Alguns critérios podem ser utilizados para diferenciar o *bullying* de outros atos que podem ser praticados por um indivíduo. De plano, é possível afirmar que o *bullying* não corresponde imediatamente a uma conduta criminosa ou a um ato infracional. Como mencionado no conceito supracitado, o *bullying* pressupõe uma conduta de demonstração de poder, força, autoridade, que acontece de maneira repetida contra a vítima, em um determinado ambiente. Existem ações que se prolongam no decorrer do tempo, há um desequilíbrio de poder, dificultando a defesa da vítima e uma ausência clara de motivos (FANTE, 2008).

Vários são os atos que podem caracterizar o bullying, segundo a Associação Brasileira Multiprofissional de Proteção à Infância e Adolescência – ABRAPIA, que vão desde colocar apelidos, ofender, zoar, gozar, encarnar, sacanear, humilhar, fazer sofrer, discriminar, excluir, isolar, ignorar, intimidar, perseguir, assediar, aterrorizar, amedrontar, tiranizar, dominar, agredir, bater, até empurrar, chutar, ferir, roubar e quebrar pertences.

É necessário estabelecer o conceito e diferenciar o *bullying* de outras condutas que com ele se relacionam direta ou indiretamente. Muitos profissionais, quando se deparam com uma situação de *bullying*, nem sempre sabem diferenciar e determinar o alcance do ato praticado e acabam por confundir com outros atos que estão inseridos no contexto de *bullying*, surgindo aí o primeiro grande equívoco manifestado no sentido de que todo *bullying* seria caso de polícia. Não é. Tampouco é o *bullying* mero ato infracional ou mesmo indisciplina, como abaixo melhor será determinado.

3.1. A RELAÇÃO COM A INFRAÇÃO PENAL OU ATO INFRACIONAL

Pode sim o *bullying* vir a ser caracterizado como infração penal ou ato infracional, desde que essas condutas venham a atingir os bens jurídicos protegidos pela norma de natureza penal e, claro, que a violação seja clara em uma das condutas realizadas pelo *bully* (agressor).

Uma situação, todavia, deve ficar transparente nesta etapa do raciocínio. O *bullying* tem como pressuposto o decurso de atos durante um certo lapso temporal, com a finalidade de se provocar uma tensão e esvaziar a reação da vítima. A infração penal sempre vai se preocupar com uma conduta determinada, dado que não existe um tipo penal que preveja o *bullying* como crime habitual[1].

1 Crime habitual é aquele que acontece de maneira reiterada e que a conduta criminosa é considerada em seu todo e não apenas em uma das condutas, as quais isoladamente são indiferentes para o direito penal. Segundo Greco (2008) "é o delito em virtude do qual se exige um comportamento reiterado, necessário à sua configuração (ex: art. 284 do CP)".

Se for possível separar uma das condutas prolongadas no tempo do *bullying* para verificar que ela, em si e isoladamente, constitui infração penal, aí sim ter-se-á a situação em que o ato *bullying* será considerado criminoso. Se o ato de *bullying*, normalmente caracterizado por sua violência silenciosa, vier a transpor as barreiras normativas do direito repressor, daí sim o infrator estará sujeito às regras próprias de punição de direito penal. Deverá o agressor responder por aquele ato ou conjunto de atos claramente isolados na perspectiva do *bullying*, por ser este um preceito importante na seara processual penal[2].

Exemplo dessa situação está na agressão. Imaginem um determinado ambiente social (clube para prática esportiva), onde um sujeito é sempre alvo de agressões físicas e repetitivas por parte de outros sócios, como forma de humilhá-lo ou colocá-lo em situação desfavorável perante a comunidade que frequentam. É um caso típico de *bullying,* que deve ser examinado em todo o contexto. A partir do momento em que uma das agressões chega a ofender a integridade corporal da vítima, com um corte do supercílio, tem-se que este ato isolado no contexto do *bullying* configura o crime de lesão corporal dolosa, tipificado no art. 129 do Código Penal Brasileiro.

O *bullying* pode gerar atos criminosos, ou posteriores de violência criminosa, ou mesmo reações ilícitas por parte da vítima, mas os conceitos não se confundem e devem ser separados para o estudo escorreito no campo da criminologia.

3.2. A RELAÇÃO COM ATOS DE INDISCIPLINA

Também o *bullying* não deve se confundir com a indisciplina, ainda mais quando praticado no âmbito escolar. O ato de indisciplina ofende uma das normas de conduta interna do estabelecimento escolar e deve, se for o caso, ter medidas reparatórias próprias, seja por meio do regimento interno da unidade, seja por estatuto legal. A indisciplina é examinada e processada dentro do âmbito administrativo e, eventualmente, pode ter alguma relação com o *bullying*.

Vale neste tópico o mesmo cuidado quando foi abordada a questão da conduta criminosa. A indisciplina pode ter como uma de suas causas alguma conduta de *bullying* que vem perdurando no tempo, mas sua apuração depende da individualização da conduta, até mesmo para que proporcione a defesa adequada da pessoa que a comete.

Dentro deste raciocínio, tem-se que o *bullying* pode se relacionar com o crime, isto é, uma ou mais das condutas do *bullying* pode sim gerar consequências penais. Daí a importância de se estudar o assunto nas quatro vertentes da criminologia: do delito, do infrator, da vítima e do controle social.

4. VERTENTES CRIMINOLÓGICAS

A criminologia, dada a sua complexidade e envolvimento com várias áreas do conhecimento, não se contenta com o aspecto jurídico de um delito. Preocupa-se sim com todo o escorço histórico daquele ato, sendo relevante ainda a motivação do infrator e a reação da vítima.

Sua função primeira é a de controlar a ocorrência de uma infração penal, com possibilidade de avaliação de diferentes modelos de resposta ao crime. Traz ainda a perspectiva do infrator, com todas as nuances individuais, e a vítima (MOLINA; GOMES, 2010).

2 No direito processual penal penal, a regra é que a peça acusatória contenha a exposição fática do ilícito mencionado, com todas as suas circunstâncias (Código de Processo Penal, art. 41). O réu se defende dos fatos a ele imputados, tanto que o juiz poderá atribuir definição jurídica diversa da indicada na denúncia ou queixa-crime, ainda que tenha que aplicar pena mais grave, desde que provado o fato narrado pela parte acusadora (Código de Processo Penal, art. 383). É o instituto da *emendatio libelli*, que, de acordo com Nucci (2008), "é promover o juízo de tipicidade, isto é, adequar o fato ocorrido ao modelo legal de conduta".

Daí a importância da criminologia para diversos ramos, como para a Política Criminal, como forma de engendrar modelos e meios de segurança pública, para o Poder Legislativo, sugerindo a maneira e os fatos relevantes para elevação à condição de infração penal, e para o campo jurídico, trazendo explicações relevantes e reais para um ato que é analisado individualmente e separadamente do histórico.

Essa a razão da separação do estudo da criminologia do *bullying* em quatro vertentes, o delito, o infrator, a vítima e o controle social da infração, as principais e mais estudadas, indicando em cada uma delas toda a relação que a criminologia tem com esse ato ainda pouco debatido no contexto brasileiro.

4.1. O DELITO

Para a criminologia, em sua vertente delitiva, o crime não é analisado restritamente, sob o prisma da legalidade e da segurança jurídica, como uma ação típica, ilícita e culpável[3]. É encarado como um problema social, uma quebra das regras sociais que abala o escorreito andar da comunidade. A visão criminológica do delito traz abordagens empíricas, reais e dinâmicas (MOLINA; GOMES, 2010).

Não existe consenso na teoria criminológica sobre um conceito sociológico ou explicativo do delito. Shecaira (2011), em detalhado estudo, traz os quatro aspectos principais do delito para a criminologia: a incidência massiva da população, incidência aflitiva, persistência espaço-temporal e inequívoco consenso a respeito de sua etiologia e técnicas eficazes de combate. Por incidência massiva deve-se entender como a reiteração perante a sociedade e por incidência aflitiva a existência de um resultado doloroso, seja à vítima, seja à sociedade. A persistência espaço-temporal está relacionada com o cometimento do fato por todo o território nacional e não de maneira isolada, e por um certo período de tempo. Ao final, tem-se o consenso da realidade quanto à necessidade da conduta vir a ser considerada criminosa.

Na seara criminológica, portanto, o *bullying* pode vir a ser considerado crime, mas ainda não existe um tipo penal que o eleve à condição de infração penal. O que se poderia imputar como ofensivo a algum bem jurídico, diagnosticável como crime, seria apenas umas das condutas integrantes do *bullying*, sempre analisada de maneira isolada, dada a necessidade de indicar um fato exato ao infrator para que ele se defenda no processo penal. Uma injúria, uma ameaça ou mesmo uma lesão corporal, fatos que podem integrar a ampla conduta do *bullying,* estão tipificados na legislação penal e podem levar o infrator a sofrer suas consequências.

Certo é que o *bullying* preenche parte dos requisitos para ser considerado como crime na vertente da criminologia. Sua ocorrência gera dor na vítima, moral ou física; tem incidência por toda a sociedade, em todas as regiões, e perdura durante um certo lapso temporal. Resta saber se é necessária sua tipificação ou se outros meios de solução de conflito são mais aptos ao problema.

Na Câmara dos Deputados, tramitam alguns projetos de lei sobre o tema, sendo que um deles, sob o n. 1011/2011, de autoria do Deputado Federal Fábio Faria (PMN/RN)[4], tipifica o *bullying* como crime contra a honra. A fundamentação do aludido projeto está exatamente na necessidade de se incluir no arcabouço jurídico uma proteção maior às vítimas de *bullying* e uma punição específica.

3 Para a teoria tripartite do direito penal, entre os quais se encontram os causalistas e finalistas, o crime é conceituado como fato típico antijurídico e culpável. Ainda na visão tripartite está a corrente constitucionalista, em que o crime é constituído de fato típico, antijurídico e culpável. Alguns finalistas ainda admitem o crime de maneira bipartite, ou seja, como fato típico e antijurídico ou típico e culpável. Enfim, existe ainda uma abordagem quadripartite do direito penal, defendendo o crime como fato típico, antijurídico, culpável e punível. (NUCCI, 2006).

4 http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=498107, acessado em 19.02.2012.

De outro turno, Sá (2010), trabalhando a questão da delinquência juvenil, defende que a prevenção é a chave mestra para redução dos atos infracionais. Faz alusão a três níveis de prevenção[5], cada qual responsável pela diminuição ou contenção de novos atos ilícitos.

Fante (2005), em tom semelhante, traz a questão da prevenção como primordial em casos de *bullying,* destacando que se trata de conduta arraigada no momento histórico, e que compete a cada entidade ou pessoa envolvida a responsabilidade de reparar o dano e não negar esforços para combater novos atos.

> "Mas não se trata de assunto que possa ser solucionado só com a intervenção do judiciário (da Justiça). Estamos diante de um problema social muito grave, que está a requerer a intervenção de muitos profissionais (solução multidisciplinar). E talvez também aqui a mediação possa dar uma enorme contribuição, buscando uma solução para cada problema com a intervenção de todas as pessoas envolvidas: os protagonistas do *bullying* (agressor e agredido), os pais, os professores, diretores da escola, funcionários etc." (GOMES, 2010).

Percebe-se, pois, que os pensadores trazem diversas soluções ao problema. A vinculação do *bullying* com o crime, definindo critérios para uma inédita conduta criminosa não possui respaldo na moderna criminologia e política criminal. O pensamento de que o comportamento do *bullying* vai ter fim com sua criminalização não corresponde a uma verdade.

Os punitivistas, alçados a esta categoria principalmente pelo Movimento Lei e Ordem, não tiveram sucesso ao longo da história, razão pela qual ficou comprovado que a teoria vingativa, que é punir pela falta cometida, perdeu credibilidade, dada a não redução dos índices criminais (BIANCHINI, 2011).

Melhor seria pensar na repressão como última instância, procurando outras formas de conter a conduta do *bullying*. A fragmentariedade do direito penal é exatamente separar os bens jurídicos mais importantes, sempre com caráter axiológico do momento histórico vivido, e inserir no rol das infrações penais para sua proteção.

Nessa linha é que a punição de eventual conduta isolada do *bullying* dentro de todo o contexto de sobreposição do agressor sobre a vítima basta para o fim específico do direito penal. Inovar a legislação para tipificar a conduta criminosa do *bullying* não evitará sua ocorrência, nem tampouco mostrará aos agressores o quão deletéria sua conduta é para as vítimas.

Por derradeiro, é possível concluir que um ato de *bullying*, inserido em um contexto fático de repetição, pode vir a ser considerado crime, desde que esse ato particular ofenda uma norma penal vigente no ordenamento jurídico. Daí a relação direta que se faz entre o *bullying* e o direito penal, notadamente o delito.

Não bastasse, foi explanada, ainda, a discussão sobre a necessidade ou não de se criminalizar o *bullying*. A despeito da posição de alguns parlamentares, que inclusive já propuseram a inclusão do *bullying* no rol de delitos puníveis no país, os estudiosos do tema acabam por apontar como solução o conhecimento e a prevenção, sob o argumento de que a punição, além de não se embasar nos mais atuais fundamentos de política criminal, acaba por não cessar a continuação de seus atos.

4.2. O INFRATOR

Como segunda vertente, será examinada a situação do infrator. Dependendo da época em que o criminoso ou infrator é examinado, sua perspectiva se altera. Ora é visto como um pecador por quebrar um

5 A prevenção primária está relacionada à garantia e fomento dos direitos básicos do cidadão, como saúde, liberdade, dignidade, educação, convivência familiar e comunitária, esporte, lazer, profissionalização e proteção no trabalho. A secundária, por seu turno, destina-se às famílias, casais, ou grupos de indivíduos mais sujeitos aos fatores que propiciam o desenvolvimento da delinquencia. Em remate, tendo por escopo reduzir ou extinguir os efeitos perniciosos que traz para o indivíduo a sua experiência com a conduta delinquent e com o confinamento em instituições está a prevenção terciária.

pacto feito por todos os homens, ora como um prisioneiro de sua própria patologia ou de causas alheias (determinismo) e ora como um ser inferior, incapaz de gerir sua própria vida.

Atualmente, não se aceita uma resposta precisa sobre o delinquente. É ele um homem real e histórico no tempo, um ser enigmático, complexo, que pode ser torpe ou genial, herói ou miserável (MOLINA; GOMES, 2010), e que pode sofrer influências do meio em que vive (SHECAIRA, 2011).

Trazendo o foco para o *bullying*, tem-se que o agressor assume as mesmas características de um delinquente, sendo inviável a singela explicação da razão pelo cometimento do ato. Um ponto eles possuem em comum, o desrespeito de regras sociais, sejam elas escritas (normas constitucionais ou legais) ou não (noções de ética e cidadania).

No campo sociológico, esse desrespeito primário pode seriamente interferir em futuras condutas porque o agente do *bullying* não está com as limitações dos controles formais e informais da sociedade. Controles formais são aqueles institucionalizados e realizados pelo Estado com coerção, como a polícia, o sistema prisional, o Judiciário, enquanto informais são os controles exercidos pelo meio familiar, escola, religião, sem a necessidade de uma imposição de uma sanção privativa de liberdade (CALHAU, 2011).

O indivíduo que não se sujeita ao controle informal, notadamente pela família, acaba perdendo a noção da existência de limites, gerando maiores e mais profundas preocupações ao controle formal. Uma das primeiras escolas sociológicas do crime, a Escola de Chicago, iniciada nas décadas de 20 e 30, trabalhou a questão do controle informal e o índice de desorganização social.

> "A teoria ecológica explica este efeito criminógeno da grande cidade, valendo-se dos conceitos de desorganização e contágio inerentes aos modernos núcleos urbanos e, sobretudo, invocando o debilitamento do controle social nestes núcleos. A deterioração dos 'grupos primários' (família, etc.), a modificação 'qualitativa' das relações interpessoais que se tornam superficiais, a alta mobilidade, e a consequente perda de raízes no lugar de residência, a crise dos valores tradicionais e familiares, a superpopulação, a tentadora proximidade às áreas comerciais e industriais onde se acumula a riqueza e o citado enfraquecimento do controle social criam um meio desorganizado e criminógeno." (MOLINA; GOMES, 2010, p. 284).

Embora a moderna teoria 'ecológica' formulada pela Escola de Chicago receba críticas de não trazer uma abrangência a todas as formas de sociedade, traz interessante relação com a ausência de controles informais e o cometimento de atos ilícitos.

Ainda no campo criminológico, outra teoria, a da subcultura delinquente, procura explicar o cometimento do crime. Para esse grupo de estudiosos, existem culturas dentro de culturas, denominadas subculturas. Elas aceitam certos aspectos do sistema de valores predominantes, mas expressam sentimentos e crenças exclusivos do grupo. A subcultura delinquente está calcada em um comportamento de agressão impregnado nos costumes da sociedade.

Shecaira (2011) dá como exemplo de subcultura delinquente a prática do *bullying*, cuja prática de comportamentos negativos traz sérias consequências aos indivíduos em geral, destacando que os menos capazes e de pior conduta, geralmente de lares problemáticos com baixa autoestima, têm mais probabilidade de cometimento de delitos que aqueles com melhor rendimento acadêmico e bem integrados ao meio escolar e familiar.

A bem da verdade, essas teorias da criminologia moderna não podem ser vistas de maneira isolada e em um determinado contexto histórico. Muito pelo contrário, tratam-se de explicações no campo das humanidades, sem precisão do campo das exatas, mas com necessidade de traços científicos. Daí a defesa da interdisciplinariedade para caracterização do fenômeno do crime (CARVALHO, 2008).

Dentro deste raciocínio, tem-se que não se mostra possível definir e prever as condutas do agressor que comete o *bullying*. Não obstante, diante da quebra dos valores básicos de cidadania dentro de um determinado grupo e realidade histórica, acoplado ao não funcionamento dos controles sociais informais pelo período da formação do caráter do sujeito (destacando a adolescência), tem-se que sua propensão ao cometimento de novos delitos é maior. Problemas particulares de ordem psicológica não são olvidados neste momento, porém sociologicamente o sujeito não terá a noção de limites, sendo que mais facilmente quebrará as regras sociais (criminais) e se sujeitará à repressão estatal.

4.3. A VÍTIMA

A vítima, terceira vertente do estudo criminológico, está intrinsecamente relacionada com o infrator. Sempre que houver um agressor, um valentão (*bully*), haverá uma pessoa que sofrerá com as consequências daquela conduta de demonstração de força e superioridade. É a vítima que recebe toda a carga negativa do *bullying* e que acaba por expressar reações das mais diversas frente ao ato vexatório e difamante.

Ao longo da história da humanidade, o papel da vítima teve grande alteração de significado. Nos primórdios, a manifestação da vítima não era apenas fundamental, mas a sociedade reagia de acordo com a vontade da vítima em uma determinada situação. Com o passar pela Idade Média e a alteração do sistema inquisitivo para acusatório, o Estado passou a chamar a responsabilidade para o fato delituoso, tendo a vítima seu poder neutralizado. Em um terceiro momento, a vítima volta a ter valorização no sistema judiciário, as legislações recentes passam a prever que sua oitiva e manifestação é essencial para o funcionamento de direitos e garantias (MOLINA; GOMES, 2010).

Partindo da premissa de que os atos de *bullying* traduzem a intenção de dominação do agressor frente à vítima, as quais, frágeis, no mais das vezes, preferem permanecer em silêncio, sem que a situações vexatórias apareçam publicamente, suas condutas acabam se tornando um ciclo vicioso. O silêncio é comum e evita que os demais tomem conhecimento do ato agressivo.

A manifestação da vítima pode ser o silêncio, o retraimento, com diversos efeitos psicológicos e sociais, até mesmo de desenvolvimento e formação de caráter, ou então a reprodução dos atos de violência, como forma de continuidade dos atos nocivos recebidos.

Fante e Pedra (2008) apontam que o estresse é responsável por cerca de 80% das doenças da atualidade, pelo rebaixamento da resistência imunológica e sintomas psicossomáticos diversificados, principalmente próximos ao horário de ir para a escola, como dores de cabeça, tonturas, náuseas, ânsia e vômito, dor no estômago, diarreia, enurese, sudorese, febre, taquicardia, tensão, dores musculares, excesso de sono ou insônia, pesadelos, perdas ou aumento de apetite, dores generalizadas, entre outras. Casos mais graves geram até mesmo o suicídio.

> "O fenômeno do *bullying* estimula a delinquência e induz a outras formas de violência explícita, produzindo, em larga escala, cidadãos estressados, deprimidos, com baixa autoestima, capacidade de autoaceitação e resistência à frustação, reduzida capacidade de autoafirmação e de autoexpressão, além de propiciar o desenvolvimento de sintomatologias de estresse, de doenças psicossomáticas, de transtornos mentais e de psicopatologias graves. Tem, como agravante, interferência drástica no processo de aprendizagem e de socialização, que estende suas consequências para o resto da vida, podendo chegar a um desfecho trágico. Em situações de ataques mais violentos, contínuos e que causem graves danos emocionais, a vítima pode até cometer suicídio ou praticar atos de extrema violência." (CALHAU, 2011, p. 94-95).

Cabe, ainda, a citação de um estudo de afetação da conduta do infrator. Trata-se do experimento do psicólogo Albert Bandura denominado "Bobo Doll Experiment" sobre a aprendizagem observacional de comportamentos agressivos em crianças. De acordo com o estudo, sinteticamente, as crianças tendem a repetir atos agressivos que elas presenciaram. Estudos e experimentos subsequentes demonstraram que as pessoas aprendem uma variedade de reações novas só de percebê-las em outras.

Daí a conclusão de que os seres humanos aprendem observando e, dentre os vários efeitos detectáveis, está a relação que a vítima fará do ato de *bullying* contra ela praticado com o reforço ou enfraquecimento da inibição. Ou seja, sofrer um ato desses poderá acabar por fazer com que ela não pratique algo semelhante ou, então, estimulá-la à continuação dos atos. É o que, com acuidade, expõe Lélio Braga Calhau:

> "Vítimas e espectadores, submetidos a atos de bullying, comportamento social desviante (podendo até ser criminoso quando envolvem adultos) adquirem um novo modelo de comportamento pela observação do comportamento de outros. Esse modelo de comportamento do bullying não necessita ser reforçado. Elas passam a internalizar que tal conduta é 'permitida', mesmo sendo efetivamente desviante, e que tais ações de exploração do mais fraco, do diferente, do deficiente físico são válidas para o seu grupo." (CALHAU, 2008)

Conclui o jurista que o experimento de Albert Bandura comprova a capacidade de aprendizagem apenas com a mera observação. E, em se tratando de *bullying*, isso se aplica para todos os envolvidos, inclusive vítima e espectadores, que acabam internalizando esse padrão de comportamento.

Acrescenta Shecaira (2011) que situação inversa pode ocorrer. A vítima do *bullying* acaba por inculpar-se e a desvalorizar sua autoimagem, daí que a perda da autoestima, o sentimento de insegurança, a personalidade humilhada levam o indivíduo a associarem-se em grupos de proteção, que compensarão o assédio escolar com uma reação muitas vezes violenta. Surgem aí as gangues.

É de se perceber claramente que a vítima está no rol dos envolvidos no *bullying* que maior destaque possui. A ocorrência do *bullying* lhe é particularmente lembrada pelo resto da vida. Seu estudo e de suas reações são a base para a criminologia moderna, notadamente no campo da prevenção. Algumas se omitem, outras se revoltam, e a maioria sofre as condutas danosas sem perceber que se trata do *bullying*. Somente com a sequência de atos é que despertam para a realidade. Pode ter sido tarde. Por isso a importância do presente estudo para difundir o *bullying* e sublinhar os mais variados aspectos, a ponto dos envolvidos perceberem os atos e evitar o cometimento.

> "A vítima de *bullying* é acometida por diversos problemas de cunho social e psicológico, capazes de provocar reações violentas e práticas de crimes. Recentemente, esse fenômeno tem sido apontado como o principal fato gerador de tragédias em escolas de todo o mundo, inclusive no Brasil. Os agressores, responsáveis pela morte de professores e alunos, apresentam em seu perfil um ponto em comum: foram vítimas de *bullying*." (SOARES, 2011).

Ao lado da vítima, contudo, existe ainda a figura do espectador passivo ou da testemunha silenciosa. Algumas se incluem no rol de vítimas porque de uma forma ou outra acabam por sofrer o ato difamador, porém outras são consideradas simplesmente testemunhas. A grande maioria não concorda com as agressões, mas prefere ficar em silêncio, com medo de ser eleita a próxima vítima (CALHAU, 2011).

Estudar a vítima e deixar de lado o espectador do *bullying* é permitir que essa conduta se espalhe e dissemine toda a sociedade. Se a vítima é importante para a criminologia, também o é o espectador que vê a conduta de *bullying* e acaba por não se manifestar. É uma testemunha silenciosa, amedrontada, que não faz questão de indicar os infratores, com receio de vir a ser escolhida.

Porém, no campo da criminologia, essa testemunha espectadora, passiva, sem reação para denunciar o *bullying* acaba por com ele concordar e reproduzir seus atos, ou então dele discordar para que o infrator cesse sua conduta ofensiva. Recebe, na verdade, carga parecida com a da vítima, mas sua determinação e reação podem ser diferentes. Se não reagir voltar-se-á o ciclo vicioso do *bullying*, situação não desejada pelas partes.

A importância em seu estudar a vítima dentro da criminologia está exatamente em se tentar determinar qual será sua reação ou comportamento após sofrer o *bullying*. O que se mostra primordial é o reconhecimento de ser vítima de *bullying*. A partir daí ela poderá levar consigo o silêncio do ato, com sérias influências no campo da psicologia de sofrimento moral e dor íntima, ou então extravasar sua particular angústia com novos atos, só que desta vez na condição de infrator, fazendo com que a cadeia viciosa no *bullying* não cesse.

Percebe-se, pois, que a vitimologia, como um ramo destacado da criminologia, pode muito contribuir para a cessação de novos atos ilícitos. Detectado o *bullying* e trabalhada a questão individual da vítima poder-se-á fazer com que essa vítima não venha a sofrer novas ações e não perpetue o *bullying*, passando a outros o que não desejou para si, como uma forma de manutenção do poder.

4.4. CONTROLE SOCIAL DA INFRAÇÃO

Ao final, como última vertente criminológica, está o controle social da infração. Em outras palavras, busca-se saber qual a melhor forma de controlar as ações de *bullying*, se pela prevenção ou através da repressão.

No primeiro tópico, onde foi abordado o delito em si, foi defendida a opinião de que a repressão penal para o *bullying* não se apresenta como a melhor solução para o ilícito que foi cometido. Ora, se não se chegou à conclusão de que uma nova infração penal poderia ao menos reduzir a prática do *bullying* é porque a prevenção ganhou destaque no momento histórico.

Dentre os autores que se debruçaram sobre o assunto, Calhau (2011) chega a sugerir propostas de projetos de combate ao *bullying,* como cartilhas e vídeos, além de detalhar que o trabalho preventivo é a melhor medida a ser tomada. Shecaira (2011, p. 268) também é enfático ao defender que "não se recomenda enfrentar tal tipo de atividade com a persecução criminal, mas por meio de medidas preventivas e de acompanhamento no âmbito das escolas".

A base para as ações preventivas, contudo, deve ser a do exercício pleno da cidadania, com destaque ao respeito ao direito alheio e com a particularidade de viver dignamente (DIMENSTEIN, 2009). Ter a cidadania garantida nada mais é do que o direito de ter direitos, e principalmente ter ciência dos direitos existentes.

Quando se fala em *bullying*, tem-se uma necessidade de imposição de uma força, de maneira repetitiva, dentro de um determinado ambiente. Existem as figuras do agressor, das vítimas e eventualmente dos espectadores. O locais de ocorrência são variados e as formas de agressões também. Logo, de pronto, é cabível a assertiva de que o ato inicial deve ser o reconhecimento do *bullying*.

Não é possível combater ou evitar algo que não se sabe o que é. Aí está a primeira barreira para se tratar do controle social deste ato agressivo. Descoberta a conduta ofensiva, o próximo passo é tratar a questão da prevenção, buscar através de projetos que a conduta não se prolifere. O meio mais eficiente é trazer todos os envolvidos em um debate franco, para romper com um modelo de resolução de conflitos.

Melhor seria tratar do problema na raiz, no local onde o *bullying* é cometido, evitando-se a via repressora (Justiça). Isso porque a efetividade será maior, pondo um fim no conflito existente e reconstruindo a realidade. Isso não quer dizer que casos de *bullying* deixarão de ser apreciados pelo Poder Judiciário. Eles serão analisados, quando a legislação pátria deve ser aplicada, com o maior rigor se necessário. Porém, quando se movimenta a máquina estatal repressora, ciente estará a população de que a pena não servirá para por fim ao *bullying,* mas apenas para penalizar uma dada situação.

> "O profissional do Direito (juiz de direito, promotor de justiça, advogado ou delegado de polícia), ao deparar com um problema de *bullying*, deve estar aberto a todas alternativas possíveis que possam ser colocadas para a solução do problema. Não é o princípio de autoridade, por si só, que poderá acabar com essas ocorrências num determinado ambiente escolar. Mente aberta para todas as possibilidades de solução do conflito e interação com os alunos do meio escolar. Sem a participação efetiva dos estudantes na *reconstrução* da situação problemática, a resposta imposta pode ser temporária e não resolver o problema das vítimas. Uma resposta imposta do meio externo tende a não ser aceita pelos estudantes em médio prazo." (CALHAU, 2008).

Cabe aqui até mesmo a menção de que a Justiça Restaurativa, fincada em preceitos de resolução mediadora de conflito, com participação de todos os envolvidos, pode servir para controle social do *bullying*, encerrando com o círculo vicioso. Privilegia a Justiça Restaurativa o encontro entre as ações particulares e coletivas, procurando corrigir as consequências vivenciadas em razão de uma infração, a resolução do conflito ou a reconciliação das partes (PALLAMOLLA, 2009).

Diante da realidade narrada é possível concluir que a repressão não se mostra o caminho mais adequado para seu controle social. A punição por si não levará ao fim do ciclo existente na sociedade. O trabalho, ao contrário, deve ter foco na prevenção, na educação e formação de cidadãos com olhos para a perspectiva de que o *bullying* é um ato negativo na sociedade brasileira. A compreensão da complexidade do tema e a sensibilidade das pessoas envolvidas fará com que a questão não seja tratada como uma mera infração, um erro, uma brincadeira de mal gosto, mas como algo sério, com capacidade de ser reproduzido no tempo pelas vítimas e demais espectadores.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O *bullying*, da forma como é concebido e reconhecido pela sociedade, deve ser estudado e difundido, exatamente para se evitar a continuidade de seus atos negativos principalmente para as vítimas.

Para a criminologia, cujas funções são de explicar e prevenir o crime, intervir na pessoa do infrator e avaliar os diferentes modelos de resposta ao crime (MOLINA; GOMES, 2010), o *bullying* deve ser reconhecido não como um crime isolado, o que pode até ocorrer em uma ou mais de suas condutas, mas como condutas negativas para a sociedade que pode levar à perpetração de novos crimes.

Está comprovado que o infrator, dada a sua necessidade de demonstração de superioridade, aliada a uma falta de senso de cidadania, acaba por ter mais tendência ao cometimento de novos crimes. Essa relação está comprovada não só pela teoria "ecológica" da Escola de Chicago, como também pela teoria da subcultura delinquente, indicando maior propensão para o cometimento de novos delitos das pessoas que não recebem influência de um controle social informal e daquelas que acabam por interiorizar o crime como referência cultural do seu meio.

A vítima, por seu turno, pode ter consequências em duplo caminho. Se de um lado sua saúde pode ser sensivelmente abalada, o que acarreta uma vida reservada, deprimida, podendo inclusive chegar ao extremo do suicídio, de outro o modelo de repetição pode levá-la à continuidade do ciclo vicioso, deixando

o campo da pessoa que sofre o *bullying* para a pessoa que o comete. É exatamente esta a explicação do psicólogo Albert Bandura, citada anteriormente.

Tal situação, se bem examinada, é de curial importância para a criminologia, pois não só o infrator pode vir a praticar novos atos delituosos, como também a vítima pode alterar seu papel.

Fincadas essas situações, resta analisar qual a responsabilidade da sociedade para com o *bullying*, sob a ótica criminológica. De início, como já dito, importante destacar que o *bullying* não é considerado um crime autônomo do ordenamento jurídico pátrio e também essa solução não é a mais indicada. Muito pelo contrário, estudiosos do assunto lecionam que o campo da prevenção é mais proveitoso, trazendo resultados mais positivos e profundos.

A questão do *bullying* é cultural. O indivíduo comete o *bullying* porque aprendeu que tem que demonstrar supremacia e força, aliás características essas bem marcantes no mundo globalizado atual. Dessa forma, uma maneira de controlar socialmente o *bullying* e fazer com que menos ações criminosas posteriores ocorram é trabalhar com todos os envolvidos, difundindo seus conceitos, mostrando os resultados danosos e abrindo à participação. Só assim as liberdades e garantias mínimas do cidadão serão respeitados, com menores índices de infrações penais.

6. REFERÊNCIAS

ABRAPIA – Associação Brasileira Multiprofissional de Proteção à Infância e Adolescência. ***Bullying***. Disponível em: <http://www.bullying.com.br>. Acesso em: 21 out. 2011.

BRASIL. Projeto de Lei n.1011/2011, de autoria do Deputado Federal Fábio Faria (PMN/RN). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=498107,>. Acessado em: 19 fev. 2012.

BIANCHINI, Alice. **Os grandes movimentos de política criminal na atualidade**: movimento de lei e ordem, minimalismo penal e abolicionismo. Material da 2ª aula da Disciplina Política Criminal, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Ciências Penais – Universidade Anhanguera-Uniderp – REDE LFG.

CALHAU, Lélio Braga. **Considerações criminológicas sobre o fenômeno *bullying***. Disponível em: <http:/www.conjur.com.br>. Acesso em: 25 out. 2011.

CALHAU, Lélio Braga. ***Bullying*, criminologia e a contribuição de Albert Bandura**. *De jure*: a Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais, n. 11. Belo Horizonte : MPMG, 2008.

CALHAU, Lélio Braga. **Resumo de criminologia.** 6ª ed. Rio de Janeiro : Impetus, 2011.

CALHAU, Lélio Braga. ***Bullying*: o que você precisa saber: identificação, prevenção e repressão. 3ª ed. Niterói: Impetus, 2011.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
DIMENSTEIN, Gilberto. **O cidadão de papel:** a infância, a adolescência e os Direitos Humanos no Brasil. 22 ed. São Paulo : Ática, 2009.

FANTE, Cleo. **Fenômeno *bullying*:** como prevenir a violência nas escolas e educar para a paz. Campinas: Verus, 2005.

FANTE, Cleo; PEDRA, José Augusto. ***Bullying* escolar:** perguntas e respostas. Porto Alegre: Artmed, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. ***Bullying*: a violência que bulina a juventude. Disponível em: <http://www.novacriminologia.com.br>. Acesso em: 20 out. 2011.

GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. Niterói: Impetus, 2009.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 5ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa**: da prática à teoria. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia clínica e psicologia criminal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SOARES, Mayara Ferraz Nepumuceno. **A vítima de *bullying* e sua disposição para o crime.** Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-vitima-de-bullying-e-sua-disposicao-para-o-crime,33771.html>. Acesso em: 23 jan. 2012.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

A JUSTIÇA ITINERANTE COMO MODELO DE GESTÃO NO PODER JUDICIÁRIO[1]

Luiza Vieira Sá de Figueiredo[2]

Sumário: 1. Introdução; 2. A Justiça Itinerante existente; 3. Um novo modelo de Justiça Itinerante: modelo de gestão no Poder Judiciário; 4. Considerações Finais; 5. Referências.

Resumo: Atualmente, a Justiça Itinerante, embora utilizada por muitos tribunais, possui limitações de competência e atuação. Não raro, a atribuição que lhe é repassada por ato normativo do tribunal restringe-se à realização de conciliações, ou seja, possíveis acordos que, caso não sejam frutíferos para imediata homologação judicial, são encaminhados para o fórum mais próximo. Além disso, apesar de não haver nenhuma limitação constitucional, o modelo de justiça itinerante adotado por vários tribunais restringe a competência material para determinadas causas, em geral coincidentes com a competência dos juizados especiais. No presente trabalho sustenta-se a necessidade de alargamento da competência material da Justiça Itinerante, de modo a viabilizar a completa solução do conflito no local do litígio, com realização de audiências de instrução e julgamento e sentenças contenciosas proferidas, tal como nos fóruns. Sustenta-se, ademais, a utilização desse modelo de competência alargada como forma de administração judiciária, em unidades jurisdicionais volantes e organizadas também para a realização de mutirões, de forma a atender pontualmente questões de estrangulamento do sistema, com as mais diversas causas, viabilizando a continuidade e qualidade da prestação jurisdicional em tempo razoável, conforme comandos constitucionais.

Palavras-chave: Justiça Estadual. Justiça Itinerante. Administração Judiciária. Gestão Pública.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, conhecida como "A Constituição Cidadã", estabeleceu como direito fundamental o acesso à justiça, caracterizado pela vedação constitucional de lei proibir a apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito e pela assistência judiciária prestada pelo Estado àqueles que demonstrarem insuficiência de recursos (artigo 5º, incisos XXXV e LXXIV).

Um passo inegável para a consolidação da democracia e dos direitos humanos, sem dúvida. Entretanto, o Poder Judiciário, ainda organizado em uma estrutura burocrática, não estava preparado para o vertiginoso incremento da demanda,[3] caracterizada pelo aumento do número de processos judiciais distribuídos, crescente ano a ano, tornando a resposta judicial lenta e, muitas vezes, tardia aos anseios sociais.

1 A matriz do texto foi apresentada como trabalho de conclusão de curso de pós-graduação lato sensu para obtenção do título de Especialista em Gestão Pública. Essa publicação traz considerações adicionais decorrentes de atos normativos expedidos posteriormente pelo Conselho Nacional de Justiça.

2 Juíza Substituta/TJMS; Pós-Doutoranda em Direitos Humanos/Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-PT; Doutora em Ciências Humanas/Universidade de São Paulo; especialista em Gestão Pública; especialista em Teoria do Estado e das Relações Sociais; cursando MBA em Gestão de Pessoas no Setor Público/Universidade Gama Filho.

3 Na ciência da Administração, conceitua-se demanda como "disposição de comprar determinada mercadoria ou serviço, por parte dos consumidores; também conhecido como procura; quantidade de mercadoria ou serviço que um consumidor ou conjunto de consumidores está disposto a comprar, a determinado preço. (Disponível em: http://www.unioeste.br/projetos/unisol/projeto/c_economia/def_demanda.htm. Acesso em 07 out. 2012). No setor público e, especialmente, no Poder Judiciário, esse conceito deve ser adaptado, pois há variáveis que interferem na procura pelo serviço, independente de disposição ou capacidade de compra; a demanda deve ser compreendida, então, como a procura por esse serviço.

Notória a transformação do Poder Judiciário após o advento da Constituição de 1988 e, em especial, após a Emenda Constitucional n. 45/2004, com a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam), que funciona no Superior Tribunal de Justiça (STJ), todas elas procurando preencher uma lacuna abismal de estudos e pesquisas em torno do Poder Judiciário, com a finalidade de aprimorar a prestação da jurisdição.

Destaque para a Recomendação n. 38 do Conselho Nacional de Justiça, de 03 de novembro de 2011, que estimula a instituição de mecanismos de cooperação judiciária entre os órgãos do Poder Judiciário; para a Recomendação n. 28 do Conselho Nacional de Justiça, no sentido de que o Poder Judiciário é único e que assim os tribunais podem compartilhar suas estruturas para o aperfeiçoamento dos serviços; e para o recente Provimento (n. 20, de 30 de agosto 2012), a externar a constatação da multifacetada realidade brasileira a evidenciar que os juízes necessitam conhecer as experiências vivenciadas em outras comarcas instaladas nas diversas regiões do país; e a necessidade de se incrementar a troca de experiências e a participação de juízes em mutirões e atividades jurisdicionais e institucionais nas diversas unidades da federação.

O ato normativo em questão regulamenta a participação de magistrados na troca de experiências em mutirões, justiça itinerante e em atividades jurisdicionais. Permite-se que o magistrado de uma unidade da federação preste serviço em outras unidades federativas do Brasil. Reconhece-se, administrativamente, o que já fora reconhecido judicialmente (ADI n. 3.367/DF - Relator Ministro Cezar Peluso): o Poder Judiciário tem caráter nacional, não existindo senão por metáforas ou metonímias de "Judiciários estaduais" ao lado de um "Judiciário federal" integrando um único poder.

Reconhe-se, ademais, que a troca de experiência possibilita aos magistrados crescimento e aperfeiçoamento profissional contribuindo para o fortalecimento da Justiça, diante da necessidade de acompanhar a rápida evolução da sociedade, com adoção de nova forma de prestar a jurisdição, para alcançar a paz social, tendo em vista que o magistrado poderá aproveitar a experiência adquirida nessas atividades em sua unidade judiciária e servir de multiplicador. Além disso, em recente consulta realizada no Conselho Nacional de Justiça reiterou-se a interpretação da unidade nacional da magistratura ao se garantir a possibilidade de cômputo do exercício da magistratura em esferas distintas do Poder Judiciário como critério de desempate na lista de antiguidade em determinada unidade federativa. [4]

Destaca-se, outrossim, a agenda legislativa, formada também pelo Conselho Nacional de Justiça a partir de novembro do corrente ano, com a finalidade de reunir, em um único documento, as principais reivindicações institucionais dos tribunais brasileiros. De acordo com o CNJ, a Agenda Legislativa do Judiciário servirá na negociação de melhorias para a Justiça. Da consulta realizada nos tribunais brasileiros sobre projetos legislativos destacam-se propostas para a melhoria da estrutura dos tribunais, como a criação de cargos de servidores e magistrados e projetos de reformulação das leis de organização dos Judiciários dos estados. Para o CNJ, essa é a demanda tradicional, que também inclui a valorização dos magistrados e servidores com uma remuneração compatível com suas responsabilidades. A comissão responsável pela Agenda Legislativa irá comparar o que os tribunais estão fazendo com as metas que o CNJ tem estabelecido

4 CONSULTA N. 0000340-51.2012.2.00.0000. RELATOR: Conselheiro NEVES AMORIM. REQUERENTE: LUIZA VIEIRA SÁ DE FIGUEIREDO. REQUERIDO: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ASSUNTO: JUIZ SUBSTITUTO – ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL. EMENTA: CONSULTA. ANTIGUIDADE. CÔMPUTO DO PERÍODO DE EXERCÍCIO EM OUTRA PESSOA FEDERATIVA. IMPOSSIBILIDADE. PAGAMENTO DE DIÁRIAS A JUÍZES SUBSTITUTOS. POSSIBILIDADE. DIREITO ASSEGURADO PELA RESOLUÇÃO N. 73 DO CNJ. 1. Trata-se de Consulta para que este Conselho se manifeste acerca de questões relacionadas ao cômputo da antiguidade na carreira da magistratura e à possibilidade de percepção de diárias por parte de juízes substitutos. 2. É impossível estender o cômputo do período de antiguidade de uma pessoa federativa à outra. Não se exclui, por óbvio, a possibilidade de que determinado Tribunal adote, como critério de desempate na lista de antiguidade, o tempo de magistratura em outro Tribunal, como forma de exercício de sua autonomia, na esteira de precedentes deste Conselho. 3. Não é possível abster-se o Tribunal do pagamento de verbas indenizatórias (art. 8º, I, da Resolução n. 13, de 21 de março de 2006) ao fundamento de que o juiz que teria direito a sua percepção é substituto. A inexistência do direito à inamovibilidade por parte de juízes substitutos não autoriza o Estado, sob pena de locupletamento ilícito, a negar-lhes o direito ao pagamento de diárias. Observados os limites fixados por este Conselho, compete aos Tribunais regulamentar a concessão da indenização. 4. Consulta conhecida e respondida nos termos do voto do Relator.

e desse cotejo é que sairá a agenda prioritária que o CNJ vai estabelecer.[5] Observa-se, a toda evidência, que a magistratura caminha, cada vez mais, para a unidade nacional, o que somente está sendo viabilizado pela existência de um órgão de administração superior que concentre e congregue essas unidades.

O presente trabalho, pois, apresenta um modelo de Justiça Itinerante, aperfeiçoado a partir de modelo já existente e utilizado no Poder Judiciário, considerada a justiça estadual, haja vista a diversidade de organizações no âmbito desse poder, como forma de melhor gerir a demanda levada à sua apreciação e, consequentemente, dar maior eficácia às suas decisões, gerando credibilidade no seio social.

A JUSTIÇA ITINERANTE EXISTENTE.

No Brasil existe o que a doutrina convencionou chamar de "reserva de jurisdição", ou seja, há medidas que somente podem ser tomadas no âmbito do Poder Judiciário (PJ). Disso decorre que, para a solução de determinados problemas, invariável e inevitavelmente o cidadão deve recorrer à Justiça (PJ), um dos pilares da democracia e um dos poderes da República Federativa do Brasil (artigo 2º da Constituição Federal).

A Justiça Itinerante consiste na "descentralização dos serviços judiciários", que normalmente são prestados em prédios públicos específicos (fóruns e tribunais), passando a atender a população em locais não convencionais, a depender da especificidade da demanda. Os exemplos mais comuns são os ônibus e barcos, especialmente preparados com estrutura adaptada para atendimento, como computadores, sistema de informática, espaços para audiências etc.

O nome consegue agregar a essência do serviço, pois o vocábulo *itinerante* significa aquilo que "se desloca de lugar em lugar no exercício de uma função". A Justiça Itinerante, portanto, é aquela que se desloca de lugar em lugar (bairros, rios, municípios distantes da sede) para atender a população local, prestando o serviço jurisdicional, ou seja, aquele reservado à jurisdição, com representantes da Justiça (juízes, servidores, conciliadores) e seus auxiliares (Defensores Públicos, Promotores de Justiça e Advogados). Segundo Azkoul, a Justiça Itinerante consiste em:

> " [...] prestação de serviço da tutela jurisdicional do Estado, que se efetiva juridicamente com a sentença ou acórdão, ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa em outros espaços que não os fóruns, ou seja, unidades móveis, em colégios, estádios de futebol, locais comunitários e em repartições públicas em geral, devidamente equipadas, preferivelmente, com sistema informatizado e de telecomunicações. [6] "

Embora sua essência tenha existência antiga[7], o modelo atual recebeu chancela constitucional com a Emenda Constitucional n. 45/2004, conhecida como "A Reforma do Judiciário", ao estabelecer que o Tribunal (Regional Federal, do Trabalho e de Justiça) instalará a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários (artigos 107, §2º; 115, §1º; e 125, §7º, da Constituição Federal).

Com base em tais permissivos constitucionais, vários tribunais vem implementando a Justiça Itinerante no âmbito de suas atuações. A Constituição nada estabeleceu acerca da competência material da Justiça

5 A Comissão pretende consolidar ainda em outubro todos os projetos recebidos, fazer uma tabela com todas as proposições legislativas e os respectivos temas e remetê-la aos coordenadores regionais para que possamos organizar as conferências regionais onde poderemos discutir esses projetos e eleger as prioridades. Teremos um banco de dados completo, mas o CNJ fará um juízo crítico dele, escolherá de mãos dadas com os tribunais os temas prioritários. Disponível em: www.cnj.jus.br. Acesso em 11 out. 2012.

6 AZKOUL, Marco Antônio. JUSTIÇA ITINERANTE. Belo Horizonte: Juarez de Oliveira, 2006, p. 117.

7 Em tese de doutoramento, defendemos a existência de uma repartição pública itinerante no então Estado uno de Mato Grosso, no período de 1890 a 1930, inserida no Poder Executivo federal. *In* SÁ, Luiza Vieira. *Rondon: o agente público e político.* Tese de doutorado. FFLCH/USP. São Paulo, 2009.

Itinerante, fazendo menção tão somente à limitação da competência territorial; à realização de audiência; e à utilização de equipamentos públicos e comunitários. Disso se infere que não há restrições à competência material, ou seja, seria a mesma exercida pelos órgãos judiciários já instalados nos fóruns e tribunais.

Entretanto, o que se observa da Justiça Itinerante instalada em vários tribunais é que se tem limitado a sua competência a apenas determinados casos, como, por exemplo, causas de menor complexidade e/ou com valor de alçada (inseridas na competência dos Juizados Especiais); algumas matérias no âmbito do direito de família (alimentos, reconhecimento de paternidade e divórcio são as mais comuns); e limitação a tentativa de acordos que, caso infrutíferos, são remetidos à justiça comum (ou seja, as partes ou o processo já instaurado, conforme o caso, são encaminhados ao fórum mais próximo, onde a causa terá prosseguimento).

Em São Paulo, a Justiça Itinerante tem a mesma competência dos Juizados Especiais cíveis e é composta por dois trailers que visitam bairros da cidade em locais pré-estabelecidos e periodicamente divulgados. Um dos veículos é utilizado para fazer o atendimento e o outro retorna ao local cerca de um mês depois para realizar as audiências agendadas.[8] Igualmente, no Distrito Federal, ela está instalada com a mesma competência do juizado especial cível.[9]

Em Alagoas, a Justiça Itinerante oferece serviços que denomina de menor complexidade, a saber: alvará no valor de até 04 (quatro) salários mínimos; divórcio consensual; conversão de separação em divórcio; retificação de registro; suprimento de óbito; oferta de alimentos e reconhecimento de paternidade.[10]

Em Mato Grosso do Sul, há duas unidades jurisdicionais que atuam de forma itinerante: a 8ª vara do juizado especial da capital, que teve o nome e a competência alterados para abarcar a Justiça Itinerante e a Justiça Comunitária, com a finalidade de fazer atendimentos e orientação à população por meio de agentes comunitários. Tal como outros tribunais, a competência está limitada à dos juizados especiais. Além dessa, há também uma vara itinerante especializada em atender acidentes de trânsito, com competência para processar e julgar as ações relativas aos acidentes de trânsito, ocorridos na Comarca de Campo Grande, capital do Estado.

A Resolução n. 377-2002, do Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, estabelece que os acidentes de trânsito, de que não resultem lesão corporal ou morte, poderão ser atendidos por unidades móveis devidamente equipadas, com deslocamento de uma equipe chefiada por um conciliador, com atribuições para tentar a composição dos danos. Havendo conciliação, será lavrado um termo e posteriormente submetido ao juiz de direito para homologação, após o que será enviada cópia do acordo homologado para o endereço dos interessados.[11]

Caso frustrada a conciliação e não obtido acordo, se um dos interessados manifestar interesse em propor a ação destinada à composição dos danos causados pelo acidente, o conciliador a tomará por termo, e desde já designará a audiência de instrução e julgamento, saindo as partes dela intimadas. A parte requerida também sairá do local com cópia da inicial constante do termo feito pelo conciliador, o que valerá como contrafé, de acordo com a referida resolução, alertando-se ambos autor e réu para se fazerem presentes à audiência designada na sede do Juízo, com seus respectivos advogados, nela comparecendo com suas testemunhas e ali produzindo suas provas, cientificando expressamente o réu, ainda, de que naquela audiência deverá oferecer sua defesa, oral ou escrita, sob pena de revelia, prosseguindo-se com observância do rito estabelecido em lei.

8 Assessoria de Imprensa do Tribunal de Justiça de São Paulo. Disponível em: http://tj-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2656414/juizado-itinerante-altera-locais-de-atendimento/relacionadas. Acesso em 20 abr. 2012.

9 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. SECRETARIA DE REFORMA DO JUDICIÁRIO. Experiências de Administração Judicial no Distrito Federal. Disponível em: http://www.oja.ufpa.br/wp-content/uploads/2009/10/Exp_de_adm_judic_DF.pdf. Acesso em 20 abr. 2012.

10 Assessoria de Imprensa do Tribunal de Justiça de Alagoas. Disponível em: http://www.tjal.jus.br/itinerante/. Acesso em 20 abr. 2012.

11 Resolução n. 377-2002, do Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Disponível em: http://www.tjms.jus.br/sistemas/biblioteca/legislacao_comp.php?atual=1&lei=17420. Acesso em 15 mai. 2012.

No Rio de Janeiro, a Justiça Itinerante presta atendimento a 15 localidades e 11 municípios, dentre os quais as comunidades já pacificadas nas favelas da cidade, onde foram instaladas as chamadas UPPs (unidades de polícia pacificadora). O programa consiste na visita programada e regular a essas localidades de uma unidade volante, montada como órgão jurisdicional itinerante, equipada com mobiliário e pessoal adequado à prestação jurisdicional, composta por um juiz de direito, um promotor de justiça, um defensor público, serventuários da justiça e pessoal de apoio (motorista, segurança e técnico de informática). Os atendimentos englobam não apenas conciliação, instrução e julgamento de causas de família, infância e juventude e juizados especiais cível e criminal, mas também atendimento comunitário com orientação jurídica à população sobre seus direitos. [12]

Em Rondônia, o modelo da Justiça Itinerante é concebido essencialmente como "o atendimento da população fora dos fóruns"[13]. É utilizado tanto no âmbito dos Juizados Especiais quanto na Justiça comum, por meio do que se convencionou chamar de Justiça Rápida. De acordo com a Resolução n. 008/2000, da Presidência do Tribunal de Justiça de Rondônia, a Justiça Rápida caracteriza-se "pelo atendimento gratuito à população visando a solução de questões jurisdicionais na esfera cível, criminal, infância e juventude, família e registros públicos", a ser realizada "em todas as comarcas com abrangência dos distritos e municípios a elas pertencentes" [14]

No Amapá foram descentralizados quatro Juizados Especiais, que funcionam em bairros da capital Macapá. Nos municípios que não são sede de comarca, foram criados postos avançados para atendimento da população, especialmente em localidades ribeirinhas. Em razão das especificidades do Estado e da realidade geográfica da região amazônica em que ele se encontra, investiu-se no modelo itinerante da justiça, aqui concebida mais como a justiça que vai até o cidadão do que uma justiça que se desloca continuamente. A equipe da justiça itinerante se desloca em embarcações marítimas até as comunidades ribeirinhas, trabalha a semana inteira nessas comunidades e retorna para a cidade. Nas demais regiões do Estado, o deslocamento também é feito por meio de ônibus, vans e viaturas.[15] De acordo com Pini, magistrada titular de uma dessas varas:

> " [...] Constatamos que, nesses seis anos de atividades, tal modelo de prestação jurisdicional de ir até o cidadão, de romper a barreira do fórum, de sair do gabinete e ir até à população, sentindo-a de perto, obteve reconhecimento em função de dois fatores muito importantes: o primeiro é a desmitificação, de vez, do acesso do cidadão à Justiça – ele passa a vê-la como algo próximo ao seu cotidiano e passa a ver o juiz como uma figura palpável, de acesso efetivo –; o segundo fator, e o mais importante, é que esse modelo de prestação jurisdicional tem sido um grande auxiliar na mudança de mentalidade dos operadores do Direito. [...][16] "

Certamente que para se obter um diagnóstico concreto da efetividade do modelo de Justiça Itinerante tal como existente na maioria dos tribunais do país como modelo de solução de conflito seria necessário fazer uma análise de dados estatísticos, considerando-se, por exemplo, o número de acordos celebrados; os acordos não celebrados que têm continuidade do foro comum e os que não têm; uma comparação acerca da demanda que chega à justiça itinerante e àquela que chega à justiça comum, especialmente quando se têm foros regionais e é possível fazer uma análise por bairros, sem prejuízo de outras questões que podem ser levantadas.

12 Assessoria de Imprensa do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Disponível em: http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/projetoses-peciais/justicaitinerante. Acesso em 20 abr. 2012.

13 LEAL, Jorge Luiz dos Santos. OPERAÇÕES JUSTIÇA RÁPIDA ITINERANTE E DE EXECUÇÃO PENAL EM RONDÔNIA. A Modernização da Justiça Como Fator Promotor da Eficiência do Poder Judiciário de Rondônia. Dissertação de mestrado. Fundação Getúlio Vargas – Direito Rio. Rio de Janeiro, 2011.

14 Resolução n. 008/2000 do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Disponível em. http://www.tj.ro.gov.br/admweb/faces/jsp/view.jsp?id=-1592451352. Acesso em 12 mai. 2012.

15 PINI, Sueli Pereira. A EXPERIÊNCIA DO JUIZADO ITINERANTE DO AMAPÁ. Conferência proferida no *2º Congresso Brasileiro de Administração da Justiça*. Revista CEJ, Brasília, n. 17, abr./jun. 2002, p. 58.

16 Idem, ibidem.

Além da dificuldade de se obter tais dados estatísticos, uma vez que os tribunais somente em poucos anos começaram a alimentar sistemas de coleta de dados (determinação do Conselho Nacional de Justiça para elaboração dos relatórios *Justiça em Números,* criado pela Resolução CNJ n. 4, de 16.8.2005) seria possível não se conseguir uniformidade na coleta dos dados estatísticos, razão pela qual se optou por manter a discussão em nível teórico-doutrinário.

Observa-se, ademais, que a tônica dada aos trabalhos acadêmicos e à realidade experimentada pelos tribunais que instituíram a Justiça Itinerante está relacionada ao tema de *acesso à justiça*, ou seja, *"à obrigação de garantir o acesso da população ao Judiciário para solução dos seus conflitos de interesses"*. [17] Entretanto, o foco do debate no presente trabalho será em prol de um alargamento da competência da Justiça Itinerante e de sua utilização como mecanismo de gestão judiciária, conforme será tratado no próximo tópico.

UM NOVO MODELO DE JUSTIÇA ITINERANTE: MODELO DE GESTÃO NO PODER JUDICIÁRIO

De acordo com Azkoul, a Justiça Itinerante:

> "[...] é aquela em que o ato culminante da jurisdição, a sentença ou o acórdão, deve ser prolatada fora dos fóruns e tribunais. Por isso não basta que a instrução seja móvel, que parte do processo seja realizada fora do local tradicional."[18]

É um conceito que inclui a efetividade da prestação jurisdicional, pois não basta apenas fazer atendimento à população, como o modelo atualmente difundido em alguns tribunais pesquisados, mencionados alhures; faz-se necessário resolver de fato o conflito e, para isso, é necessário estender a competência comumente atribuída à Justiça Itinerante, de modo a abarcar maior número de casos que possam ser solucionados de forma definitiva no local do conflito, o que atende ao comando constitucional de acesso à Justiça e de celeridade na solução de conflitos. Previne, ademais, que essas demandas cheguem aos fóruns, contribuindo para uma menor distribuição de processos centralizados nos juízos.

É certo que sempre haverá o que se chama de *"demanda reprimida"*, que não é mensurável. Contudo, a maleabilidade do deslocamento da Justiça Itinerante para atendimento nos mais variados cantos das cidades é um fator potencializador da sua estrutura, uma vez que ela pode se movimentar conforme a potencial demanda, estabelecida, por exemplo, por estudos preliminares. Em outras palavras, o gestor, ao investir em uma estrutura como essa, não corre o risco de investir em vão, pois ela de deslocará para o local em que a demanda for necessária.

Outro ponto que caracteriza o modelo proposto como um mecanismo de gestão para o Poder Judiciário é a possibilidade de a Justiça Itinerante prestar auxílio em mutirões realizados para solucionar pontualmente estrangulamentos do sistema causados por circunstâncias ocasionais, como demandas em série decorrentes de um fato específico, por exemplo, de modo a não comprometer o serviço da vara.

É certo que deficiências estruturais têm de ser corrigidas de forma definitiva, tais como número insuficiente de juízes ou de servidores e a criação de novas varas em razão do aumento da demanda decorrente do crescimento social e econômico da região. Mas questões pontuais podem ser resolvidas de forma eficaz por uma Justiça Itinerante, concebida aqui como um órgão sem competência territorial delimitada (obviamente que no âmbito da jurisdição do órgão instituidor), que pontualmente exerceria a

17 LEAL, Jorge Luiz dos Santos. OPERAÇÕES JUSTIÇA RÁPIDA ITINERANTE E DE EXECUÇÃO PENAL EM RONDÔNIA. A Modernização da Justiça como fator Promotor da Eficiência do Poder Judiciário de Rondônia. Dissertação de mestrado. Fundação Getúlio Vargas – Direito Rio. Rio de Janeiro, 2011.

18 AZKOUL, Marco Antônio. JUSTIÇA ITINERANTE. Belo Horizonte: Juarez de Oliveira, 2006, p. 117.

jurisdição para atender casos específicos de estrangulamento do sistema, sendo desnecessária a designação de mutirões, os quais podem ser concebidos como a pequena toalha de mesa que para cobrir um lado descobre o outro.

Em outras palavras, o que se observa nos mutirões realizados, com destaque para os Mutirões Carcerários estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça, é que são designados juízes e servidores para neles atuarem, sem prejuízo de suas funções, ou seja, há um deslocamento da força de trabalho de uma estrutura já existente para atender o mutirão. Então, um serviço é praticamente interrompido para atender o outro. Certamente que o enfoque dado pela entidade organizadora do mutirão serão os resultados com ele alcançados, mas nunca se fala acerca do serviço judiciário que foi prejudicado para que a força tarefa tivesse sucesso.

Poder-se-ia até mesmo pensar em uma estrutura especializada da Justiça Itinerante, a depender do tamanho da região ou do Estado em que se fará atuar. Um núcleo composto, por exemplo, de um braço cível e outro criminal, ou por um grupo especializado em causas de família, haja vista a necessidade de técnicos do juízo para a realização de estudos psicossociais.

Pensa-se, pois, nesse modelo de justiça para atender não apenas o direito constitucional de acesso à justiça mediante deslocamento dos órgãos e operadores judiciários até a população, sustentando-se que o alargamento de sua competência traria maior eficiência tendo em vista que os conflitos não solucionados consensualmente no local teriam também solução contenciosa no local, sem necessidade de direcionamento ao fórum mais próximo, mas se propõe também a sua utilização para atender pontualmente unidades judiciárias que estejam trabalhando com excesso ou acúmulo de serviço.

Permitir a continuidade do serviço sem ter que nomear novos servidores ou juízes para as unidades – que após a superação da situação excepcional que ensejou o acúmulo ficariam em excesso – atende ao princípio da eficiência administrativa e da razoável duração do processo. Por outro lado e vislumbrando-se ainda mais uma hipótese de atuação dessa unidade especial itinerante, caso constatada a necessidade de instalação de uma nova unidade jurisdicional, a atuação pontual de uma vara itinerante ensejaria a continuidade de um ritmo de serviço, não permitindo que a vara chegasse a um nível insustentável de serviço que demoraria anos para ser regularizado após o desmembramento da unidade, sem mencionar o prejuízo à prestação jurisdicional nesse período.

Com efeito, há trâmites administrativos necessários para a contratação de juízes, de serventuários e para a criação de novas unidades jurisdicionais, tais como concursos, licitações, aprovação de leis e de orçamento. Os efeitos desse tempo poderiam ser minorados com a atuação da vara itinerante. Alguns tribunais já vem tomando medidas que indicam estar caminhando para um modelo conforme o proposto no presente trabalho. Senão vejamos.

O Tribunal de Justiça do Piauí, por exemplo, em provimento editado pela Corregedoria- Geral de Justiça, reconheceu que *"a Justiça Itinerante e os Mutirões são espécies de um mesmo sistema"* e estabeleceu que *"os oficiais de justiça lotados na Justiça Itinerante e no Regime Especial (Mutirão Criminal) exercerão suas atividades em qualquer dessas lotações, a critério do juiz de direito coordenador da Justiça Itinerante"*[19].

O ato normativo em questão permite ainda que:

> "[...] os oficiais de justiça lotados na Justiça Itinerante e no Regime Especial (mutirão criminal), a juízo do coordenador da Justiça Itinerante, poderão ser postos a atuar, de forma exclusiva ou cumulativa, em qualquer outra Vara da Capital, ainda que não criminal, na

19 Provimento n. 17/2007. Disponível em: http://www.tjpi.jus.br/corregedoria/uploads/atos/14.pdf. Acesso em 7 abr. 2012.

qual estejam sendo realizados trabalhos de Regime Especial (Mutirão).”[20]

É uma forma, pois, de se ter maleabilidade na estrutura para atender demandas flutuantes. Defendendo posição semelhante, embora na estrutura da Justiça federal, Polezze idealiza a Justiça Itinerante como a solução para atendimento da população nas cidades e regiões em que não existe vara instalada da justiça federal. Sustenta ainda que a Justiça Itinerante pode servir de parâmetro para a Administração da Justiça, de modo a se aferir se a localidade comporta ou não a instalação de uma vara federal permanente. Para ele:

> “O legislador foi bastante sábio, pois o juizado itinerante pode suprir, mesmo em parte, a inexistência da plena interiorização da Justiça Federal do Brasil (muito longe do ideal, como se sabe). Mas não é só. Pode ocorrer, também, que determinado local simplesmente não tenha demanda suficiente para comportar uma vara da Justiça Federal. Num ou noutro caso, a visita eventual pode ser solução adequada às necessidades da população. O juizado itinerante pode bastar a localidades que não teriam condições de comportar uma vara federal. Em tal hipótese, a visita do juizado especial federal – JEF deverá ser mesmo periódica. Nesse sentido, o juizado itinerante servirá de parâmetro à Administração da Justiça, permitindo saber com segurança em qual medida e urgência determinada vara federal deverá ser implantada, o que será percebido conforme a relevância da procura pelos serviços do JEF num determinado local. [...] Essa conclusão é reforçada quando se observa a dupla finalidade dos itinerantes (já discriminadas acima): tanto atender populações afastadas de centros que justificassem instalação de varas federais quanto o recebimento de ações em regiões que, a despeito de terem concentração populacional considerável, ainda não têm vara federal instalada.[21] ”

No Estado de Rondônia, o Poder Judiciário criou, em 2004, *“um modelo de Justiça Rápida, que tem atuação na área cível (incluindo direito de família) e de execução penal.”* A cível funciona com atendimentos que seguem a estrutura e técnica processual dos Juizados Especiais. Uma equipe de conciliadores, previamente preparada e orientada, sob a coordenação de um juiz de direito e com o auxílio de membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, agendam e realizam várias audiências em um único dia. O local e datas dos atendimentos são previamente divulgados. Uma equipe vai ao local com antecedência de um mês para colher as reclamações e orientar as pessoas sobre os seus direitos, fazendo uma triagem do procedimento.

A partir disso, é definido o número de audiências a serem realizadas; agendados os horários de cada uma; expedidos os atos necessários; e designados servidores para trabalhar nos dias de audiência. Em função da quantidade de audiências, quando necessário, pode ser solicitado à Corregedoria-Geral de Justiça a designação de outros juízes para auxiliar no trabalho. Conforme relato de uma das juízas coordenadoras do programa:

> “ [...] Não sendo possível chegar a acordo, nas causas em que não há necessidade da produção de perícia ou que seja de alta indagação, a defesa é produzida e, se necessário, as testemunhas são ouvidas e o processo é imediatamente sentenciado. Houve época em que apenas os casos em que havia acordo eram resolvidos [...][22] ”

Na esfera criminal, chamada pelo Tribunal de Justiça de Rondônia de *“Justiça Rápida de Execução Penal”*, o trabalho caracteriza-se como *“um grande mutirão realizado nos presídios com revisão da situação carcerária de todos os presos, concedendo benefícios e realizando atendimentos na própria unidade prisional.”* De acordo com narrativa de magistrado daquele tribunal, a ideia surgiu em razão de uma rebelião em um estabelecimento penal da capital e as consequências, inclusive internacionais, advindas desse fato. O que teve

20 Idem, ibidem.

21 POLEZZE. Rogério Volpatti. ITINERANTE: A JUSTIÇA POSSÍVEL – COMO CONCRETIZAR ATENDIMENTO SATISFATÓRIO COM RECURSOS ESCASSOS? Revista CEJ, Brasília, n. 32, p. 66-74, jan./mar. 2006, p. 67-68.

22 Idem, ibidem.

início como uma ação pontual, agora tem funcionamento permanente. Oportuno o registro:

> "Nos dias 1º e 2 de janeiro de 2002 houve uma rebelião no presídio Urso Branco, em Porto Velho, que resultou na morte de 27 apenados nas mãos dos outros presos. O massacre do Urso Branco teve repercussão internacional e a Organização dos Estados Americanos chegou a abrir processo contra o Brasil para apurar a ocorrência de graves violações dos direitos humanos ocorridas naquele local e editou várias resoluções sobre a questão. A providência destinada à Justiça de Rondônia foi a **adoção de um Juízo Itinerante, por 60 dias, no estilo mutirão,** que já havia sido realizado no local anteriormente, para revisão da situação de todos os custodiados no Presídio Urso Branco. Assim, nos meses de outubro e novembro de 2004, **houve um trabalho concentrado de todos os magistrados responsáveis pela execução penal, que deixaram os seus gabinetes e foram para o interior dos estabelecimentos prisionais** e analisaram todos os processos envolvendo as pessoas custodiadas pelo Estado. Em Porto Velho, os trabalhos foram coordenados por uma juíza auxiliar da Corregedoria-Geral da Justiça e contaram com a participação de cinco magistrados no período de 8 de agosto a 26 de novembro de 2004. **Foi utilizado o programa Justiça Itinerante com o fim de rever toda a situação carcerária dos custodiados, decidindo os processos imediatamente, após ouvir o preso, suas reivindicações, o MP e a Defensoria Pública em um só momento**. (grifos não existentes no original) [23]."

A Justiça Itinerante do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro também participa dos mutirões organizados e realizados pelo Tribunal de Justiça, vale dizer, ela possui um cronograma de atendimento em dias e locais específicos e, quando solicitada, atende pontualmente nos mutirões instituídos em varas e matérias específicas.[24]

Ainda sob o enfoque da Administração Judiciária, Stussi defende que a criação da Justiça Itinerante foi um passo importante para o problema da morosidade. Relata que:

> " [...] em algumas épocas, a espera por uma decisão definitiva para a solução de uma demanda demora tanto que, torna-se necessária a atuação de um 'mutirão' de juízes para desafogar o acúmulo de processos. Não se pode porém deixar de destacar a importância da medida, principalmente por ser sabido que é nas periferias dos grandes centros que residem as pessoas de menor poder aquisitivo. Uma Justiça Itinerante poderá minimizar os prejuízos sofridos com os constantes deslocamentos para a solução de questões jurídicas. Não se faz referência aqui apenas aos prejuízos unicamente materiais mas também outros de igual relevância. Assim, está se assegurando maior conforto no atendimento em locais próximos da moradia das populações carentes, evitando a utilização de meios de transporte coletivos de má qualidade principalmente para os idosos e pessoas portadoras de necessidades especiais. Os trabalhadores também se beneficiam na medida em que, em tese, não precisam perder dias de trabalho a fim de comparecer aos fóruns enfrentando longas filas de atendimento nos corredores da Defensoria Pública.[25]"

Observa-se, pois, que o modelo da Justiça Itinerante pode ser utilizado de maneira eficaz como mecanismo de gestão judicial para um melhor funcionamento das estruturas em decorrência de situações de estrangulamento, sejam elas ocasionais (permitindo a manutenção do funcionamento da unidade), sejam elas estruturais (prestando auxílio até que a questão seja solucionada de forma efetiva com a edição de leis, realização de concursos e criação das novas estruturas necessárias, evitando-se a estagnação da unidade jurisdicional enquanto isso).

23 LEAL, Jorge Luiz dos Santos. OPERAÇÕES JUSTIÇA RÁPIDA ITINERANTE E DE EXECUÇÃO PENAL EM RONDÔNIA. A Modernização da Justiça Como Fator Promotor da Eficiência do Poder Judiciário de Rondônia. Dissertação de mestrado. Fundação Getúlio Vargas – Direito Rio. Rio de Janeiro, 2011.

24 Assessoria de Imprensa do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Disponível em: http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/projetosespeciais/justicai-tinerante. Acesso em 10 mai. 2012.

25 STUSSI, Jurema Schwind Pedroso. ACESSO À JUSTIÇA: UM OLHAR INTERDISCIPLINAR SOBRE A EFETIVIDADE DO PROCESSO. Disponível em: http://www.conpedi.org.br. Acesso em 20 abr. 2012.

Ademais, o processo digital já é uma realidade em diversos tribunais e ramos da justiça e, sem dúvidas, um caminho sem volta. A tramitação digital dos processos e a consequente desnecessidade de arquivos físicos para a estrutura de funcionamento de uma vara itinerante corroboram a utilização do modelo proposto como forma de Administração Judiciária a aprimorar a prestação jurisdicional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 elevou o acesso à justiça a direito fundamental. Um passo inegável para a consolidação da democracia e dos direitos humanos, sem dúvida. Entretanto, o Poder Judiciário, ainda organizado em uma estrutura burocrática, não estava preparado para o vertiginoso incremento da demanda, caracterizada pelo aumento do número de processos judiciais distribuídos, crescente ano a ano, tornando a resposta judicial lenta e, muitas vezes, tardia aos anseios sociais. A ineficácia do Poder Judiciário em resolver celeremente os problemas a que é chamado pode gerar sentimentos de impunidade, descrença e vingança pessoal, acúmulos de demandas, culminando com a deteriorização das relações sociais e caos nas organizações sociais, em que prevalecerá "a lei do mais forte".

No presente trabalho foi apresentado o modelo da Justiça Itinerante, igualmente consagrada constitucionalmente na Carta de 1988, tal como existente em vários tribunais da Justiça estadual, defendendo-se o alargamento da sua competência material, limitado a causas da competência dos juizados especiais ou apenas a celebração de acordos, em vários tribunais, de modo a viabilizar a completa solução do conflito no local do litígio, com realização de audiências de instrução e julgamento e sentenças contenciosas proferidas, tal como nos fóruns. Em outras palavras, uma vara, unidade judiciária, itinerante, com competência material plena.

Sustentou-se, ademais, a utilização desse modelo de competência alargada como forma de administração judiciária, em unidades jurisdicionais volantes e organizadas também para a realização de mutirões, de forma a atender pontualmente questões de estrangulamento do sistema, com as mais diversas causas, viabilizando a continuidade e qualidade da prestação jurisdicional em tempo razoável, conforme comandos constitucionais. Destacaram-se alguns modelos semelhantes já propostos e utilizados no Poder Judiciário de alguns Estados. Apontou-se que a tramitação digital dos processos e a consequente desnecessidade de arquivos físicos para a estrutura de funcionamento de uma vara itinerante corroboram a utilização do modelo proposto como forma de Administração Judiciária a aprimorar a prestação jurisdicional.

A edição do Provimento n. 20, de 30 de agosto 2012, corrobora tal modelo, porque regulamenta a participação de magistrados na troca de experiências em mutirões, justiça itinerante e em atividades jurisdicionais, permitindo que o magistrado de uma unidade da federação preste serviço em outras unidades federativas do Brasil. O que se observa, a toda evidência, é que caminha-se, cada vez mais, para a unidade nacional da magistratura e do Poder Judiciário, especialmente no tocante à justiça estadual, que esteve durante muito tempo isolada nas unidades da federação. As posturas que vem sendo tomadas pelo CNJ evidenciam a tendência de padronização e unificação, o que sobressai à realidade do Judiciário estadual. Nessa toada, não muito longe, permitir-se-á permuta de um juiz estadual com outro de semelhante entrância, similar ao que já é admitido e regulamentado no âmbito federal, apesar de os concursos serem realizados de forma autônoma por cada tribunal regional federal ou do trabalho.[26] Não obstante, já admitiu o CNJ, em

26 Tende a mudar, pois, o entendimento externado pelo CNJ em sua primeira composição plenária (2006) no qual o relator Conselheiro Alexandre de Moraes assentou a impossibilidade de permuta entre juízes integrantes da carreira estadual, apesar da anuência dos respectivos Tribunais de Justiça. EMENTA: Poder Judiciário e Federalismo. "Nos termos do artigo 125 da Constituição da República Federativa do Brasil, a organização da Justiça Estadual deve absoluto respeito às regras federalistas da auto-organização, auto-governo e auto-administração (CF, arts. 93 e 96). Inexistência de uma única carreira referente a todas as justiças estaduais. Não há um único Poder Judiciário Estadual, mas sim, existe a Justiça Estadual como um dos importantes ramos da Justiça Brasileira, exercida pelos Tribunais de Justiça Estaduais e por seus juízes vinculados administrativamente, sem que haja qualquer vaso comunicante administrativo ou jurisdicional entre eles. Impossibilidade de remoção por permuta de magistrados pertencentes a Poderes Judiciários estaduais diversos, mesmo com a concordância dos respectivos Tribunais de Justiça, por corresponder à transferência, ou seja, forma de ingresso em carreira diversa daquela para a qual o servidor público ingressou por concurso, hipótese absolutamente vedada pelo artigo 37, inciso II, do texto constitucional. Pedido improcedente. (CNJ – PP 465 – Rel. Cons. Alexandre de Moraes – 23ª Sessão – j. 15.08.2006 – DJU 01.09.2006).

consulta, a possibilidade de cômputo do exercício da magistratura em esferas distintas do Poder Judiciário como critério de desempate na lista de antiguidade em determinada unidade federativa. [27]

REFERÊNCIAS

ASSESSORIA DE IMPRENSA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/projetosespeciais/justicaitinerante>. Acesso em: 20 abr. 2012.

ASSESSORIA DE IMPRENSA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE ALAGOAS. Disponível em: <http://www.tjal.jus.br/itinerante/>. Acesso em: 20 abr. 2012.

ASSESSORIA DE IMPRENSA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Disponível em: <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2656414/juizado-itinerante-altera-locais-de-atendimento/relacionadas>. Acesso em: 20 abr. 2012.

AZKOUL, Marco Antônio. JUSTIÇA ITINERANTE. Belo Horizonte: Juarez de Oliveira, 2006.

_____ . JUSTIÇA ITINERANTE. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2006.

CAVALCANTE, Tatiana Maria Náufel. OS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS ITINERANTES COMO POLÍTICA PÚBLICA DE ACESSO À JUSTIÇA. Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Maranhão. São Luís, 2010.

FERREIRA, Ana Amélia Menna Barretos de Castro. SISTEMAS TECNOLÓGICOS E O PODER JUDICIÁRIO: RACIONALIZAÇÃO OU DEMOCRATIZAÇÃO DA JUSTIÇA? Revista de direito privado, São Paulo, v. 6, n. 21, p. 22-48, jan./mar. 2005.

LEAL, Jorge Luiz dos Santos. OPERAÇÕES JUSTIÇA RÁPIDA ITINERANTE E DE EXECUÇÃO PENAL EM RONDÔNIA. A Modernização da Justiça como fator Promotor da Eficiência do Poder Judiciário de Rondônia. Dissertação de mestrado. Fundação Getúlio Vargas – Direito Rio. Rio de Janeiro, 2011.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. SECRETARIA DE REFORMA DO JUDICIÁRIO. Experiências de Administração Judicial no Distrito Federal. Disponível em: <http://www.oja.ufpa.br/wp-content/uploads/2009/10/Exp_de_adm_judic_DF.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2012.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BUROCRÁTICA À GERENCIAL. MINISTÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL E REFORMA DO ESTADO. Revista do Serviço Público, v. 1, n. 47, jan./abr. 1996.

PINI, Sueli Pereira. A EXPERIÊNCIA DO JUIZADO ITINERANTE DO AMAPÁ. Conferência proferida no *2º Congresso Brasileiro de Administração da Justiça*. Revista CEJ, Brasília, n. 17, abr./jun. 2002, p. 58.

POLEZZE. Rogério Volpatti. ITINERANTE: A JUSTIÇA POSSÍVEL – COMO CONCRETIZAR ATENDIMENTO SATISFATÓRIO COM RECURSOS ESCASSOS? Revista CEJ, Brasília, n. 32, p. 66-74, jan./mar. 2006.

NAVES, Rubens. REAL ACESSO À JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.rubensnaves.com.br/imagens/artigos/572010_20852.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2012.

SÁ, Luiza Vieira. RONDON: O AGENTE PÚBLICO E POLÍTICO. Tese de doutorado. FFLCH/USP. São Paulo, 2009.

SILVA, José Afonso da. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

27 CONSULTA N. 0000340-51.2012.2.00.0000.

STUSSI, Jurema Schwind Pedroso. ACESSO À JUSTIÇA: UM OLHAR INTERDISCIPLINAR SOBRE A EFETIVIDADE DO PROCESSO. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br>. Acesso em: 20 abr. 2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO DO SUL. Resolução n. 377/2002, do Tribunal Pleno. Disponível em: <http://www.tjms.jus.br/sistemas/biblioteca/legislacao_comp.php?atual=1&lei=17420>. Acesso em: 15 mai. 2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PIAUÍ. Provimento n. 17/2007. Disponível em: <http://www.tjpi.jus.br/corregedoria/uploads/atos/14.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RONDÔNIA. Resolução n. 008/2000. Disponível em: <http://www.tj.ro.gov.br/admweb/faces/jsp/view.jsp?id=-1592451352>. Acesso em: 12 mai. 2012.

WATANABE, Kazuo. POLÍTICA PÚBLICA DO PODER JUDICIÁRIO NACIONAL PARA TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS DE INTERESSES. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2012.

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL



Primeira Seção Cível
Mandado de Segurança n. 2012.004653-9 - Capital
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA - MANDADO DE SEGURANÇA – DEFENSOR PÚBLICO – INDENIZAÇÃO POR ATUAÇÃO EM JUIZADOS ESPECIAIS E SUAS TURMAS RECURSAIS – RECUSA DA AUTORIDADE COATORA AO PAGAMENTO DA REFERIDA VERBA DURANTE O PERÍODO DE FÉRIAS E LICENÇAS E DOS REFLEXOS DESTA NA GRATIFICAÇÃO NATALINA – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – SEGURANÇA DENEGADA.

Não é devida ao Defensor Público do Estado de Mato Grosso do Sul a percepção de indenização pela atuação em Juizados Especiais e suas Turmas Recursais durante os períodos de férias e licenças, tampouco ao reflexo daquela sobre a gratificação natalina, tendo em vista o caráter indenizatório e transitório de tal verba. Ordem denegada.

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, denegar a segurança, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Des. Paschoal.

Campo Grande, 2 de julho de 2012.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Marco Antonio Zeferino da Silva, membro da Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, impetrou mandado de segurança contra ato coator praticado pelo Defensor Público-Geral do Estado, consistente na recusa ao pagamento das verbas indenizatórias de substituição do Juizado Especial e "Tribunal do Júri", para os períodos em que estava em gozo de férias ou licenças, bem como dos reflexos pecuniários de tais verbas na gratificação natalina ("13º salário").

Aduz que o ato coator ofende os artigos 7º e 39, § 3º, da Constituição Federal, e os artigos 106, 112 e 117 da Lei Complementar Estadual n. 111/2005, pois a gratificação natalina deve ser calculada com base na remuneração integral do trabalhador, não havendo qualquer exceção no texto legal quanto a vantagens permanentes ou transitórias.

Pediu a concessão de liminar para o fim de determinar que a autoridade apontada como coatora libere o pagamento do reflexo das referidas verbas indenizatórias sobre a gratificação natalina de 2011, pugnando, ao final, pela concessão da segurança para garantir-lhe o direito ao "recebimento do 13º salário calculado conforme sua remuneração integral, com o reflexo das verbas indenizatórias previstas no art. 106, da LCE n. 111/05".

O Defensor Público-Geral do Estado prestou informações refutando a possibilidade de pagamento de tais verbas indenizatórias no período de férias ou licenças dos Defensores Públicos, conforme a legislação vigente, as quais, de toda sorte, são insuscetíveis de refletirem na gratificação natalina, dada a sua natureza (f. 143-165).

O Estado de Mato Grosso do Sul também apresentou defesa, alegando, em síntese, que as mencionadas verbas indenizatórias não se incorporam ao subsídio e não podem refletir na gratificação natalina (f. 278-299).

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da segurança (f. 303-312).

O Des. Ruy Celso Barbosa Florece, então relator, deferiu a liminar para determinar a liberação do pagamento do reflexo das verbas indenizatórias do art. 106 da LC 111/05 sobre o 13º salário de 2011, pelas vias normais ou folha suplementar (f. 314-315).

VOTO

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

Marco Antonio Zeferino da Silva, membro da Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, impetrou mandado de segurança contra ato coator praticado pelo Defensor Público-Geral do Estado, consistente na recusa ao pagamento das verbas indenizatórias de substituição do Juizado Especial e "Tribunal do Júri", para os períodos em que estava em gozo de férias ou licenças, bem como dos reflexos pecuniários de tais verbas na gratificação natalina (*"13º salário"*).

Aduz que o ato coator ofende os artigos 7º e 39, § 3º, da Constituição Federal, e os artigos 106, 112 e 117 da Lei Complementar Estadual n. 111/2005, pois a gratificação natalina deve ser calculada com base na remuneração integral do trabalhador, não havendo qualquer exceção no texto legal quanto a vantagens permanentes ou transitórias.

Pediu a concessão de liminar para o fim de determinar que a autoridade apontada como coatora libere o pagamento do reflexo das referidas verbas indenizatórias sobre a gratificação natalina de 2011, pugnando, ao final, pela concessão da segurança para garantir-lhe o direito ao *"recebimento do 13º salário calculado conforme sua remuneração integral, com o reflexo das verbas indenizatórias previstas no art. 106, da LCE n. 111/05"*.

O Defensor Público-Geral do Estado prestou informações refutando a possibilidade de pagamento de tais verbas indenizatórias no período de férias ou licenças dos Defensores Públicos, conforme a legislação vigente, as quais, de toda sorte, são insuscetíveis de refletirem na gratificação natalina, dada a sua natureza (f. 143-165).

O Estado de Mato Grosso do Sul também apresentou defesa, alegando, em síntese, que as mencionadas verbas indenizatórias não se incorporam ao subsídio e não podem refletir na gratificação natalina (f. 278-299).

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da segurança (f. 303-312).

O Des. Ruy Celso Barbosa Florece, então relator, deferiu a liminar para determinar a liberação do pagamento do reflexo das verbas indenizatórias do art. 106 da LC 111/05 sobre o 13º salário de 2011, pelas vias normais ou folha suplementar (f. 314-315).

Inicialmente é preciso esclarecer que, a despeito do teor da causa de pedir e pedido, a interpretação lógico-sistemática da petição inicial conduz à conclusão de que a pretensão mandamental direciona-se contra suposta ilegalidade praticada pela autoridade coatora consistente em se recusar a pagar ao impetrante as verbas indenizatórias de atuação no Juizado Especial e suas Turmas Recursais, para os períodos em que o impetrante estava em gozo de férias ou licenças, bem como dos reflexos pecuniários de tais verbas na gratificação natalina (*"13º salário"*).

É que a pretensão lastreia-se na redação do inciso V do artigo 106 da Lei Complementar Estadual n. 111/2005, o qual não faz referência ao Tribunal do Júri". Ademais, a impetração ocorreu porque o Defensor Público-Geral do Estado recusou-se a efetuar o pagamento das referidas verbas durante o período de férias e licenças dos Defensores Públicos e os reflexos destas na gratificação natalina.

Superadas tais digressões, indispensáveis à exata compreensão da matéria controvertida e deslinde da *quaestio iuris*, passo à análise do *writ*.

Por força da Lei Complementar Estadual n. 94/2001 e do § 4º do artigo 39 da Constituição Federal de 1988, o impetrante é remunerado exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, sendo vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o teto do serviço público (CF, art. 37, XI).

Com o advento da Lei Complementar Estadual n. 111/2005, as verbas de substituição dos Defensores Públicos do Estado de Mato Grosso do Sul, então tidas como vantagens pecuniárias, passaram a ser tratadas como verbas indenizatórias (artigo 106).

No tocante à indenização pela atuação em "*Juizados Especiais e suas Turmas Recursais"*, a lei estabelece o seguinte:

> Art. 106. Ao membro da Defensoria Pública serão pagas, além do subsídio, dentre outras previstas em lei, as seguintes indenizações:
>
> [...]
>
> V - pela atuação, mediante designação do Defensor Público-Geral do Estado, perante os Juizados Especiais e suas Turmas Recursais, no valor de vinte por cento do subsídio/dia inicial do cargo de atuação ou de lotação, por todo o período de vigência da designação.

A verba prevista no dispostivo em comento tem natureza transitória e foi concebida com a finalidade de indenizar o Defensor Público designado para atuar temporaridamente nos *Juizados Especiais e suas Turmas Recursais*.

Assim, para fazer jus ao pagamento da referida verba, exige-se que o Defensor Público esteja em atividade, tanto que a própria redação refere-se à "atuação". Cessada essa atuação, por férias ou licença, cessa também a necessidade de indenizá-lo.

Impende salientar que os artigos 112 e 117 da LCE n. 111/2005 garante aos membros da Defensoria Pública o recebimento de todas as *vantagens* do cargo durante o período de férias, licenças ou cedência. A sobredita indenização, por ter natureza transitória, não constitui vantagem do cargo.

De outro lado, tratando-se de verbas de caráter indenizatório, estas são insuscetíveis de servir de base para cálculo do pagamento da gratificação natalina, porquanto este é calculado de acordo com o vencimento e verbas de caráter habitual, ou seja, não transitórias.

Noutros termos, o cálculo de gratificação natalina deve ter como base a remuneração recebida pelo servidor em caráter permanente, não podendo ser incluída as indenizações de caráter transitório.

De toda sorte, sendo indevida a própria verba indenizatória durante os períodos de férias e licenças, é óbvio que não podem refletir no pagamento da gratificação natalina.

O entendimento da Segunda e Quarta Seções Cíveis deste egrégio Tribunal não discrepa, consoante revelam as seguintes ementas:

> EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – DEFENSOR PÚBLICO – GRATIFICAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO – JUIZADOS ESPECIAIS – DÉCIMO TERCEIRO DEVIDO – DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO DEMONSTRADO – SEGURANÇA DENEGADA. Não é devida ao Defensor Público do Estado de Mato Grosso do Sul a percepção do reflexo da gratificação por substituição perante Juizados Especiais, sobre o décimo terceiro salário, tendo em vista o caráter indenizatório da verba decorrente da atuação em órgão distinto do de sua lotação ou perante os Juizados Especiais e suas Turmas Recursais, na forma prevista no artigo 106, incisos IV e V, da Lei Complementar Estadual n. 111/2005 c.c. o artigo 37, § 11, da CF/88 e artigo 4º da EC n. 47/05. (Segunda Seção Cível - Mandado de Segurança n. 2011.037975-8 – Rel. Des. Marco André Nogueira Hanson – j. 14.05.2012)

> EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – MEMBRO DA DEFENSORIA PÚBLICA – ATUAÇÃO EM ÓRGÃO DISTINTO DE SUA LOTAÇÃO – PAGAMENTO DE VERBAS INDENIZATÓRIAS DE SUBSTITUIÇÃO – INCIDÊNCIA EM FÉRIAS E LICENÇAS – REFLEXOS DAS VANTAGENS INDENIZATÓRIAS NO 13º SALÁRIO – NÃO CABIMENTO – SEGURANÇA DENEGADA. 1. Verba indenizatória não integra o subsídio, considerando que a indenização tem como finalidade o ressarcimento, enquanto que o subsídio caracteriza-se como remuneração. A verba indenizatória em comento é uma retribuição pecuniária recebida pelo trabalho que está sendo realizado - pro labore faciendo -, com o término da atuação, cessa também o pagamento em razão do caráter transitório do qual ela se reveste. 2. Quando o membro da Defensoria Pública está de férias ou de licença, não atua nem em substituição - quer perante os Juizados Especiais, quer perante o Tribunal do Júri, outro Defensor ocupará o seu lugar e é para este que o Defensor Público Geral terá de pagar as verbas respectivas, não para quem não está no exercício das funções sob pena de incorrer em bis in idem. 3. O cálculo de gratificação natalina deve ter como base de cálculo a remuneração recebida pelo servidor em caráter permanente, não podendo ser incluída a indenização por substituição em virtude de seu caráter eventual. (Quarta Seção Cível - Mandado de Segurança n. 2012.000909-8 – Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – j. 23.4.2012)

Ante o exposto, em conformidade com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, denego a segurança, reformando a liminar anteriormente concedida.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (1º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (3º Vogal)

Marco Antonio Zeferino da Silva impetra mandado de segurança contra ato praticado pelo Defensor Público – Geral do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente no corte de pagamento do reflexo das verbas indenizatórias sobre o 13º salário de 2011.

Denego a segurança.

Verifica-se, com efeito, que a questão posta em julgamento cinge-se em determinar se é devido ou não o pagamento de verbas de substituição em Juizados Especiais e Tribunal do Júri, para os períodos de férias e licença, com reflexo no 13º salário para o impetrante, que integra a Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul.

Sobre o tema, a Lei Complementar Estadual n.111/05[1] estabelece que:

> Art. 106. Ao membro da Defensoria Pública serão pagas, além do subsídio, dentre outras previstas em lei, as seguintes indenizações:
>
> [...]
>
> IV – pela atuação, mediante designação do Defensor Público-Geral do Estado, em órgão distinto do de sua lotação, em razão da inexistência ou ausência do titular, em valor correspondente a um sessenta avos do subsídio inicial do cargo substituído ou de lotação, por dia de atuação;
>
> V – pela atuação, mediante designação do Defensor Público-Geral do Estado, perante os Juizados Especiais e suas Turmas Recursais, no valor de vinte por cento do subsídio/dia inicial do cargo de atuação ou de lotação, por todo o período de vigência da designação.
>
> [...]

As indenizações, como se vê, dependem da efetiva prestação dos serviços, porquanto são, na verdade, vantagens *propter laborem.* A retribuição pecuniária, portanto, só é devida quando o serviço que a enseja for efetivamente prestado.

Desse modo, ao contrário do que afirma o impetrante, as mesmas não se incorporam às remunerações e, por consequência, não devem integrar a base de cálculo do 13º salário, sobretudo porque não são vantagens fixas, porquanto, como afirmado, dependem da atuação do Defensor Público em órgão distinto de sua lotação.

Anote-se, por necessário, que, quando os dispositivos legais supramencionados dispuseram que durante as férias e licenças o Defensor Público terá direito a todas as vantagens do cargo, como se estivesse em exercício, garantiram que o Defensor Público não sofra redução de seu subsídio e das vantagens adquiridas em razão de implemento de qualquer outra condição prevista em lei, como, por exemplo, o qüinqüênio, ou a contagem do tempo para fins de aposentadoria ou mesmo de licença prêmio, se prevista na lei de regência, mas não para receber, durante férias e licença, verbas de substituição e de exercício de funções junto aos Juizados Especiais e Tribunal do Júri, inclusive com reflexo no 13º salário.

Por tais razões, as indenizações de que tratam os incisos IV e V do art. 106 da Lei Complementar Estadual n. 111/05, devidas em razão de substituição, não devem ser estendidas ao período em que a impetrante estiver em gozo de férias ou licença e tampouco incidir em reflexo no décimo terceiro salário.

Sobre o tema, leciona Hely Lopes Meirelles [2]:

> As vantagens condicionadas ou modais, mesmo que auferidas por longo tempo em razão do preenchimento dos requisitos exigidos para sua percepção, não se incorporam

1 Organiza a Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul e estabelece a competência e estrutura dos seus órgãos, a organização e estatuto da respectiva carreira.

2 Direito Administrativo Brasileiro", 30. ed, SP, Malheiros, p 471.

> ao vencimento, a não ser quando essa integração for determinada por lei. E a razão dessa diferença de tratamento está em que as primeiras (por tempo de serviço) são vantagens pelo trabalho já feito (pro labore facto), ao passo que as outras (condicionais ou modais) são vantagens pelo trabalho que está sendo feito (pro labore faciendo) ou, por outras palavras, são adicionais de função (ex facto officili), ou são gratificações de serviço (propter laborem), ou, finalmente, são gratificações em razão de condições pessoais do servidor (propter personam).

Daí por que, quando cessa o trabalho, ou quando desaparece o fato ou a situação que lhes dá causa, deve cessar o pagamento de tais vantagens, sejam elas adicionais de função, gratificações de serviço ou gratificações em razão das condições pessoais do servidor. [...]

Essas gratificações só devem ser percebidas enquanto o servidor está prestando o serviço que as enseja, porque são retribuições pecuniárias pro labore faciendo e propter laborem.

Cessado o trabalho que lhes dá causa ou desaparecidos os motivos excepcionais e transitórios que as justificam, extingue-se a razão de seu pagamento.

Daí por que não se incorporam automaticamente ao vencimento, nem são auferidas na disponibilidade e na aposentadoria, salvo quando a lei expressamente o determina, por liberalidade do legislador.

No mesmo sentido, eis o entendimento da 4ª Seção Cível desta Corte Estadual em caso idêntico:

> EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – MEMBRO DA DEFENSORIA PÚBLICA – ATUAÇÃO EM ÓRGÃO DISTINTO DE SUA LOTAÇÃO – PAGAMENTO DE VERBAS INDENIZATÓRIAS DE SUBSTITUIÇÃO – INCIDÊNCIA EM FÉRIAS E LICENÇAS – REFLEXOS DAS VANTAGENS INDENIZATÓRIAS NO 13º SALÁRIO – NÃO CABIMENTO – SEGURANÇA DENEGADA.
>
> 1. Verba indenizatória não integra o subsídio, considerando que a indenização tem como finalidade o ressarcimento, enquanto que o subsídio caracteriza-se como remuneração. A verba indenizatória em comento é uma retribuição pecuniária recebida pelo trabalho que está sendo realizado - pro labore faciendo -, com o término da atuação, cessa também o pagamento em razão do caráter transitório do qual ela se reveste.
>
> 2. Quando o membro da Defensoria Pública está de férias ou de licença, não atua nem em substituição - quer perante os Juizados Especiais, quer perante o Tribunal do Júri, outro Defensor ocupará o seu lugar e é para este que o Defensor Público Geral terá de pagar as verbas respectivas, não para quem não está no exercício das funções sob pena de incorrer em bis in idem.
>
> 3. O cálculo de gratificação natalina deve ter como base de cálculo a remuneração recebida pelo servidor em caráter permanente, não podendo ser incluída a indenização por substituição em virtude de seu caráter eventual.(destaquei)

Ante o exposto, denego a segurança pleiteada.

O Sr. Juiz Marco José de Brito Rodrigues (4º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, E COM O PARECER, DENEGARAM A SEGURANÇA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, O DES. PASCHOAL.

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Claudionor Miguel Abss Duarte, Divoncir Schreiner Maran, Sérgio Fernandes Martins e o Juiz Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 2 de julho de 2012.

***

Órgão Especial
Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 2012.016805-5/0001-00 - Nioaque
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA – INDEFERIMENTO DA INICIAL – DIREITO LÍQUIDO E CERTO INEXISTENTE – ATO TIDO COMO COATOR EM CONSONÂNCIA COM AS NORMAS QUE REGEM A MATÉRIA – ARTIGO 123 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – DECISÃO MANTIDA PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS – RECURSO IMPROVIDO.

Nega-se provimento ao recurso se as razões apresentadas no regimental não alteram o entendimento anterior. Verificada de plano a ausência do direito líquido e certo, e de ilegalidade ou abusividade do ato, o indeferimento da inicial se impõe.

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 recurso, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, a Des.ª Tânia.

Campo Grande, 11 de julho de 2012.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

O Estado de Mato Grosso do Sul interpõe agravo regimental em face da decisão de fls. 163/164, que de plano indeferiu a inicial, em razão da ausência do direito líquido e certo pleiteado.

Alega que existe violação aos princípios do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, da CF) e da legalidade (art. 5º, II e 37, caput, ambos da CF), devido a inobservância do rito procedimental previamente estabelecido, concernente à interdição de unidades prisionais.

Entende que, por se tratar de ato vinculado, deveria ter sido seguido tanto pelo magistrado de instância singela como pelo Corregedor-Geral de Justiça, mesmo que a interdição seja apenas parcial.

Acrescenta que não cabe ao judiciário invadir seara de conveniência e oportunidade conferida ao ente público, para determinar a realização de obras ou mesmo organizar a atividade policial de determinada localidade.

Caso não seja exercido o juízo de retratação, requer o provimento do recurso, reformado-se a decisão atacada, para o fim de determinar o regular processamento da ação.

VOTO

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

O Estado de Mato Grosso do Sul interpõe agravo regimental em face da decisão de fls. 163/164, que de plano indeferiu a inicial, em razão da ausência do direito líquido e certo pleiteado.

Alega que existe violação aos princípios do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, da CF) e da legalidade (art. 5º, III e 37, caput, ambos da CF), devido a inobservância do rito procedimental previamente estabelecido, concernente à interdição de unidades prisionais.

Entende que, por se tratar de ato vinculado, deveria ter sido seguido tanto pelo magistrado de instância singela como pelo Corregedor-Geral de Justiça, mesmo que a interdição seja apenas parcial.

Acrescenta que não cabe ao judiciário invadir seara de conveniência e oportunidade conferida ao ente público, para determinar a realização de obras ou mesmo organizar a atividade policial de determinada localidade.

Caso não seja exercido o juízo de retratação, requer o provimento do recurso, reformado-se a decisão atacada, para o fim de determinar o regular processamento da ação.

Ao apreciar a questão posta nos autos, conclui-se pela ausência de demonstração do direito líquido e certo perseguido na inicial, nos seguintes termos:

> Pelos documentos acostadas às fls.26/42 e 103/107, se pode constatar, facilmente, que a situação atual da cadeia é totalmente inadequada para receber os menores, sob todos os pontos de vista.
>
> Devido a superlotação e falta de condições humanas - Os 6 (seis) menores estavam em uma cela comum, em péssimo estado (fl. 48), para no máximo 4 (quatro) integrante – recentemente, houve tentativa de fuga, tendo sido arrancada algumas grades e feito um buraco na parede. Por isso, foram colocados no corredor que dá acesso as outras celas em contato direto com presos provisórios adultos, sem as mínimas condições de higiene (fl. 103/107).
>
> O local onde funciona o cárcere é cercado de residência não oferecendo qualquer segurança aos moradores da vizinhança, já que a delegacia é totalmente aberta, o que facilita o risco de fuga, inexistindo guarda externa.
>
> Nessa esteira, o relatório apresentado pelo Conselho Tutelar de fls. 47 conclui pela remoção dos menores para estabelecimento próprio de acolhimento e assistência, ante a manifesta violação as normas do Estatuto da Criança e do Adolescente, corroborado nas considerações apresentadas pelo investigador de polícia plantonista (fls. 110).
>
> Conforme assinalado no parecer da Juíza Auxiliar da Corregedoria (fls. 115/117), muito embora o magistrado "a quo" não tenha seguido o comando do artigo 128, do Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça, agiu de forma coerente ao determinar a interdição parcial, proibindo o ingresso de adolescentes na delegacia, ante a manifesta violação ao artigo 123 do ECA, por esse motivo, se manifestou pela ratificação do ato cautelar.
>
> Como vimos de ver, a própria Corregedoria aprovou a interdição decretada pelo magistrado, de forma que o mero descumprimento de ordem processual não tem o condão de macular e medida adotada, revestida, por seu turno, de sensatez e caráter humanitário, digna de elogios.

> [...]
>
> Na espécie, a norma que fundamentou o ato impugnado, artigo 123 do ECA, é clara no sentido de que "a internação deverá ser cumprida em entidade exclusiva para adolescentes, em local distinto daquele destinado ao abrigo, obedecida rigorosa separação por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração".
>
> Inexiste, portanto, o direito líquido e certo para se prosseguir com o writ, mesmo porque houve apenas inversão de ato procedimental que exterioriza a subsunção dos fatos ocorridos na delegacia de Nioaque à norma acima transcrita.

Dessarte, as razões apresentadas neste regimental, a meu ver, não têm o condão de alterar o entendimento externado na decisão acima transcrita, a qual deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, A DES.ª TÂNIA.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Claudionor Miguel Abss Duarte, João Carlos Brandes Garcia, Oswaldo Rodrigues de Melo, Josué de Oliveira, Joenildo de Sousa Chaves, João Maria Lós, Divoncir Schreiner Maran, Paulo Alfeu Puccinelli, Borges, Paschoal Carmello Leandro, Sérgio Fernandes Martins e Rubens Bergonzi Bossay.

Campo Grande, 11 de julho de 2012.

***

Quarta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.018640-0 - Campo Grande
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE NULIDADE DE DUPLICATA C/C CANCELAMENTO DE PROTESTO COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAS – DUPLICATA RECEBIDA POR ENDOSSO – PROTESTO EFETIVADO PELO BANCO ENDOSSATÁRIO – RESPONSABILIDADE PELOS DANOS CAUSADOS – NECESSIDADE DE CULPA – ENDEREÇOS DIVERSOS NA DUPLICATA E NA NOTA FISCAL – ASSINATURA DO RECEBEDOR DA MERCADORIA SEM QUALQUER OUTRA IDENTIFICAÇÃO – NEGLIGÊNCIA VERIFICADA – REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO ARBITRADA A TÍTULO DE DANOS MORAIS – INCIDÊNCIA DOS JUROS DE MORA A PARTIR DA CITAÇÃO VÁLIDA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS IMPROVIDOS.

"Só responde por danos materiais e morais o endossatário que recebe título de crédito por endosso-mandato e o leva a protesto se extrapola os poderes do mandatário ou em razão de ato culposo próprio, como no caso de apontamento depois da ciência acerca do pagamento anterior ou da falta de higidez da cártula". (STJ - REsp 1063474/RS – Segunda Seção – julgado pelo rito dos recursos repetitivos).

Consideradas as particularidades do caso, mormente a situação enfrentada pela autora (teve abalado o seu crédito no ramo em que atua – confecção - em razão de protesto indevido de duplicatas com anotação no banco de dados do Serasa S/A e SPC), a condenação ao pagamento de indenização por danos morais estipulada na sentença em R$ 16.200,00 (dezesseis mil e duzentos reais), não deve ser considerada exorbitante, principalmente levando-se em conta que cada réu foi condenado a pagar apenas 50% da referida quantia.

De acordo com a Súmula 54 do STJ "*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 Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento aos recursos, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 24 de julho de 2012.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Banco Bradesco S/A e *Confiança Confecções Ltda.* interpõem recurso de Apelação Cível inconformados com a sentença (fls. 243/249) proferida pelo MM. Juiz de Direito da 14ª Vara Cível da

Comarca de Campo Grande, na Ação de Nulidade de Duplicata e Cancelamento de Protesto c/c Indenização por Danos Morais e Materias n. 001.04.113506-8, movida por *Margonato e Margonato Ltda. - Me*, na qual se julgou parcialmente procedente o pedido inicial para declarar a nulidade das duplicatas com o cancelamento dos seus respectivos protestos, condenando os apelantes ao pagamento de indenização por danos morais, a serem corrigidos monetariamente com base no IGPM/FGV a partir da data da sentença e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês a partir da data do evento danoso (primeiro protesto).

O Banco Bradesco S/A, em suas razões recursais (fls. 264/278), alega, em síntese, que agiu de boa-fé e dentro da legalidade, não sendo o responsável por eventuais danos sofridos pelo apelado, devendo a ação ser julgada totalmente improcedente em relação a ele. Não sendo este o entendimento adotado, requer a redução do valor arbitrado a título de danos morais.

Em suas razões recursais (fls. 289/296), Confiança Confecções Ltda. de igual forma pugna pela redução da indenização fixada e ainda, que os juros de mora sejam contados a partir da citação válida.

A apelada, em suas contrarrazões recursais (fls. 301/306), requer o improvimento dos recursos.

VOTO

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

Banco Bradesco S/A e *Confiança Confecções Ltda.* interpõem recurso de Apelação Cível inconformados com a sentença (fls. 243/249) proferida pelo MM. Juiz de Direito da 14ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, na Ação de Nulidade de Duplicata e Cancelamento de Protesto c/c Indenização por Danos Morais e Materias n. 001.04.113506-8, movida por *Margonato e Margonato Ltda. - Me*, na qual se julgou parcialmente procedente o pedido inicial para declarar a nulidade das duplicatas com o cancelamento dos seus respectivos protestos, condenando os apelantes ao pagamento de indenização por danos morais, a serem corrigidos monetariamente com base no IGPM/FGV a partir da data da sentença e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês a partir da data do evento danoso (primeiro protesto).

O Banco Bradesco S/A, em suas razões recursais (fls. 264/278), alega, em síntese, que agiu de boa-fé e dentro da legalidade, não sendo o responsável por eventuais danos sofridos pelo apelado, devendo a ação ser julgada totalmente improcedente em relação a ele. Não sendo este o entendimento adotado, requer a redução do valor arbitrado a título de danos morais.

Em suas razões recursais (fls. 289/296), Confiança Confecções Ltda. de igual forma pugna pela redução da indenização fixada e ainda, que os juros de mora sejam contados a partir da citação válida.

A apelada, em suas contrarrazões recursais (fls. 301/306), requer o improvimento dos recursos.

Extrai-se dos autos que a empresa apelada é estabelecida há vários anos no ramo de comércio de confecções na cidade de Pontes e Lacerda/MT e sempre gozou de crédito no mercado em que atua. Entretanto, foi surpreendida com restrição ao seu crédito nos órgãos de proteção ao consumidor (SPC e SERASA) em virtude de dois protestos de duplicatas fraudulentas (a empresa jamais efetuou compras ou recebeu qualquer mercadoria da empresa requerida) realizados no Cartório de Alta Floresta/MT.

Em razão da situação mencionada, ingressou com a presente ação em face do Banco Bradesco e da empresa emitente das duplicatas fraudulentas, sendo julgado parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial para declarar a nulidade das duplicatas com o cancelamento dos seus respectivos protestos, condenando os apelantes ao pagamento de indenização por danos morais, a serem corrigidos

monetariamente com base no IGPM/FGV a partir da data da sentença e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês a partir da data do evento danoso (primeiro protesto).

A empresa Confiança Confecções Ltda., não foi localizada, sendo determinada a sua citação por edital e posterior nomeação de curador especial para patrociná-la.

1 – Da ilegitimidade do Banco Bradesco S/A

Inicialmente, alega o Banco Bradesco S/A que, ao levar as duplicatas à protesto agiu de boa-fé e dentro da legalidade, tendo em vista que, quando os mencionados títulos de crédito são transferidos por intermédio de endosso translativo, todos os direitos dele decorrentes são transferidos ao credor, e não sendo pagos, necessário se faz o protesto, por constituir garantia do endossatário para exercer o direito de regresso contra os co-obrigados cambiais.

Em face disso, requer o reconhecimento da ilegitimidade do banco para responder à ação indenizatória com o afastamento da condenação à ele imposta.

Dessa forma, a controvérsia posta nos autos cinge-se quanto à responsabilidade de quem recebe título de crédito por endosso e leva-o a protesto, o qual, posteriormente, é considerado indevido.

A questão em análise foi levada à apreciação da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, pelo rito do art. 543-C, do Código de Processo Civil (recursos repetitivos) e Resolução n. 8/2008 do STJ, que assim decidiu:

> DIREITO CIVIL E CAMBIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. DUPLICATA RECEBIDA POR ENDOSSO-MANDATO. PROTESTO. RESPONSABILIDADE DO ENDOSSATÁRIO. NECESSIDADE DE CULPA. 1. Para efeito do art. 543-C do CPC: Só responde por danos materiais e morais o endossatário que recebe título de crédito por endosso-mandato e o leva a protesto se extrapola os poderes de mandatário ou em razão de ato culposo próprio, como no caso de apontamento depois da ciência acerca do pagamento anterior ou da falta de higidez da cártula. 2. Recurso especial não provido. (REsp 1063474/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 28/09/2011, DJe 17/11/2011)

Assim, deve ser analisado o caso concreto para verificar se o apelante agiu de forma culposa.

De acordo com o art. 15, da Lei 5.474/68, a duplicata não aceita, quando acompanhada do devido comprovante de entrega da mercadoria pode ser levada a protesto, veja-se:

> Art 15 - A cobrança judicial de duplicata ou triplicata será efetuada de conformidade com o processo aplicável aos títulos executivos extrajudiciais, de que cogita o Livro II do Código de Processo Civil,quando se tratar: (Redação dada pela Lei nº 6.458, de 1º.11.1977)
>
> l - de duplicata ou triplicata aceita, protestada ou não; (Redação dada pela Lei nº 6.458, de 1º.11.1977)
>
> II - de duplicata ou triplicata não aceita, contanto que, cumulativamente: (Redação dada pela Lei nº 6.458, de 1º.11.1977)
>
> a) haja sido protestada; (Redação dada pela Lei nº 6.458, de 1º.11.1977)
>
> b) esteja acompanhada de documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria; e (Redação dada pela Lei nº 6.458, de 1º.11.1977)

> c) o sacado não tenha, comprovadamente, recusado o aceite, no prazo, nas condições e pelos motivos previstos nos arts. 7º e 8º desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 6.458, de 1º.11.1977)

Infere-se do conjunto probatório que o banco endossatário recebeu duplicatas emitidas pela empresa Confiança Confecções Ltda., não aceitas e acompanhadas de nota fiscal com assinatura aposta no campo de identificação e assinatura do recebedor, figurando a empresa apelada como sacado (fls. 53/55 e 100/104).

Verifica-se que o endereço da empresa apelada contido na nota fiscal está correto, constando a cidade de Pontes e Lacerda/MT, como sendo a da entrega das mercadorias, contudo, nas duplicatas emitidas, em que pese o endereço estar correto, a emitente dos títulos, ao invés de informar a cidade de Pontes e Lacerda/MT, registrou a cidade de Alta Floresta/MT.

No caso em análise, tenho que o Banco apelante agiu de forma culposa, primeiro, porque deveria ter tido o mínimo de cautela e verificar que os endereços constantes da nota fiscal e das duplicatas eram diversos, segundo, porque a assinatura inserida na nota fiscal vem desprovida de qualquer identificação do assinante, não se mostrando hábil a comprovar a efetiva entrega de mercadoria.

A lei é clara ao estabelecer como requisito para protesto de duplicata sem aceite, que esta esteja acompanhada de documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria, o que não se verifica *in casu,* pois, até mesmo o campo da nota fiscal em que consta a assinatura do suposto recebedor da mercadoria é denominado "identificação e assinatura do recebedor", razão pela qual a assinatura deveria vir acompanhada do nome por extenso e RG da pessoa que assinou.

Assim, a boa-fé da instituição financeira não afasta a sua responsabilidade, porque, ao levar o título a protesto sem as devidas cautelas, assume o risco sobre eventual prejuízo acarretado a terceiros, alheios à relação entre endossante e endossatário.

Neste sentido, são os julgados do Superior Tribunal de Justiça:

> A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a instituição financeira que procede a protesto de duplicata sem aceite, recebida mediante endosso translativo, tem evidente legitimidade passiva para a ação declaratória de inexigibilidade do título. Sendo reconhecido pelas instâncias ordinárias a responsabilidade do Banco, que levou a protesto o título recebido, sem as devidas cautelas, impõe-se-lhe os ônus patrimoniais devidos. (AgRg no Ag 1153347/SE, Rel. Ministro Honildo Amaral De Mello Castro (Desembargador Convocado Do TJ/AP), Quarta Turma, julgado em 15/06/2010, DJe 28/06/2010).
>
> 1. O Banco, portador do título, é responsável pela reparação de danos causados ao sacado pelo protesto de duplicata não aceita ou emitida sem vinculação à uma dívida real. 2. A boa-fé da instituição financeira não afasta a sua responsabilidade, porque, ao levar o título a protesto sem as devidas cautelas, assume o risco sobre eventual prejuízo acarretado a terceiros, alheios à relação entre endossante e endossatário. (AgRg no Ag 777.258/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, Rel. p/Acórdão Ministro MASSAMI UYEDA, QUARTA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJe 08/06/2009).
>
> 1. O que o ordenamento jurídico brasileiro veda - e isso desde o Decreto n.º 2.044/1908, passando-se pelo Código Civil de 1916 e, finalmente, chegando-se à Lei Uniforme de Genebra - é a oposição de exceções de natureza pessoal a terceiros de boa-fé, vedação que não abarca os vícios de forma do título, extrínsecos ou intrínsecos, como a emissão de duplicata simulada, desvinculada de qualquer negócio jurídico e, ademais, sem aceite ou protesto a lhe suprir a falta. 2. Em relação à Duplicata - é até ocioso ressaltar -,

> a Lei n.º 5.474/68 condiciona a sua emissão à realização de venda mercantil ou prestação de serviços, bem como a aceitação do sacado ou, na ausência, o protesto acompanhado de comprovante da realização do negócio subjacente, sem os quais estará configurado o vício de forma intrínseco, o qual poderá ser oposto pelo sacado a qualquer endossatário, ainda que de boa-fé. (REsp 774.304/MT, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 05/10/2010, DJe 14/10/2010). Grifei.

Observa-se ainda, que nestes casos o dano moral é presumível, conforme a jurisprudência do STJ, a seguir:

> AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DANO MORAL. PROTESTO INDEVIDO. AUSÊNCIA DE CONDUTA ILÍCITA E REVISÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. AGRAVO IMPROVIDO. [...] O entendimento deste Tribunal inclina-se no sentido de que, nos casos de protesto indevido de título, o prejuízo é presumido. (AgRg nos EDcl no Ag 817.316/SP, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Quarta Turma, julgado em 07/08/2007, DJ 20/08/2007, p. 288).

> O protesto de título já quitado acarreta prejuízo à reputação da pessoa jurídica, sendo presumível o dano extrapatrimonial que resulta deste ato. Consoante reiterada jurisprudência desta Corte, "é presumido o dano que sofre a pessoa jurídica no conceito de que goza na praça em virtude de protesto indevido, o que se apura por um juízo de experiência. (Cfr. REsp. 487.979/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado De Aguiar, DJ 08.09.2003). Precedentes. (REsp 662.111/RN, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, julgado em 21/09/2004, DJ 06/12/2004, p. 336). Destaquei.

Dessa forma, não há que se falar em ilegitimidade do Banco endossatário, pois, ao levar um título a protesto sem as cautelas necessárias, agiu de forma negligente, razão pela qual mantem-se a sua condenação pelos danos morais sofridos pela empresa apelada.

2 – Da redução do valor fixado a título de indenização por danos morais

Os apelantes Banco Bradesco S/A e Confiança Confecções Ltda. foram condenados a pagar a indenização por danos morais estipulada em R$ 16.200,00 (dezesseis mil e duzentos reais) à empresa apelada, na importância de 50% cada um. Requerem a redução do referido valor.

No momento de se fixar o valor a ser pago a título de danos morais devem ser considerados os aborrecimentos sofridos pela parte autora com a inscrição de seu nome em órgão de proteção ao crédito, no entanto, evitando a caracterização do seu enriquecimento ilícito. Por outro lado, também, há se ser observada a notória força econômica da outra parte.

Consideradas as particularidades do caso, mormente a situação enfrentada pela autora (teve abalado o seu crédito no ramo em que atua – confecção - em razão de protesto indevido de duplicatas com anotação no banco de dados do Serasa S/A e SPC), a condenação ao pagamento de indenização por danos morais estipulada na sentença em R$ 16.200,00 (dezesseis mil e duzentos reais), não deve ser considerada exorbitante, principalmente levando-se em conta que cada réu foi condenado a pagar apenas 50% da referida quantia.

Em casos análogos, o Superior Tribunal de Justiça já assentou ser razoável o arbitramento de indenização entre 10 a 30 salários mínimos (cf. entre muitos outros, os acórdãos nos REsp. 824.827/CE, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, DJ de 28.5.2007; REsp 874.496/SC, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, DJ de 12.2.2007; AgRg no Ag 775.459/PR, Rel. Ministro Carlos Alberto

Menezes Direito, Terceira Turma, DJ de 26.3.2007 e REsp 754.477/PR, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, DJ de 6.11.2006; REsp 710.741/AL, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, DJ de 21.8.2006).

Assim, levando em conta a hipótese enfrentada e de acordo com a harmônica jurisprudência desta 4ª. Câmara Cível, mantém-se a indenização fixada na sentença de primeira instância, pois atende às finalidades deste instituto jurídico, quais sejam: a justa compensação e o caráter pedagógico, levando-se em consideração as nuances que precederam a ocorrência do fato ensejador da reparação.

3 – Da incidência dos juros moratórios a partir da citação válida

A apelante Confiança Confecções Ltda. sustenta ainda, que os juros de mora devem ser contados a partir da citação válida, momento em que o devedor é constituído em mora. Novamente, não lhe assiste razão.

De acordo com a Súmula 54 do STJ "*os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual*".

Portanto, mantem-se a sentença de primeiro grau que fixou os juros de mora de 1% ao mês a partir da data do evento danoso, qual seja, o primeiro protesto realizado no dia 04/09/2003 (fl.24).

4 - Dispositivo

Diante do exposto, conheço dos recursos mas nego-lhes provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

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

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

Campo Grande, 24 de julho de 2012.

***

Primeira Seção Cível
Mandado de Segurança n. 2012.001909-9 - Tribunal de Justiça
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – DEFENSOR PÚBLICO – REFLEXOS DA GRATIFICAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO SOBRE O DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO – NÃO CABIMENTO – INDENIZAÇÃO QUE NÃO INTEGRA A REMUNERAÇÃO INTEGRAL DO SERVIDOR – SEGURANÇA DENEGADA.

É permitido à Administração Pública, por meio de lei, alterar as atribuições, os requisitos de investidura em cargos públicos e a forma de remuneração dos servidores públicos estatutários, desde que resguardado o direito à irredutibilidade dos vencimentos.

As verbas de substituição que anteriormente possuíam caráter de vantagem pecuniária, passaram a ser tratadas como verbas indenizatórias, não podendo servir de base para cálculo do pagamento de 13º salário, porquanto este é calculado de acordo com o vencimento e verbas de caráter habitual, ou seja, não transitórias.

Esta Corte tem se firmado no sentido de que quando de férias, ou licença, o Defensor Público não exerce as funções de substituição e de atuação, quer perante os Juizados Especiais, quer perante o Tribunal do Júri e por isso não faz jus aos seus reflexos sobre o 13° Salário.

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, denegar a segurança, nos termos do voto do relator. Ausente, justificadamente, o Des. Paschoal.

Campo Grande, 2 de julho de 2012.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Mônica Maria de Salvo Fontoura impetra mandado de segurança com pedido liminar contra ato praticado pelo Defensor Público-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul, que cortou o pagamento dos reflexos da gratificação por substituição sobre o 13º Salário de 2011.

Sustenta que ao assim proceder a autoridade impetrada ofende, em especial, o artigo 95 da Lei Complementar nº 51/1990, além de dispositivos constitucionais.

Ressalta, para tanto, fazer jus à percepção das gratificações referentes às substituições que exerce, destacando que o exercício da função especial se amolda à situação fática previamente estabelecida na

norma jurídica pertinente, sendo, a seu critério, devido o recebimento dos seus reflexos sobre o décimo terceiro salário.

Requer, ao final, a concessão da segurança, de molde a lhe garantir o direito ao recebimento do 13º salário, calculado conforme sua remuneração integral, inclusive com o reflexo das verbas indenizatórias previstas no artigo 106, da LC n. 111/05.

A liminar foi concedida às f. 100-103.

O Estado de Mato Grosso do Sul, ingressando na lide, prestou informações às f. 242-259, sustentando a legalidade da supressão das verbas atinentes àquelas gratificações, já que as verbas indenizatórias não entram no cômputo do 13º Salário, não sendo vantagens inerentes e permanentes do cargo. Pleiteou a denegação da segurança, inclusive, prequestionando eventual negativa de vigência a dispositivo de lei, no intuito de alçar recurso em instância superior.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação da ordem (f. 264-272).

VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator)

A questão cinge-se à verificação de ilegalidade no ato praticado pela autoridade coatora, que suprimiu do cálculo da gratificação natalina as vantagens indenizatórias relativas à substituição, da folha de pagamento da impetrante, supostamente em contrariedade à lei de regência.

A impetrante pretende ver reintegrada na base de cálculo da gratificação natalina ou 13º salário a parcela devida em decorrência da substituição exercida, tal como vinha ocorrendo nos anos anteriores.

Em que pese haver deferido a liminar pleiteada em sede de análise perfunctória da matéria, tenho que a segurança não merece ser concedida.

Isso porque o sistema remuneratório da Defensoria Pública passou por diversas alterações desde a Lei n.º 51/1990, visando a adequação aos novos termos trazidos pelo texto constitucional que, com o advento da EC 19/98, estabeleceu o regime remuneratório mediante subsídio, tendo como principal característica a remuneração por meio de parcela única, que representa a remuneração integral do agente, incluindo qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio ou verba de representação.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 39, § 4º (com a redação dada pela EC n. 19/98), determina que:

> Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas. [...] § 4º O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

Os incisos X e XI do art. 37 da Carta Magna, por sua vez, impõem:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade,

> impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) [...] X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como li-mite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003).

Isto é, na existência de lei específica a regulamentar a remuneração de determinada carreira mediante subsídio, deve-se observar, além do teto do serviço público, a vedação à inclusão de quaisquer valores relativos a gratificações, adicionais, abonos, prêmios, verbas de representação ou outras espécies remuneratórias.[1]

O sistema remuneratório da Defensoria Pública foi trazido por meio da Lei Complementar n.º 94/2001, que além de instituir o pagamento por meio de subsídio, substituiu as vantagens pecuniárias por indenizações, dando nova redação à Lei Complementar n.º 51/1990 que passou a assim dispor:

> Art. 87. O subsídio mensal do membro da Defensoria Pública deverá ser fixado, observado o disposto nos artigos 37, XI e XV; 39, § 4º; 134, parágrafo único; e 135, todos da Constituição Federal, em nível condizente com a relevância da função e de forma a compensar as incompatibilidades e vedações específicas que lhe são impostas e a constituir real atrativo em relação as demais carreiras [...].
>
> Art. 88. Ao membro da Defensoria Pública serão pagas, além do subsídio, as seguintes indenizações: [...] V - pela atuação, mediante designação do Procurador-Geral, em outro órgão, distinto da sua lotação, em razão de inexistência ou ausência do titular, em valor correspondente à sessenta avos do subsídio inicial da respectiva entrância [...].

Posteriormente, a Lei Complementar Estadual nº 111/2005, determinou que:

> Art. 106 – Ao membro da Defensoria Pública serão pagas, além do subsídio, dentre outras previstas em lei, as seguintes indenizações: IV- pela atuação, mediante designação do Procurador Geral, em outro órgão, distinto de sua lotação, em razão de inexistência ou ausência do titular, em valor correspondente à um sessenta avos do subsídio inicial do cargo substituído ou de lotação, por dia de atuação. Parágrafo único- é vedado o pagamento, além do subsídio e das indenizações previstas neste artigo, de qualquer complementação ou parcela remuneratória a membro da Defensoria Pública, exceto a gratificação natalina e o abono de férias.

Dessa forma, percebe-se que as verbas de substituição que anteriormente possuíam caráter de vantagem pecuniária, passaram a ser tratadas como verbas indenizatórias. Em razão disso, as verbas de

1 "consiste em nova modalidade de retribuição pecuniária paga a certos agentes públicos, em parcela única, sendo vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória" (Dirley da Cunha Junior, In Curso de Direito Administrativo. 4ª ed. Bahia: JusPodivm. p. 221).

caráter indenizatório não servem de base para cálculo do pagamento de 13º salário, porquanto este é calculado de acordo com o vencimento e verbas de caráter habitual, ou seja, não transitórias.

Nesse sentido:

> MANDADO DE SEGURANÇA – MEMBRO DA DEFENSORIA PÚBLICA – ATUAÇÃO EM ÓRGÃO DISTINTO DE SUA LOTAÇÃO – PAGAMENTO DE VERBAS INDENIZATÓRIAS DE SUBSTITUIÇÃO – INCIDÊNCIA EM FÉRIAS E LICENÇAS – REFLEXOS DAS VANTAGENS INDENIZATÓRIAS NO 13º SALÁRIO – NÃO CABIMENTO – SEGURANÇA DENEGADA. 1. Verba indenizatória não integra o subsídio, considerando que a indenização tem como finalidade o ressarcimento, enquanto que o subsídio caracteriza-se como remuneração. A verba indenizatória em comento é uma retribuição pecuniária recebida pelo trabalho que está sendo realizado - pro labore faciendo - com o término da atuação, cessa também o pagamento em razão do caráter transitório do qual ela se reveste. 2. Quando o membro da Defensoria Pública está de férias ou de licença, não atua nem em substituição - quer perante os Juizados Especiais, quer perante o Tribunal do Júri, outro Defensor ocupará o seu lugar e é para este que o Defensor Público Geral terá de pagar as verbas respectivas, não para quem não está no exercício das funções sob pena de incorrer em bis in idem. 3. O cálculo de gratificação natalina deve ter como base de cálculo a remuneração recebida pelo servidor em caráter permanente, não podendo ser incluída a indenização por substituição em virtude de seu caráter eventual" (TJMS - Mandado de Segurança - N. 2012.000909-8/0000-00 - Relator - Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - J. 23.4.2012).

Outrossim, é permitido à Administração Pública, por meio de lei, alterar as atribuições, os requisitos de investidura em cargos públicos e a forma de remuneração dos servidores públicos estatutários, desde que resguardado o direito à irredutibilidade dos vencimentos.

Nesse sentido, o seguinte precedente da Corte Superior de Justiça:

> [...] 1. O subsídio, termo introduzido na Constituição Federal pela EC n. 19/98, consubstancia espécie de remuneração, paga em parcela única, sendo vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, prêmio ou verba de representação. 2. Esta Corte firmou entendimento de que a lei nova pode regular as relações jurídicas com a Administração Pública, extingüindo, reduzindo ou criando vantagens, bem como determinando reenquadramentos, transformações ou reclassificações, não havendo falar em direito adquirido a regime jurídico, desde que observada a proteção constitucional à irredutibilidade de vencimentos. 3. Recurso especial improvido. (REsp 1.099.126/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 3.11.2009).

E para finalizar a questão, reitero, verba indenizatória não integra o subsídio, pois tem como finalidade o ressarcimento, enquanto que o subsídio caracteriza-se como remuneração. De outro lado, o cálculo de gratificação natalina tem como base de cálculo a remuneração recebida pelo servidor em caráter permanente, não podendo ser incluída a indenização por substituição em virtude de seu caráter eventual.

Posto isso, diante da inexistência de direito líquido e certo da impetrante, torno sem efeito a liminar concedida e denego a segurança. Com o parecer.

Custas pela impetrante. Sem honorários, porquanto incabíveis na espécie.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (2º Vogal)

Mônica Maria de Salvo Fontoura impetra mandado de segurança contra ato praticado pelo Defensor Público – Geral do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente no corte de pagamento do reflexo das verbas indenizatórias sobre o 13º salário de 2011.

Denego a segurança.

Verifica-se, com efeito, que a questão posta em julgamento cinge-se em determinar, se é devido ou não, o pagamento de verbas de substituição em Juizados Especiais e Tribunal do Júri, para os períodos de férias e licença, com reflexo no 13º salário para a impetrante, que é membro da Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul.

Sobre o tema, a Lei Complementar Estadual n.111/05[2] estabelece que:

> Art. 106. Ao membro da Defensoria Pública serão pagas, além do subsídio, dentre outras previstas em lei, as seguintes indenizações:
>
> [...]
>
> IV – pela atuação, mediante designação do Defensor Público-Geral do Estado, em órgão distinto do de sua lotação, em razão da inexistência ou ausência do titular, em valor correspondente a um sessenta avos do subsídio inicial do cargo substituído ou de lotação, por dia de atuação;
>
> V – pela atuação, mediante designação do Defensor Público-Geral do Estado, perante os Juizados Especiais e suas Turmas Recursais, no valor de vinte por cento do subsídio/dia inicial do cargo de atuação ou de lotação, por todo o período de vigência da designação.
>
> [...]

As indenizações, como se vê, dependem da efetiva prestação dos serviços, porquanto são vantagens *propter laborem.* A retribuição pecuniária só é devida, no caso, quando o serviço que a enseja for efetivamente prestado.

Desse modo, ao contrário do que afirma a impetrante as mesmas não se incorporam às remunerações e, por consequência, não devem integrar a base de cálculo do 13º salário, sobretudo porque não são vantagens fixas, porquanto, como afirmado, dependem da atuação do Defensor Público em órgão distinto de sua lotação.

Anote-se, por necessário, que, quando os dispositivos legais supramencionados dispuseram que durante as férias e licenças o Defensor Público terá direito a todas as vantagens do cargo, como se estivesse em exercício, garantiram que o Defensor Público não sofra redução de seu subsídio e das vantagens adquiridas em razão de implemento de qualquer outra condição prevista em lei, como, por exemplo, o qüinqüênio, ou a contagem do tempo para fins de aposentadoria ou mesmo de licença prêmio, se prevista na lei de regência, mas não para receber, durante férias e licença, verbas de substituição e de exercício de funções junto aos Juizados Especiais e Tribunal do Júri, inclusive com reflexo no 13º salário.

Por tais razões, as indenizações de que tratam os incisos IV e V do art. 106 da Lei Complementar Estadual n. 111/05, devidas em razão de substituição, não devem ser estendidas ao período em que a impetrante estiver em gozo de férias ou licença e tampouco incidir em reflexo no décimo terceiro salário.

2 Organiza a Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul e estabelece a competência e estrutura dos seus órgãos, a organização e estatuto da respectiva carreira.

Sobre o tema, leciona Hely Lopes Meirelles[3]:

> As vantagens condicionadas ou modais, mesmo que auferidas por longo tempo em razão do preenchimento dos requisitos exigidos para sua percepção, não se incorporam ao vencimento, a não ser quando essa integração for determinada por lei. E a razão dessa diferença de tratamento está em que as primeiras (por tempo de serviço) são vantagens pelo trabalho já feito (pro labore facto), ao passo que as outras (condicionais ou modais) são vantagens pelo trabalho que está sendo feito (pro labore faciendo) ou, por outras palavras, são adicionais de função (ex facto officili), ou são gratificações de serviço (*propter laborem*), ou, finalmente, são gratificações em razão de condições pessoais do servidor (*propter personam*).
>
> Daí por que, quando cessa o trabalho, ou quando desaparece o fato ou a situação que lhes dá causa, deve cessar o pagamento de tais vantagens, sejam elas adicionais de função, gratificações de serviço ou gratificações em razão das condições pessoais do servidor. [...]
>
> Essas gratificações só devem ser percebidas enquanto o servidor está prestando o serviço que as enseja, porque são retribuições pecuniárias *pro labore faciendo* e *propter laborem*.
>
> Cessado o trabalho que lhes dá causa ou desaparecidos os motivos excepcionais e transitórios que as justificam, extingue-se a razão de seu pagamento.
>
> Daí por que não se incorporam automaticamente ao vencimento, nem são auferidas na disponibilidade e na aposentadoria, salvo quando a lei expressamente o determina, por liberalidade do legislador.

No mesmo sentido, eis o entendimento da 4ª Seção Cível desta Corte Estadual em caso idêntico:

> EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – MEMBRO DA DEFENSORIA PÚBLICA – ATUAÇÃO EM ÓRGÃO DISTINTO DE SUA LOTAÇÃO – PAGAMENTO DE VERBAS INDENIZATÓRIAS DE SUBSTITUIÇÃO – INCIDÊNCIA EM FÉRIAS E LICENÇAS – REFLEXOS DAS VANTAGENS INDENIZATÓRIAS NO 13º SALÁRIO – NÃO CABIMENTO – SEGURANÇA DENEGADA.
>
> 1. Verba indenizatória não integra o subsídio, considerando que a indenização tem como finalidade o ressarcimento, enquanto que o subsídio caracteriza-se como remuneração. A verba indenizatória em comento é uma retribuição pecuniária recebida pelo trabalho que está sendo realizado - pro labore faciendo -, com o término da atuação, cessa também o pagamento em razão do caráter transitório do qual ela se reveste.
>
> 2. Quando o membro da Defensoria Pública está de férias ou de licença, não atua nem em substituição - quer perante os Juizados Especiais, quer perante o Tribunal do Júri, outro Defensor ocupará o seu lugar e é para este que o Defensor Público Geral terá de pagar as verbas respectivas, não para quem não está no exercício das funções sob pena de incorrer em bis in idem.
>
> 3. O cálculo de gratificação natalina deve ter como base de cálculo a remuneração recebida pelo servidor em caráter permanente, não podendo ser incluída a indenização por substituição em virtude de seu caráter eventual.(destaquei)

3 Direito Administrativo Brasileiro, 30. ed, SP Malheiros, p 471.

Ante o exposto, denego a segurança pleiteada.

O Sr. Juiz Marco José de Brito Rodrigues (3º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte (4º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, E COM O PARECER, DENEGARAM A SEGURANÇA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, O DES. PASCHOAL.

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, Juiz Marcos José de Brito Rodrigues e Desembargador Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 2 de julho de 2012.

***

Primeira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.016290-5 - Campo Grande
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – FINANCIAMENTO DE IMÓVEL JUNTO À CONSTRUTORA – COBRANÇA DE RESÍDUO EM FINANCIAMENTO DE IMÓVEL – ILEGALIDADE – DEVER DE BOA-FÉ OBJETIVA MALFERIDO – ARTIGO 51, IV, CDC – RECURSO NÃO PROVIDO.

O resíduo que tem origem na correção do saldo devedor em periodicidade mensal, bem como na incidência da correção monetária com data-base anterior à data da assinatura do contrato é ilegal, de modo que obstaculizada a pretensão de receber diferenças havidas a pretexto de atualização monetária justamente do mencionado resíduo.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 27 de junho de 2012.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Enccon – Engenharia, Comércio e Construções Limitada apela da sentença, proferida nos autos da Ação de Cobrança ajuizada em face de Jocilene Domingo da Silva, que julgou improcedente o pedido formulado na exordial.

Salienta, inicialmente, preenchimento dos pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade recursal.

Esclarece que o contrato foi firmado em Cruzeiro Real e, posteriormente, convertido em Real, destacando que antes da vigência da Lei n. 9.069 em 30 de junho de 1995, foi ajustado reajuste monetário mensalmente sobre o saldo residual, de modo que está autorizado a exigir antes do advento de referida lei a variação da atualização monetária com periodicidade mensal e, após, aquela derivada da periodicidade anual.

Pondera que o resíduo não pode ser considerado abusivo ou ilegal, uma vez que previsto na própria Lei n. 9.069/1995, ademais porque a correção monetária apenas visa manter o poder de compra da moeda. Colaciona julgados no intuito de corroborar sua tese.

Ao final, requer o provimento do recurso para reformar a sentença, determinando a incidência da atualização monetária com periodicidade anual, conforme a Lei n. 9.069/1995, sobre o resíduo cujo índice deve ser o INCC durante a construção do imóvel e o IGPM após a entrega deste, conforme a cláusula 4ª, § 1º, do contrato, além dos juros de mora. Como consequência, pugna pela inversão dos ônus sucumbenciais.

Conquanto intimada (f. 126), a apelada não apresentou resposta, consoante certidão de f. 127.

VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator)

Sobre o resíduo, consta nos autos que as partes firmaram o compromisso de compra e venda do apartamento mediante o pagamento de 129 parcelas (f. 13). O contrato dispõe, nos parágrafos quarto e quinto da cláusula quarta (f. 13-14) que no pagamento final das parcelas seria apurado a existência de saldo residual, que por sua vez poderia ser refinanciado nas mesmas condições.

O ponto nodal da questão está na correção monetária do saldo devedor e das prestações. Isso porque a relação entre as partes não é de empréstimo de dinheiro, e sim de um compromisso de compra e venda de imóvel (f. 12-20).

Nesse passo, a cláusula retromencionada estabeleceu a correção monetária como forma de manter o valor da contraprestação em consonância com valor inicial pactuado.

Entretanto, esse procedimento é equivocado e só poderia ser aplicado mediante autorização legal, e desde que contratado livremente pelas partes.

A correção monetária é, do ponto de vista econômico, a atualização do poder aquisitivo da moeda, e do ponto de vista jurídico, a indenização pela mora. Por isso é que nas obrigações pecuniárias permite-se a cobrança de juros remuneratórios, bem como juros de mora e correção monetária, caso a obrigação não seja cumprida na data ajustada.

Deste modo, não faz sentido a aplicação da correção monetária nos contratos cujo objeto é um bem, como no caso dos autos, em que se tem um compromisso de compra e venda de um imóvel. Isso porque misturam-se aí dois institutos que não têm qualquer vinculação, a moeda e o bem imóvel. A moeda pode ter o seu padrão aquisitivo mantido, em períodos de inflação, pela correção monetária. O imóvel, por seu turno, depende do mercado, exclusivamente.

Porém, na época imediatamente anterior ao contrato em discussão vivia-se no Brasil um período de grave inflação, e mesmo nesses contratos, cujo objeto era um bem imóvel, permitia-se a pactuação da correção monetária, com o fim precípuo de resguardar a situação original do contrato.

Essas situações fizeram surgir o chamado "resíduo inflacionário", que, no entanto, nada tem a ver com a hipótese dos autos.

Explica-se.

Em 1994, iniciou-se no Brasil uma ideologia anti-inflacionária, que culminou com o Plano Real. Desde então a questão da correção monetária passou a ter rigorosa regulamentação legislativa com o surgimento Medida Provisória 434, de 27 de fevereiro de 1.994, hoje a Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994.

Permitiu-se, dessa maneira, em termos gerais, a estipulação da correção monetária nos contratos, desde que a periodicidade fosse anual.

Depois disso veio a Medida Provisória 542, de 30 de junho de 1994, que dispôs sobre o Plano Real, e passou a regulamentar, para efeitos de correção monetária, os contratos, inclusive aqueles firmados em URV, por força do previsto no § 3º do seu artigo 27.

Por sua vez, § 1º do artigo 28 desta Medida Provisória 542 cominava de nulidade a cláusula de reajuste de valores cuja periodicidade de aplicação fosse inferior a um ano, como também retirava qualquer eficácia dessa cláusula. E, a partir de então, todas as normas que trataram do reajuste mantiveram essa vedação.

Entretanto, o contrato firmado entre as partes em 2 de março de 1994 prevê atualização mensal no item 1 do parágrafo primeiro da Cláusula Quarta (f. 12) e por isso é notória a infração ao texto legal, na data da sua assinatura estava em vigor a Medida Provisória n. 434 de 27/02/94, que determinava que a periodicidade dos reajustes haveria de ser de um ano, e nunca mensal.

Além de nula e sem nenhum efeito, a cláusula que prevê o reajuste mensal gera anatocismo, pois cada reajuste já traz em si acumulado o reajuste anterior, e assim sucessivamente. Portanto, de nada serve o argumento de que aplicação era anual. Isso porque a intenção do legislador era exatamente evitar os reajustes mensais. Assim, aplicar anualmente reajuste mensal é o mesmo que fazê-lo mensalmente. O argumento é falacioso e contrário à lei.

Não bastasse isso, a partir de 10 de outubro de 1.995, com a Medida Provisória 1.145, depois repristinada por outras Medidas Provisórias subsequentes, até converter-se na Lei n. 10.192, de 14 de fevereiro de 2.001, previu-se expressamente a cobrança da correção monetária, aplicável somente aos contratos imobiliários.

O artigo 2º da Lei n. 10.192/2001, que reproduz o texto da Medida Provisória 1.145, assim determina:

> Art.2º É admitida estipulação de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano.

Entretanto, o § 4º desse mesmo dispositivo legal determinou:

> § 4º Nos contratos de prazo de duração igual ou superior a três anos, cujo objeto seja a produção de bens para entrega futura ou a aquisição de bens ou de direitos a eles relativos, as partes poderão pactuar a atualização das obrigações, a cada período de um ano, contado a partir da contratação, e no seu vencimento final, considerada a periodicidade de pagamento das prestações, e abatidos os pagamentos, atualizados da mesma forma, efetuados no período. (g.n.)

Desse modo, estava permitida a correção monetária anual, mas os valores pagos deveriam ser atualizados da mesma forma, ou seja, a prestação poderia ter seu valor atualizado desde que também os valores pagos fossem corrigidos, pelo mesmo índice, que, no caso do contrato, é o IGPM (item 2 do parágrafo primeiro da cláusula quarta).

Com a aplicação do procedimento legal, não haveria resíduo, porque o valor de cada parcela seria atualizado da data do pagamento. Se a prestação paga no mês de novembro de 1995, por exemplo, fosse corrigida até a data da atualização anual do valor da parcela (março de 1995, no caso dos autos), não haveria resíduo inflacionário em relação àquela prestação, assim como não haveria resíduo referentemente a qualquer uma das prestações pagas, se elas fossem corrigidas pelo IGPM.

Entretanto, cabe aqui esclarecer que o resíduo não resultou da inflação, como quer fazer crer a embargante, mas sim da limitação do teto da parcela a um salário mínimo, pactuada no parágrafo terceiro da cláusula quarta do contrato (f. 14).

Dessarte, limitou-se o valor máximo da prestação, mas concomitantemente, e de forma ilegal, o contrato permitiu a correção mensal das parcelas, o que terminou por produzir um resíduo, que não era resultado da inflação, mas sim da limitação do valor da prestação.

Conforme se verificou, a correção mensal do valor da parcela estava totalmente vedada e por este motivo não pode justificar a cobrança do resíduo, pelo simples fato de que a norma que declarou nula de pleno direito qualquer correção inferior a um ano, também retirou qualquer eficácia da cláusula.

Deste modo, além de nula a cláusula, nenhum efeito pode produzir, inclusive o resíduo, que só aconteceu em razão do reajuste mensal da prestação e da limitação do valor máximo de pagamento da prestação fixada no valor do salário mínimo.

Mas mesmo que se admitisse a correção mensal, não haveria saldo residual se os valores pagos fossem também corrigidos mensalmente e pelo mesmo índice, como determina a Lei n. 10.192/2001. Ou seja, se resíduo houvesse, esse sim inflacionário, seria insignificante e jamais chegaria ao montante pretendido pela apelante.

Como se não bastasse, destaca-se que ao contrato assinado em 2 de março de 1994, com prestação fixa de um salário mínimo, já incidia a correção monetária desde fevereiro de 1994, consoante se verifica no item 2 do parágrafo primeiro da cláusula quarta (f. 13). Assim, enquanto o contrato mencionava uma mera hipótese de resíduo, deixando subentendido que no momento da avença ele ainda não existia, a referida cláusula, que projetava a incidência de correção monetária para período anterior ao da assinatura, demonstra, inequivocamente, que resíduo já existia.

Não é outro o entendimento da jurisprudência, inclusive desta Corte:

> AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – INSTRUMENTO PARTICULAR DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA – COBRANÇA DE RESÍDUO EM FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO – CLÁUSULA CONTRATUAL ABUSIVA – INAPLICÁVEL – ART. 28 DA LEI 9.069/95 – DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS – RECURSO IMPROVIDO.
>
> Não se pode admitir a cobrança de resíduo inflacionário mensalmente, como estabelece o artigo 28 da Lei 9.069/95, sob pena de ser considerada abusiva. (TJMS. AgRg 2009.028273-3/0001.00. Des. Paschoal Carmello Leandro. 4ª Turma. 01.12.2009)
>
> APELAÇÃO CÍVEL - Ação de consignação em pagamento - Procedência - Perícia que acabou por revelar a existência de pagamentos por parte do autor à ré com meses de antecipação, afastando, assim, a possibilidade de se cogitar a respeito de resíduo inflacionário no período compreendido entre julho/94 a julho/95 - Correção monetária relativa ao período anterior a 01/07/94 regulamentada na Medida Provisória n. 542, de 30/06/94, em seu artigo 20, incorporado na Lei n. 9.069/95, que implantou o plano real - Existência de cláusula abusiva inserida no contrato que projetava a correção monetária para período anterior ao da assinatura do contrato - Inteligência do artigo 51, IV do Código de Defesa do Consumidor - Recurso não provido. (TJSP - Apelação Cível n. 82.031-4 - São Paulo - 9ª Câmara de Direito Privado - Relator: Thyrso Silva - 21.09.99 - V.U) (g.n.).

Desse modo, é incontestável que o preço do imóvel constante no contrato não era real, sendo certo que na data da avença já incidia sobre o saldo devedor um valor residual. Tal atitude demonstra a má-fé da

apelante, e a cláusula é nula por força do inciso IV[1] do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor. Aliás, a noção de boa-fé contratual prepondera desde os primórdios do Código Civil, cujo escopo é o de preservar a função social do contrato.

Embora codificada apenas no Novo Código Civil (artigo 113, 187 e 422), a boa-fé objetiva, verdadeira regra de conduta, é imanente ao ordenamento jurídico brasileiro, revestindo-se da função criadora de deveres laterais ou acessórios, como o de informar e o de cooperar, para que a relação não seja fonte de prejuízo ou decepção para uma das partes, e, por conseguinte, integra o contrato naquilo em que for omisso, em decorrência de um imperativo de eticidade, no sentido de evitar o uso de subterfúgios ou intenções diversas daquelas expressas no instrumento formalizado[2].

Percuciente, a lição de Fernando Noronha[3]:

> A boa-fé objetiva, definida como um dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, lisura, honestidade, tem o propósito de tutelar as legítimas expectativas da contraparte, para garantia da estabilidade e segurança das relações. Há, por assim dizer, uma idéia de confiança, de quem acreditou que a outra parte procederia de acordo com padrões de conduta exigíveis.

Assim, uma vez caracterizada a ilegalidade e a abusividade do encargo cobrado, impõe-se a necessidade de impedir a sua cobrança.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Maria Lós.

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, 27 de junho de 2012.

***

1 Art. 51 do CDC: "São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
[...]
IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade"

2 Inteligência do STJ, REsp 830526 / RJ, Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 29/10/2009.

3 In O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais, Editora Saraiva, 1994, p. 136.

Primeira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.017063-4 - Campo Grande
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO COMINATÓRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – OPERADORA PLANO DE SAÚDE – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – LIMITAÇÃO DE TRATAMENTO – COBERTURA DE ESPECIALIDADE ASSEGURADA NO CONTRATO – IMPOSSIBILIDADE – TRATAMENTO ADEQUADO ELEITO PELO MÉDICO – RESPONSABILIDADE DA CONTRATADA PARA PRESTAR O SERVIÇO DE SAÚDE ADEQUADO – EXCLUSÃO NÃO EXPRESSA – ARTIGO 54, § 4º, CDC – PREQUESTIONAMENTO DESNECESSÁRIO – RECURSO NÃO PROVIDO.

Evidencia-se abusiva a atitude da operadora de saúde que não autoriza o fornecimento do tratamento mais adequado para a realização de procedimento terapêutico de especialidade coberta pelo contrato e sem cláusula expressa excludente, findando por restringir direito fundamental inerente à natureza do contrato, de modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual, nos termos do artigo 51, IV, § 1º, II, e 54, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor.

Sentença mantida.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 4 de julho de 2012.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

UNIMED – Cooperativa de Trabalho Médico de Campo Grande/MS apelou da sentença, proferida nos autos da Ação Cominatória de Obrigação de Fazer ajuizada por Nilza Silva de Oliveira, que julgou procedente o pedido deduzido na inicial.

Afirmou, em resumo, que o magistrado sentenciante laborou em equívoco ao transferir responsabilidade estatal, de cunho constitucional ilimitado, a ente particular regrado por normativas contratuais e legislação específica.

Salientou a expressa previsão contratual (cláusula VII, item 7.1, alíneas “n” e “t”) que a exime de cobrir procedimento não elencado no instrumento, sendo claras as limitações impostas. Ademais, ponderou que é legal a pactuação de contrato de adesão, o qual segue as regras do Código de Defesa do Consumidor, devendo prevalecer o princípio da boa-fé contratual.

Esclareceu que entender de modo diverso, compelindo-lhe à prestação de serviço não-contratado e não-remunerado, implica ingerência no equilíbrio econômico, afetando toda a coletividade de seus beneficiários, até porque ausente qualquer violação ao disposto no artigo 54 da Lei Consumerista.

Por fim, prequestionou dispositivos legais e constitucionais e requereu o provimento recursal para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido formulado.

Resposta às fs. 211-224, pela manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator)

Compulsando os autos, extrai-se que a relação jurídica existente no caso é oriunda da contratação de serviços de saúde comprovadamente pactuada em 13 de março de 1996 (f. 30).

Dos documentos de fs. 25-28, emitidos por profissional médico credenciado da UNIMED, dessome-se que à apelada foram prescritas colocação de *stent* revestido (*stent-graft*), embolização definitiva e angiografia transoperatória de posicionamento, em 19 de março de 2010, mediante o diagnóstico de aneurisma sacular de artéria renal esquerda e aneurisma fusiforme de hilo renal direito, sendo que para o quadro particular da paciente, idosa e com apenas um rim em funcionamento (f. 25), foi recomendado o mencionado tratamento.

Ao solicitar a autorização para a realização dos procedimentos, eles não foram autorizados em 22 de março de 2010, sob o argumento de que não havia cobertura contratual (f. 30-31).

É possível vislumbrar também, dentre os documentos colacionados, o pagamento da mensalidade do mês de março de 2010 (f. 24).

Ajuizou, então, em 31 de março de 2010 (f. 02), a presente ação, pleiteando a antecipação liminar da tutela para autorizar os procedimentos, o que foi concedido pelo magistrado *a quo* às fs. 36-39.

Feitos esses esclarecimentos, oportuno apontar, *prima facie*, que 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[1]. A teor, inclusive, do recente enunciado do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: "*Súmula 469: Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde*".

Elucidada a aplicação da norma consumerista, passa-se à análise dos deveres da apelante.

Sobressai relevante que o contrato de assistência médico-hospitalar (f. 141-143) *sub judice* abarcou, conforme cláusula III, item 3.2, a cobertura de consultas médicas prestadas pelos médicos cooperados da UNIMED e UNIMEDs, serviços auxiliares de diagnóstico e terapia e internações clínicas e cirúrgicas, em acomodação coletiva, dentro da rede própria ou contratada pelas cooperativas que formam o Sistema Nacional UNIMED. Na cláusula VI consta os serviços assegurados, englobando a assistência hospitalar e serviços auxiliares de diagnóstico e terapia, na especialidade angiologia.

Exsurge evidente, assim, a atitude abusiva da apelante que não autorizou a colocação do *stent* recomendado pelo médico responsável na especialidade expressamente coberta pelo plano de saúde, bem

1 Inteligência do STJ, REsp 267530 / SP, Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ 12/03/2001 p. 147.

assim a embolização definitiva e angiografia transoperatória de posicionamento, na medida em que restringiu direito fundamental inerente à natureza do contrato de modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual, nos termos do artigo 51, inciso IV, § 1º, inciso II, da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor).

Se o plano está destinado a cobrir despesas relativas ao tratamento, o que o contrato pode dispor é sobre as patologias cobertas, não sobre o tipo de tratamento para cada patologia alcançada pelo contrato. Na verdade, se não fosse assim, estar-se-ia autorizando que a empresa se substituísse aos médicos na escolha da terapia adequada de acordo com o plano de cobertura do paciente. E isso é incongruente com o sistema de assistência à saúde, porquanto quem é senhor do tratamento é o especialista, ou seja, o médico que não pode ser impedido de escolher a alternativa que melhor convém à cura do paciente.

A abusividade da cláusula reside, pois, 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 e adequado do momento em que instalada a doença coberta em razão da cláusula limitativa, aliás não acentuada no contrato, pois lá não consta a vedação específica a tais procedimentos e *stent* (vide cláusula VII - serviços não cobertos), em manifesta discrepância com o preceituado no artigo 54, § 4º[2], da Lei nº 8.078/1990. É preciso ficar bem claro que o médico, e não o plano de saúde, é o responsável pela orientação terapêutica. Entender de modo diverso põe em risco a vida do consumidor[3].

Em casos semelhantes, inclusive, a jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça se orientou no sentido de proporcionar ao consumidor o tratamento mais moderno e adequado, sendo vedado obstaculizar o acesso ao procedimento elencado como mais eficiente se admitida a cobertura da doença ou da especialidade como no caso em comento.

A respeito, profícuos julgados do Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSO CIVIL E CIVIL. PLANO DE SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. COBERTURA. DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIAÇÃO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REQUISITOS LEGAIS. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA N. 7 DO STJ. [...] 3. O plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de tratamento utilizado para a cura de cada uma delas. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag 1350717/PA, Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, DJe 31/03/2011) (grifo nosso).
>
> Civil. Recurso especial. Ação cominatória cumulada com pedido de compensação por danos morais. Plano de saúde firmado em 1992. Recusa de cobertura de gastroplastia redutora, conhecida como 'cirurgia de redução de estômago', sob alegação de ausência de cobertura contratual. Operação recomendada como tratamento médico para gravíssimo estado de saúde e não com intuito estético. Técnica operatória que passou a ser reconhecida nos meios médicos brasileiros em data posterior à realização do contrato. Acórdão que julgou improcedentes os pedidos com base na necessidade de manutenção da equivalência das prestações contratuais. Extensão da cláusula genérica relativa à cobertura de 'cirurgias gastroenterológicas' para a presente hipótese. - O CDC é aplicável à controvérsia, ao contrário do quanto afirmado pelo acórdão. - A discussão sobre a equivalência das prestações deveria ter levado em conta que a análise contratual correta, em termos econômicos, depende, necessariamente, do estudo de dois momentos distintos no contrato de seguro-saúde: o primeiro é relativo à definição das doenças cobertas, e o segundo, às eventuais previsões de tratamentos específicos para tais doenças. - Se o contrato previa a

2 Art. 54, § 4º, CDC: "As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão".

3 Inteligência do STJ, REsp 668216 / SP, Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ 02/04/2007 p. 265.

> cobertura para a doença, qualquer constatação de desequilíbrio financeiro a partir da alteração do tratamento dependeria, naturalmente, de uma comparação analítica entre os custos derivados das duas prescrições – aquela prevista no momento da contratação e aquela desenvolvida mais tarde. - Sem tal comparação, a argumentação desenvolvida é meramente hipotética, pois se presume, sem qualquer demonstração, que a nova técnica é necessariamente mais custosa do que a anterior. - Não se desconsidera, de forma apriorística, a importância do princípio da equivalência das prestações nos contratos comutativos; porém, é de se reconhecer que a aplicação desse cânone depende da verificação de um substrato fático específico que aponte para uma real desproporção entre as prestações, não se admitindo que a tutela constitucional dos direitos do consumidor seja limitada com base em meras suposições. - A ausência de adaptação do contrato às disposições da Lei n. 9.656/98 – que prevê expressamente a cobertura para a cirurgia de redução de estômago – é ponto irrelevante, pois a controvérsia, conforme visto, se desenvolve unicamente na perspectiva da análise do contrato firmado em data anterior a tal Lei. - A jurisprudência do STJ se orienta no sentido de proporcionar ao consumidor o tratamento mais moderno e adequado, em substituição ao procedimento obsoleto previsto especificamente no contrato. A interpretação das cláusulas contratuais deve favorecer a extensão dos direitos do consumidor. - É evidente o dano moral sofrido por aquele que, em momento delicado de necessidade, vê negada a cobertura médica esperada. Precedentes do STJ. Recurso especial provido. (REsp 1106789/RJ - Ministra NANCY ANDRIGHI - TERCEIRA TURMA - DJe 18/11/2009) (grifo nosso).

Cumpre destacar, ainda, que a saúde é direito constitucionalmente assegurado[4]. Está entre aqueles de maior importância para o ser humano, individualmente, e para a sociedade. Desse modo é que a Carta Magna dispõe ser dever do Estado a prestação dos serviços necessários à garantia da saúde. A assistência à saúde é permitida à iniciativa privada, que pode explorá-la com objetivo de lucro, porém, oferecendo-se, em contrapartida, serviço adequado, de qualidade, que assegure a saúde daquele que contrata o serviço, mantendo-se o respeito ao direito, nos moldes constitucionais.

Portanto, vê-se que a saúde é de relevância social e individual, segundo a Constituição, superior à qualquer direito de natureza patrimonial ou econômica, sendo que o direito ao lucro é resguardado na medida em que auferido com a prestação de serviço adequado, garantido constitucionalmente.

Assim sendo, a garantia à saúde requer atendimento a qualquer mal que a prejudique, independente, é claro, se será obtida a cura, mas conferindo-se àquele que realiza um contrato para assegurar-se de riscos contra a saúde, o acesso a todo tratamento necessário para tanto.

Oportuna, ainda, a elucidação emanada do seguinte precedente do Tribunal da Cidadania:

> Direito civil. Contrato de seguro em grupo de assistência médico-hospitalar, individual e familiar. Transplante de órgãos. Rejeição do primeiro órgão. Novo transplante. Cláusula excludente. Invalidade. - O objetivo do contrato de seguro de assistência médico-hospitalar é o de garantir a saúde do segurado contra evento futuro e incerto, desde que esteja prevista contratualmente a cobertura referente à determinada patologia; a seguradora se obriga a indenizar o segurado pelos custos com o tratamento adequado desde que sobrevenha a doença, sendo esta a finalidade fundamental do seguro-saúde. - Somente ao médico que acompanha o caso é dado estabelecer qual o tratamento adequado para alcançar a cura ou amenizar os efeitos da enfermidade que acometeu o paciente; a seguradora não está habilitada, tampouco autorizada a limitar as alternativas possíveis para o restabelecimento da saúde do segurado, sob pena de colocar em risco

4 Art. 196 da CF: "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 igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação

> a vida do consumidor. - Além de ferir o fim primordial do contrato de seguro-saúde, a cláusula restritiva de cobertura de transplante de órgãos acarreta desvantagem exagerada ao segurado, que celebra o pacto justamente ante a imprevisibilidade da doença que poderá acometê-lo e, por recear não ter acesso ao procedimento médico necessário para curar-se, assegura-se contra tais riscos. - Cercear o limite da evolução de uma doença é o mesmo que afrontar a natureza e ferir, de morte, a pessoa que imaginou estar segura com seu contrato de "seguro-saúde"; se a ninguém é dado prever se um dia será acometido de grave enfermidade, muito menos é permitido saber se a doença, já instalada e galopante, deixará de avançar para a o momento em que se tornar necessário procedimento médico ou cirúrgico que não é coberto pelo seguro médico-hospitalar contratado. [...] - A saúde é um direito social constitucionalmente assegurado a todos, cuja premissa daqueles que prestam tal assistência, deve ser a redução de riscos de doenças, para a sua promoção, proteção e recuperação, seja no plano privado, seja na esfera da administração pública. - O interesse patrimonial da seguradora de obtenção de lucro, deve ser resguardado, por se tratar de um direito que lhe assiste, desde que devidamente prestado o serviço ao qual se obrigou, isto é, desde que receba o segurado o tratamento adequado com o procedimento médico ou cirúrgico necessário, que possibilite a garantia da saúde por inteiro, prestado de forma eficiente, integral e com qualidade, conforme assumido contratualmente e estabelecido constitucionalmente. - Assegura-se o lucro, desde que assumidos os riscos inerentes à tutela da saúde, tais como expostos na Constituição Federal, que não podem ficar somente a cargo do consumidor-segurado; fatiar a doença, ademais, não é o modo mais correto para obtenção de lucro. - Com vistas à necessidade de se conferir maior efetividade ao direito integral à cobertura de proteção à saúde – por meio do acesso ao tratamento médico-hospitalar necessário –, deve ser invalidada a cláusula de exclusão de transplante do contrato de seguro-saúde, notadamente ante a peculiaridade de ter sido, o segurado, submetido a tratamento complexo, que incluía a probabilidade – e não a certeza – da necessidade do transplante, procedimento que, ademais, foi utilizado para salvar-lhe a vida, bem mais elevado no plano não só jurídico, como também metajurídico. Recurso especial conhecido, mas, não provido. (REsp 1053810/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 15/03/2010) (grifo nosso).

Por todo o exposto, assinalada a relevância constitucional do direito à saúde, garantida através do acesso ao serviço adequado, o direito ao lucro, que assiste à empresa exploradora de atividade de assistência à saúde, entre elas as cooperativas, não se deve sobrepor ou contradizer a necessidade de oferecimento do mencionado serviço adequado, mas sim a este se adaptar.

Ressalte-se, ademais, que a divergência acerca da aplicabilidade ou não da Lei nº 9.656/1998 é impertinente à espécie, "[...] *porquanto se trata de contrato de trato sucessivo e renovação continuada, ao que se aplica as disposição do novo diploma aos fatos ocorridos sob sua vigência, mormente se nada dá conta nos autos de que o contrato em questão não foi adaptado ao regime previsto na lei de 1.998*" (STJ, REsp 700100/RS, Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJe 29/03/2010).

Diante dessas considerações, irreprimível a sentença *a quo*.

Finalmente, em atenção ao prequestionamento arguido, não vejo necessidade de manifestação expressa dos dispositivos legais e constitucionais invocados, eis que toda a matéria foi examinada à luz dos pontos aduzidos, além do que o magistrado "[...] *não está obrigado a responder a todos os questionamentos nem a se pronunciar sobre todos os preceitos legais listados pelas partes se já encontrou fundamentação suficiente para embasar a conclusão do julgado*" (EDcl no RMS 22067/DF, Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJe 06/03/2008).

Posto isto, nego provimento à apelação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

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

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

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

Campo Grande, 4 de julho de 2012.

***

Agravo n. 2012.019688-9 - Ivinhema
Relator Des. Dorival Renato Pavan

AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO DE SENTENÇA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONTRA DECISÃO QUE DETERMINA A APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS – RENOVAÇÃO DA DECISÃO – FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO – DECISÃO NULA – RECURSO PROVIDO.

A fundamentação das decisões judiciais constitui garantia do cidadão no Estado Democrático de Direito tendo por objetivo, dentre outros, o exercício da ampla defesa e o seu controle por parte das instâncias superiores, nos termos de doutrina e jurisprudência amplamente dominantes.

Proclama-se a nulidade da decisão interlocutória que repete decisão anteriormente proferida e impugnada por embargos de declaração sem que antes se decida e fundamente o recurso.

Recurso conhecido e provido.

Vistos, etc.

BRASIL TELECOM S/A, devidamente qualificada, interpõe agravo de instrumento em face do **MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL**, insurgindo-se contra a decisão de fl. 712, proferido pelo douto juízo da 2ª vara de Ivinhema/MS, que determinou que a agravante apresente, em dez dias, a relação dos consumidores lesados pela cobrança indevida nas faturas telefônicas no período que antecedeu os cinco anos ao ajuizamento da ação.

O **Ministério Público** ingressou com essa **Ação Civil Pública** em face da **Brasil Telecom SA,** alegando que as ligações realizadas entre o município de Ivinhema e as localidades de Gleba Jaborandi, Gleba Nova, Gleba Vitória, Núcleo Lydia, Vila Alice, Vila Amadina e Vila Cristina estariam sendo tarifadas como se de chamadas interurbanas se tratassem.

Pugnou, então, pela determinação de que a ré efetuasse cobrança de tarifa local entre tais localidades e pela sua condenação a restituir em dobro os valores já pagos pelos usuários, no que excedera,m à tarifa local.

O pedido foi julgado procedente pelo douto juiz *a quo* e a sentença foi mantida por este Tribunal de Justiça.

Foram interpostos recursos especial e extraordinário, sendo que somente o primeiro foi admitido por este Tribunal. Contra a decisão de inadmissão do recurso extraordinário a Brasil Telecom interpôs agravo de instrumento ao STF, que ainda não foi julgado. Ao recurso especial o STJ negou seguimento.

O douto juiz *a quo*, então, determinou a divulgação do conteúdo do julgamento para ciência da população e a apresentação, pela Brasil Telecom, do rol de usuários que fizeram ligações locais entre as localidades referidas desde agosto de 1998 até a cessação das cobranças (decisão de fls. 598-599).

Contra essa decisão, **a agravante apresentou embargos de declaração** (fls. 603-614) alegando, em síntese, que a sentença não transitou em julgado, de sorte que o MP não poderia promover a execução coletiva, já que nem mesmo teria se iniciado o **prazo de um ano para as execuções individuais**, tal como determina o art. 100 do CDC; que a determinação é impossível de ser cumprida, uma vez que a empresa guarda essas informações tão-somente pelo prazo de 05 anos, conforme determina o art. 22 da

Resolução 426/2005 da ANATEL; que a apresentação da relação de usuários que teriam realizado chamadas interurbanas redundaria em exposição desnecessária de informações pessoais dos consumidores.

O douto juiz *a quo*, então, determinou a intimação do MP para se manifestar quanto à sua legitimidade nessa fase processual e quanto à alegação de impossibilidade material de apresentação dos documentos pela empresa ré (fls. 616-618).

Contra essa decisão, a Brasil Telecom apresentou agravo de instrumento, que não foi admitido por se tratar de despacho sem caráter decisório.

O MP declarou ciência das decisões anteriores, mas não de manifestou a respeito da exibição de documentos e da sua legitimidade para a execução coletiva antes do prazo do art. 100 do CDC.

A Brasil Telecom peticionou mencionando não ter havido decisão sobre os embargos de declaração, ressaltando que teria havido concordância implícita do MP, já que não se manifestou quando intimado (fls. 667-669).

O MP peticionou não concordando com os argumentos da Brasil Telecom (fls. 708-711).

Subsequentemente, foi proferida a decisão ora impugnada, por meio da qual o douto juiz *a quo* determinou a intimação da ré para, em dez dias, apresentar a relação dos consumidores lesados pela cobrança indevida nas faturas telefônicas, no período que antecedeu aos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação (fl. 712).

A Brasil Telecom, então, apresentou este recurso alegando, em síntese, que a decisão agravada é nula por ausência de fundamentação; que a determinação de exibição desses documentos é impossível de ser cumprida; que a execução coletiva não pode ser antecipada; que nem mesmo houve trânsito em julgado da sentença e que devem ser priorizadas as execuções individuais; que a decisão viola a garantia constitucional de sigilo de dados.

Requereu o recebimento do agravo com efeito suspensivo e, ao fim, o provimento dele para reconhecer a impossibilidade de apresentação dos documentos.

É o relatório.

DECIDO.

I.

O agravo foi intentado no dia 28/06/2012, de sorte que é tempestivo, uma vez que a decisão impugnada foi publicada em 18/06/2012, com início do prazo recursal em 19/06/2012.

Preparo à fl. 28.

II.

O artigo 522 do CPC, alterado pela Lei 11.187/05, erigiu como condição indispensável para o processamento do agravo de instrumento, que o agravante demonstre que a decisão recorrida será suscetível de lhe causar *lesão grave e de difícil reparação.*

Se não estiver presente tal pressuposto, diz ainda o CPC, o juiz converterá o agravo de instrumento em agravo retido ou, ainda, negar-lhe-á seguimento, liminarmente, nos casos do art. 557 (art. 527, I e II, do CPC).

A lesão grave e de difícil reparação deve ser plenamente demonstrada, não bastando mero temor subjetivo do recorrente. Já afirmei anteriormente que tal lesão deverá ser aferida no caso concreto, em decorrência de ser conceito vago e indeterminado, pelo relator do recurso a quem o recurso for distribuído no Tribunal. Há, a meu modo de ver, necessidade de exposição analítica dos fatos e fundamentos de direito que demonstrem a relevância da fundamentação recursal.

Como já havia afirmado em obra de minha autoria, no exame dos requisitos do agravo de instrumento, em que deve estar evidenciado que a decisão agravada é suscetível de causar ao agravante lesão grave e irreparável, sem o que o recurso não poderá ser conhecido, "*no processo de execução há a dispensa da prova da existência de lesão grave e irreparável, sendo todos os atos judiciais ali praticados com conteúdo decisório, passíveis de imediata revisão pelo agravo de instrumento"* (Comentários às leis nºs 11.187 e 11.232, de 2005 e 11.382, de 2006, 2a. Ed., Editora Pillares, 2007, p. 182).

III.

Em face dos antecedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça, é possível exarar decisão com fundamento no artigo 557, § 1º-A do CPC, que assim dispõe:

Art. 557. [...]

§ 1º-A. Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

A norma sob enfoque se aplica no caso deste agravo porque a decisão recorrida está em confronto com a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, bem como para realizar o direito fundamental ou princípio constitucional da razoável duração do processo previsto no art. 5º inc. LXXVIII, da Constituição Federal.

IV.

Eis o teor da decisão agravada (fl. 712):

"1. ***Renove-se a intimação da requerida,*** para que em 10 dias, apresente a relação dos consumidores lesados pela cobrança indevida nas faturas telefônicas, no período que antecedeu aos 05 anos anteriores ao ajuizamento desta ação.

2. Remetam-se os autos ao contador judicial, para a formalização de cálculo do valor fixado a título de honorários advocatícios e as custas processuais".

V.

Visualiza-se, efetivamente, a **nulidade da decisão agravada** pela ausência da fundamentação exigida constitucionalmente de todas as decisões judiciais. É indubitável a natureza jurídica do referido pronunciamento do juiz objeto de ataque por este agravo, de decisão interlocutória, e não de não de mero despacho, uma vez que deveria julgar os embargos de declaração opostos pela Brasil Telecom, abordando as questões por ela suscitadas, antes de determinar o cumprimento da decisão anterior, se se limitasse a manter aquele primeiro *decisum*.

Não se trata, na espécie, de fundamentação concisa, mas de ausência mesmo de fundamentação, porque o douto juiz *a quo* tão-somente determinou a intimação da ré para apresentação dos documentos, sem sequer fazer menção aos embargos declaratórios por ela anteriormente opostos e sobre os quais se manifestou o Ministério Público, como se viu da transcrição supra.

Isso porque se na decisão de fls. 616-618 houve o desacolhimento parcial dos embargos de declaração, nessa mesma decisão determinou-se a intimação do MP para se manifestar quanto à outra parte do petitório, sendo necessário que se emita, posteriormente, decisão fundamentada sobre ela.

A simples intimação da ré para cumprimento da determinação anteriormente impugnada – sem se reportar ao conteúdo dos embargos de declaração, decidindo-o na espécie - é insuficiente para atender à regra matriz estampada no artigo 93, IX, da Constituição Federal.

Com efeito, a exigência de fundamentação das decisões judiciais é garantia constitucional, prevista no art. 93, IX, da nossa Constituição da República[1], advinda do Estado Democrático de Direito, como forma de controle dos atos praticados por agentes públicos que detêm parcela de poder, bem como para possibilitar o exercício do direito da parte de recorrer às instâncias superiores, que depende do conhecimento pela parte do motivo que levou o julgador a decidir desta ou daquela forma.

O Superior Tribunal de Justiça vem proclamando a nulidade do ato judicial (decisão interlocutória ou sentença) privado de fundamentação. Confira-se:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. NULIDADE DA SENTENÇA POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO E OMISSÃO. ART. 458, II, DO CPC.
>
> 1. É nula a sentença que, por falta de fundamentação, silencia sobre argumento relevante manifestado por uma das partes.2. Recurso especial improvido.(REsp 396.314/PR, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/03/2006, DJ 07/04/2006, p. 239)
>
> PROCESSUAL CIVIL - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA INDEFERIDA NA ORIGEM - DECISÃO JUDICIAL DEFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA - CPC, ARTS. 165 E 458 - VIOLAÇÃO OCORRIDA - ANULAÇÃO DO ACÓRDÃO.
>
> 1. A fundamentação das decisões judiciais constitui garantia do cidadão no Estado Democrático de Direito, tendo por objetivo, dentre outros, o exercício da ampla defesa e o seu controle por parte das instâncias superiores, consoante a abalizada lição de José Carlos Barbosa Moreira, citado por Lúcia Valle Figueiredo (in "Princípios Constitucionais do Processo", Revista Trimestral de Direito Público nº 01/1993, p. 118).
>
> 2. Não atende o princípio da motivação das decisões judiciais a menção de que "não estão presentes os requisitos legais para o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela", desacompanhada das razões de fato analisadas pelo julgador, por impossibilitar a revisão da questão pelas instâncias superiores, a teor das Súmulas 07/STJ e 279/STF.
>
> 3. Recurso especial provido para anular o acórdão recorrido e determinar que o Tribunal esclareça quais as circunstâncias fáticas da causa que desautorizam o deferimento da antecipação de tutela pleiteada pelo recorrente.
>
> (REsp 856.598/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2008, DJe 17/12/2008)

De igual forma, no caso presente, quando o douto magistrado se limitou à determinar o cumprimento do despacho anterior, sem decidir o conteúdo dos embargos declaratórios – enfrentando as questões ali

1 Art. 93. [...]
IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentada todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

propostas – houve nulidade absoluta do *decisum*, que reclama o provimento de plano do presente agravo de instrumento, *ex vi* do artigo 557, § 1º-A, do CPC.

Proclamada a nulidade da decisão que determinou a intimação da Brasil Telecom para apresentação dos documentos sem antes julgar os embargos de declaração, manifestando-se sobre os pontos por ela suscitados, não é caso de o Tribunal adentrar no mérito das alegações da ré, porque não se trata de *reforma* do *decisum* para que outro seja aqui emitido em substituição *(error in judicando)*, **mas de *nulidade*,** que não produz, assim, qualquer efeito (*error in procedendo)*.

A nova decisão é que será passível de novo agravo, se for o caso e a depender do que for, ao final, decidido com o exame dos declaratórios opostos pela aqui agravante e, aí então, com possibilidade de exame do *mérito* da medida por este Colegiado.

Saliente-se, finalmente, que como houve a interposição dos embargos de declaração em face da primitiva decisão, não fluiu qualquer prazo para interposição de agravo de instrumento contra aquele *decisum*, daí a tempestividade do aqui ajuizado.

VI.

Ante o exposto, conheço do presente recurso e, com arrimo no art. 557, §1º-A do CPC, dou-lhe provimento para anular a decisão de fl. 712, por ausência de fundamentação, determinando que outra seja proferida pelo douto juiz *a quo*, com observância do art. 93, IX, da Constituição Federal.

Oficie-se, comunicando ao douto juízo de origem.

Registre-se.

Intimem-se.

Campo Grande, 29 de junho de 2012.

Des. Dorival Renato Pavan

Relator

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0018854-69.1999.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Designado Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ASSOCIAÇÃO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – CONSTITUIÇÃO HÁ MENOS DE UM ANO DA DATA DA PROPOSITURA DA AÇÃO – LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA POSSÍVEL, SUJEITA, ENTRETANTO, AO PREENCHIMENTO DE REQUISITOS ESSENCIAIS – INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 5º, IV E § 4º DA LEI 7.347/85 E 82, IV, § 1º, DA LEI 8.078/90 – CDC – NÃO PREENCHIMENTO – ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* – SENTENÇA ANULADA – PROCESSO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO – ARTIGO 267-VI DO CPC.

O sistema de proteção ao consumidor possibilita que a associação civil, constituída há menos de um ano antes do ajuizamento da ação, possa propor ação objetivando a defesa de interesses difusos ou individuais homogêneos dos consumidores, na forma do artigo 5º, IV, da lei 7.347/85 e 82, IV, do Código de Defesa do Consumidor, tratando-se, na espécie, de legitimação extraordinária, que excepciona a regra do artigo 6º, do CPC.

Todavia, para legitimar a associação civil que for constituída há menos de um ano no polo ativo da relação processual, é necessário que na causa de pedir se evidencie e se demonstre, pela prova que deve vir com a inicial, ou, se impossível, feita no curso do processo, do manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou características do dano ou, ainda, pela relevância do bem jurídico a ser protegido, na forma do disposto no Art. 5º, § 4º, da Lei 7.347/85 e parág. 1º da Lei 8.078/90.

Se a lei, assim, autoriza a atuação do substituto processual, excepcionando a regra do artigo 6º, do CPC, impondo o preenchimento das referidas condições é sinal de que o legislador entendeu que o ato atacado e objeto da ação civil pública deve se de tal gravidade, de tal magnitude e relevância, que o ordenamento jurídico *deseja* a efetiva proteção dos direitos ofendidos, em detrimento de uma regra inferior – no caso a constituição da associação há mais de um ano – para que a jurisdição possa atuar, reprimir (se for o caso) e reparar aqueles mesmos direitos.

Não perfaz referidos requisitos a pretensão de obter a condenação das empresas rés de restituir aos consumidores dos serviços de telefonia, quando da mudança do sistema operacional para a DDD – em que houve necessidade de se acrescer o código da operadora antes do código da área chamada – a tarifa que teria sido eventualmente cobrada dos consumidores em razão do erro de digitação dos respectivos códigos, fato verificado em um curto período de tempo, 10 dias, no mês de julho de 1999.

Recursos conhecidos e providos para anular a sentença e julgar extinto o processo, sem a apreciação do mérito, com fundamento no artigo 267, VI, do CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, Por maioria, vencido o relator, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do revisor. Decisão contra o parecer.

Campo Grande, 7 de agosto de 2012.

Des. Dorival Renato Pavan - Revisor

RELATÓRIO

O Sr. Des. Josué de Oliveira

VOTO

O Sr. Dorival Renato Pavan (revisor)

Peço vênia para dissentir do e. Relator e dar provimento aos recursos da EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S.A e EMBRATEL – EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S.A.

A presente ação civil pública foi movida pela ASSOCIAÇÃO DE DEFESA DO CONSUMIDOR DE MATO GROSSO DO SUL – ADECON/MS, em desfavor das apelante e da então TELEMS – Telecomunicações de Mato Grosso do Sul, depois substituída no polo passivo pela EMBRATEL, com o objetivo de obter condenação das rés ao ressarcimento dos valores debitados nas faturas dos seus consumidores dos serviços de telefonia interurbana, via DDD, no período de 03 a 13 de Julho de 1999, tendo em vista a irregularidade de tais cobranças.

O pedido contido na inicial foi julgado procedente para o fim de reconhecer como indevidas as referidas cobranças, sendo que os respectivos valores haveriam de ser apurados em liquidação de sentença e devolvidos pelas requeridas, solidariamente, creditando-se as respectivas importâncias a cada um dos consumidores lesados nas chamadas interurbanas realizadas em tal período.

As rés alegaram falta de condição da ação, consistente na ilegitimidade ativa da associação autora, em face de sua criação e constituição há menos de um ano da data da propositura da ação, tese rejeitada tanto pela sentença e, agora, pelo eminente relator.

Dele estou divergindo, como afirmo, para dar provimento ao recurso, acolher a preliminar e decretar a extinção do processo, com anulação da sentença, o que faço com fundamento no artigo 267, VI, do CPC.

Ao tratar da legitimidade ativa para a propositura da ação civil pública o artigo 5º da Lei 7.347, de 24.07.85, assim dispôs:

> Art. 5º - Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:
>
> I - .....
>
> V – A associação que, **concomitantemente:**
>
> a) – esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;
>
> b) – inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.
>
> § 1º. .....
>
> § 4º. O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

Idêntica é a disposição na Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor – em seu artigo 82, § 1º.

Tanto o douto juízo, quanto o eminente relator, entenderam que o requisito da pré-constituição superior a um ano anterior ao ajuizamento da ação deveria ser dispensada na espécie, em razão da disposição contida no § 4º do artigo 5º, da Lei 7.347/85, acima transcrito.

E aqui reside, respeitosamente ao douto relator, minha divergência.

Não vejo, no caso, "*manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido"*, que pudesse legitimar a associação autora, constituída há menos de um ano antes da propositura da presente ação – fato induvidoso, constante da inicial, da sentença e do voto do eminente relator – pra figurar no polo ativo da presente ação.

RIZZATO NUNES[1], que dispensa apresentações, ensina-nos que muito embora haja autorização da lei para dispensar o requisito da pré constituição de um ano anterior ao ajuizamento da ação, tal deve se dar, entrementes, diante de um "*manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou características do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido"*, repetindo a dicção da lei, mas, admoesta-nos, tal se dá para *associações de vítimas de* ***graves acidentes****, que tenham sido recentemente constituídas"*, para que possam estar em juízo.

E finaliza ele, dizendo:

> Aliás, é isso mesmo o que espera a lei: que **após um acidente que tenha gerado várias vítimas, elas e seus familiares constituam associações que protejam seus próprios interesses. Ninguém melhor que as próprias vítimas, representadas por sua associação, para estar em juízo.**

HUGO DE BRITO MACHADO[2], de igual forma, preleciona, a respeito desses dois requisitos legais, mesmo quando o legitimado ativo for, na hipótese citada, o Ministério Público: "É indispensável que se trate de direitos cujo respeito seja de **grande relevo para a coletividade globalmente considerada, posto que o *parquet* representa a sociedade e não os indivíduos isoladamente."**

O Ministro **TEORI ALBINO ZAVASCKI[3],** tratando do tema, também apostrofou:

> Relativamente às associações, há, ainda, os limitadores dos incisos I e II: o primeiro, que reserva a legitimação **ativa a associações com certa estabilidade (um ano de existência),** o que desestimula eventuais excessos ou abusos na propositura de ações civil públicas; e o segundo, mais diretamente ligado ao interesse de agir, que impõe **liame objetivo,** expresso nos estatutos, entre a pretensão deduzida na demanda e os fins institucionais da demandante.

Sem discutir a segunda parte desta última lição doutrinária, a realidade é que, neste feito, a legitimação extraordinária não pode ser admitida.

Na inicial objetiva-se a condenação das empresas rés, solidariamente, para reconhecer *indevida a cobrança dos interurbanos originados de Mato Grosso do Sul* ***no período compreendido entre 3 e 13 de julho de 1999****, e no período em que ainda permanecer o* ***caos*** *no sistema DDD, sem a comprovação inequívoca, por parte das rés, de que tais ligações ocorreram de forma regular" (INICIAL, fls. 11).*

1 Rizzato Nunes, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor,* Editora Saraiva, 3a. ed., notas ao artigo 82 do CDC, pp. 766/767.

2 Hugo de Brito Machado, Repertório IOB de Jurisprudência, Setembro de 1996, 2a. quinzena, nº 18, p. 324.

3 Teori Albino Zavascki. Processo Coletivo – Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos, RT, pp. 75/76

Note-se o período objetivado, de **10 dias** em que houve modificação do sistema operacional de todas as operadoras de telefonia no país, para o sistema de discagem direta à distância (DDD), em que passou a existir a necessidade de se digitar, antes do código de área, o código da operadora ou o código da Embratel – 021.

A ação, de forma muito açodada, já foi proposta no dia **15 de julho** (fls. 12) daquele mesmo ano, sem que a associação autora tivesse sequer procurado aferir, com maior rigor, as reais causas das possíveis e eventuais falhas na mudança do sistema, o que mostra, a meu modo de ver, o uso oportunista do direito de ação de uma associação que não havia, ainda, completado um ano, já que sua fundação se deu em 07.11.998 e seu registro, no Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas – que lhe dá nascimento e vida – é de **14.01.1999,** como se vê às fls. 19.

Ora, o fato narrado na inicial, em primeiro lugar, *pressupõe* que teria ocorrido *segundo informações*, milhares de ligações interurbanas que foram taxadas indevidamente pelas empresas rés, por uma falha no sistema operacional do software programado para registrar as chamas e repassá-las pelo novo método, de tal sorte que, *no domingo*, houve o *pior dia do furacão telefônico, em que 15 milhões de chamadas não foram completadas*.

Mato Grosso do Sul, para se ter uma idéia, tem aproximadamente, na atualidade, no ano de 2012, dois milhões ou pouco mais de habitantes.

Tais defeitos seriam originados, ainda, além da falha no software, porque as operadoras não veicularam informações precisas e corretas sobre as novas condições relativas à discagem via DDD.

A *causa de pedir*, além disso, está no argumento de que "*não se pode admitir que os consumidores sejam compelidos a pagar valores correspondentes às chamadas interurbanas, em face da balbúrdia ocorrida no sistema, o que gerou desvios de ligações, a torto e a direito (sic), além de não ter havido quaisquer informações relativamente ao novo serviço disponibilizado"* (inicial, fls. 10).

Por tais fatos, deveria ser impedido que os *consumidores sejam cobrados em razão de ligações desviadas como consequência dos problemas ocorridos no sistema DDD"*.

Esses fatos, que originaram a presente ação, nem de longe se qualificam como de *manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou características do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido,* nos termos da lei de regência, para permitir que a associação autora, constituída há menos de ano da data da propositura da ação, pudesse estar legitimada no polo ativo da relação processual, como ocorreu no caso.

Esta ação deveria ter sido indeferida liminarmente, já na primeira vez que o juízo de origem recebeu os autos conclusos, tamanha a desproporção entre a constituição da associação autora, há menos de ano, os possíveis e *supostos* – presumidos mesmo – danos ocorridos a consumidores, sem apontar, todavia, um único caso sequer que tivesse sido cobrado ou taxado indevidamente.

Tanto não existe o manifesto interesse social, muito menos a *relevância* do bem jurídico protegido, que em caso exatamente idêntico, em que o Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul propôs no Município de Ivinhema, MS, em face, também, da BRASIL TELECOM S.A., em que a sentença, de igual forma, foi de procedência da pretensão deduzida na inicial, abriu-se o prazo de **um ano**, por edital, para habilitação dos possíveis consumidores lesados pela cobrança havida por indevida, exatamente como apontado na inicial.

E quantos foram os consumidores que se habilitaram para a liquidação da respectiva sentença?

Nem um. Exatamente, **nem um** consumidor sequer, de sorte que o Ministério Público, então, ingressou ele próprio com o procedimento liquidatório, que redundou em um agravo de instrumento, que me foi distribuído, pendente de minha apreciação.

O exemplo apenas é relatado para fundamentar a constatação de que não existe, na espécie, **manifesto interesse social** que legitime a associação constituída há menos de um ano para a propositura da ação, porque esse requisito só é dispensável se presente este ou o outro requisito descrito na lei de regência, a saber, a relevância do bem jurídico protegido.

"Parte legítima para a causa", ensina **Athos Gusmão Carneiro**[4]**, "** *[...] é quem figura na relação de direito processual como titular, em tese, da relação de direito material nela deduzida, ou, vistas as coisas sob outro ângulo, como titular dos interesses em lide, ou, ainda, como substituto processual.***"**

O que eu quero evidenciar é que a lei, no caso, e por força do artigo 6º do CPC, legitimou-se extraordinariamente as associações civis, desde que constituídas há mais de um ano.

Se forem constituídas há menos de um ano, como aqui, a legitimação extraordinária é mantida, desde que na causa seja evidenciado, na causa de pedir, ***manifesto interesse social*** *evidenciado pela dimensão ou características do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.*

Esse *manifesto interesse social*, contido na lei de regência, está ali para justificar a legitimação extraordinária das associações para **casos graves, de impacto social, ainda que sejam tuteláveis em benefício de** um número indeterminado de pessoas com base em uma mesma origem comum, o que não é a hipótese presente, pois não se tem notícia, desde 1999, mesmo nas ações propostas em outras comarcas por legitimados extraordinários diferentes (como o Ministério Público em Ivinhema, MS), que algum consumidor teria preferido liquidar a sentença para reaver os valores que lhe foram – supostamente – indevidamente debitados em sua tarifa mensal no mês de julho de 1999.

Além disso, tenho como totalmente duvidoso – para dizer o menos – que a associação seja legitimada como substituto processual para ajuizar, em seu próprio nome, ação de natureza coletiva, para defesa de interesses *privados*, particulares, individuais, da titularidade de cada consumidor isoladamente e tendo em vista uma suposta cobrança indevida em suas contas telefônicas num período bem curto – de 10 dias apenas, durante o mês de julho de 1999 - já não bastasse - reafirmo - a ausência do manifesto interesse social no pedido formulado na inicial desta ação, que mais se parece, com todo o respeito, uma aventura jurídica do que, propriamente, a veiculação de uma pretensão dotada de uma seriedade e gravidade tal que justificasse a legitimação extraordinária da apelada.

Se a associação está postulando, na espécie, em nome próprio, não se está diante de representação, mas de substituição mesmo, e em caso tal o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA já decidiu também que a associação, no caso o IDEC – não tinha legitimidade ativa para residir em juízo em defesa de interesses particulares.

Veja-se o acórdão:

RECURSO ESPECIAL Nº 184.986 - SP (1998/0058624-5)

RELATOR : MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

RECORRENTE : INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR IDEC

4 Athos Gusmão Carneiro. . Intervenção de Terceiros, 14ª ed., São Paulo, Saraiva, p. 41.

EMENTA

PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DE INTERESSES PARTICULARES. ILEGITIMIDADE ATIVA DO IDEC. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL NÃO SE CONFUNDE COM REPRESENTAÇÃO.

1. Não cabe o ajuizamento de ação civil pública para a postulação de direito individual que seja destituído do requisito da homogeneidade, indicativo da **dimensão coletiva** que deve caracterizar os interesses tutelados por meio de tais ações.

2. I**nexiste previsão de substituição processual extraordinária para que associações de defesa do consumidor ajuízem, em nome próprio, ação de cunho coletivo para defesa de interesses particulares.**

3. O traço de diferenciação entre os institutos da substituição e da representação processual está em que, no primeiro, **o substituto é parte no processo** e não necessita de autorização dos substituídos para atuar em juízo; no segundo, **o representante não é parte** e precisa de autorização para representar.

Dessa forma, se a associação postula em nome próprio, não age na qualidade de representante processual, pois a figura da representação não afasta o titular do direito substancial da polaridade ativa da ação.

4. Recurso especial não-conhecido. (Julgado em 17.11.2009).

Se a lei, de forma excepcional, autoriza a atuação do substituto processual, excepcionando a regra do artigo 6º, do CPC, e se a lei, em se tratando de associação civil, permite que essa atuação se dê quando for constituída há menos de um ano segundo requisitos que devem ser por ela cumpridos e estar presentes quando do ajuizamento da ação, é sinal de que não se deve banalizar o instituto, porque esse ***manifesto interesse social*** *evidenciado pela dimensão ou características do dano* deve se de tal ordem, de tal expressão, de tal magnitude e relevância, que o ordenamento jurídico *deseja* a efetiva proteção dos direitos ofendidos, em detrimento de uma regra inferior – no caso a constituição da associação há mais de um ano – para que a jurisdição possa atuar, reprimir (se for o caso) e reparar aqueles mesmos direitos.

Trata-se de uma das formas de exteriorização da soberania da jurisdição, no sentido de somente poder atuar, em casos tais, diante de uma causa de pedir e de um pedido que se revelem manifestamente relevantes, a ponto de permitir, extraordinariamente, e sem a provocação direta dos interessados, a atuação da jurisdição. É uma expressão, também, da *cidadania*, e exatamente por isso que o instituto não pode ser banalizado, para permitir a legitimação extraordinária de associação civil constituída há menos de um ano, sem que tenha demonstrado a presença dos requisitos encartados em lei para que o Judiciário possa atuar no caso concreto.

Em vista destas considerações, pedindo vênia ao eminente relator, dele divirjo para dar provimento aos recursos das apelantes e pronunciar a carência de ação, por ilegitimidade ativa *ad causam* da associação autora, anulando a sentença e, consequentemente, decretando a extinção do processo, sem a apreciação do mérito, *ex vi* do artigo 267, VI, do CPC.

Custas pela apelada.

Sem honorários advocatícios, incabíveis na espécie, NA FORMA DO ARTIGO 87 da lei 8.078/90, c/c os artigos 18 e 21 da Lei 7.347/85.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, vencido o relator, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do revisor. Decisão contra o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Josué de Oliveira.

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

Campo Grande, 07 de agosto de 2012.

***

4ª Câmara Cível
Agravo Regimental n. 0025982-89.2012.8.12.0000/50000 - Glória de Dourados
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO DE ALIMENTOS – RÉU NÃO ENCONTRADO PARA A CITAÇÃO PESSOAL – DETERMINAÇÃO DE CITAÇÃO EDITALÍCIA – VALIDADE – INTELIGÊNCIA DO ART. 231 DO CPC – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Na execução de alimentos, ainda que regida pelo procedimento previsto no artigo 733 do CPC, é válida a citação por edital do réu quando houve tentativa de sua citação pessoal, que restou inexitosa.

Não há que se falar, em tal hipótese, de nulidade da citação, quer porque o devedor, nessa hipótese, terá direito à nomeação de um curador especial (artigo 9º, do CPC), que poderá ofertar as razões que impediriam o decreto de prisão, quer porque o próprio devedor, outrossim, comparecendo aos autos, não estará impedido de pessoalmente apresentar as causas e justificativas para o não cumprimento da obrigação exequenda, com possibilidade de pleitear, também, a revogação da prisão, se já então eventualmente decretada.

Recurso conhecido, mas improvido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 7 de agosto de 2012.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

A. G. S., representado pela Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul, interpõe **agravo regimental** às fls.62/68, insurgindo-se contra a decisão deste relator, anexada às fls.54/57, que negou provimento ao agravo de instrumento interposto em face d**e** H. M. T. **e manteve a decisão** que deixou de acolher a exceção de pré-executividade oposta pelo agravante e manteve a citação realizada por edital.

Afirma que para que o executado possa defender é necessária realização de citação apta a lhe dar conhecimento a respeito da existência do processo.

Alega que hoje em dia, com os órgãos de cadastros públicos, é mais fácil obter a informação a respeito do endereço do citado, de maneira que é possível a realização da citação pessoal.

Aduz que o executado pode vir a sofrer prisão civil em virtude da inadimplência do débito alimentar, de maneira que é necessária a efetiva oportunidade de sua defesa.

Requer a reconsideração da decisão recorrida e, alternativamente, que o feito seja incluído em pauta para julgamento.

VOTO

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

Em que pesem as alegações do agravante, entendo que não lhe assiste razão, de modo que submeto a questão à apreciação deste órgão colegiado.

Para tanto, trago à colação o excerto da decisão que proferi monocraticamente, negando provimento ao recurso e mantendo o não acolhimento da exceção de pré-executividade oposta pelo agravante declarando válida a citação realizada por edital.

E assim o fiz à vista desta fundamentação, *verbis:*

> O recurso não merece prosperar.
>
> É de se ver que, a despeito das tentativas de citação pessoal do agravado, não foi ele localizado, de sorte que houve necessidade de se praticar sua citação na modalidade editalícia, com subsequente nomeação de curador especial, nos termos da norma contida no art. 231 do CPC, que abaixo transcrevo:
>
> Art. 231. Far-se-á a citação por edital:
>
> I - quando desconhecido ou incerto o réu;
>
> II - quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontrar;
>
> III - nos casos expressos em lei.

O fato de terem sido realizadas duas tentativas de localização do executado na cidade de Bataguassu, para que fosse pessoalmente citado sem que tais tenham sido frutíferas é fundamento suficiente para justificar a citação por edital, porque o dever do exequente era o de indicar um endereço onde o executado poderia ser encontrado, e ali, a despeito do comparecimento do Sr. Oficial de Justiça, o réu foi havido como estando em local ignorado.

Nesse sentido o entendimento externado pelo douto magistrado (fls.49/50): "De início é possível aferir que pelo menos duas cartas precatórias foram enviadas à Comarca de Bataguassu, para tentativa de citação do executado não ter sido encontrado, mesmo após diversas consultas às pessoas domiciliadas na redondeza" (fl.25).

A seu turno, a segunda diligência para tentativa de citação, conforme certidão de fl.26, ocorreu na "Rua Cuiabá", 847, local onde o meirinho encontrou a irmã do executado, sendo que na ocasião, esta lhe teria dito que seu irmão, há alguns meses, se mudou para a cidade de Porto Velho, Estado de Rondônia, para morar com um outro irmão, não sabendo informar seu atual endereço.

Verifica-se dos autos que o exequente realizou várias tentativas de citação do executado, sendo que todas restaram infrutíferas. A própria consulta ao site do TSE, onde se verifica o domicílio eleitoral do executado, como sendo a cidade de Bataguassu, reforça a tese aludida."

A meu modo de ver, o exequente cumpriu com o seu papel e dever processual de fornecer o endereço do requerido, e o fez com base nos elementos que tinha, então, em mãos. Mais não se lhe poderia ser exigido para que a citação fosse feita pessoalmente, de modo que absolutamente correta é a citação por edital, pelo preenchimento dos dispositivos legais que regem a espécie.

Sobre a matéria, colaciono o entendimento dos Tribunais pátrios, conforme os seguintes arestos:

> EMENTA – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL – PRELIMINAR – ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO PROCESSO POR DEFEITO NA CITAÇÃO – INOCORRÊNCIA – RÉU QUE INDICOU SEU ENDEREÇO NO INSTRUMENTO DE COMPRA E VENDA, ONDE FOI TENTADA SUA CITAÇÃO, SEM QUE ALI FOSSE ENCONTRADO – CITAÇÃO POR EDITAL VÁLIDA E EFICAZ, COM NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL – PRELIMINAR REJEITADA – COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – RECEBIMENTO DO PREÇO PELO ALIENANTE – POSTERIOR ALIENAÇÃO DO MESMO BEM PARA TERCEIRO, OUTORGANDO-LHE ESCRITURA PÚBLICA, LEVADA A REGISTRO NO REGISTRO DE IMÓVEIS – PREJUÍZO INDUVIDOSO CAUSADO À AUTORA – DEVER DE RESTITUIR O VALOR RECEBIDO, COM OS SEUS ACRÉSCIMOS, SOB PENA DE LOCUPLETAMENTO ILÍCITO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.
>
> Se o réu indica seu endereço no documento de venda e compra de imóvel celebrado com a autora, tendo sido este o declinado na inicial, onde foram realizadas diversas diligências para citação pessoal, não tendo sido o réu ali encontrado, nem foi possível aferir seu exato endereço, é válida a citação feita por edital, frustrada a pessoal, com nomeação de curador especial.
>
> Nulidade inexistente. Preliminar rejeitada.
>
> Se o réu celebra instrumento de venda e compra de imóvel e nele declara expressamente que recebeu da autora a quantia de R$ 25.000,00 como parte do pagamento do preço do imóvel alienado, tal declaração é prova suficiente do pagamento efetuado, havendo a autora logrado êxito em demonstrar o fato constitutivo de seu direito, suficiente para julgamento de procedência do pedido de indenização por danos materiais, consistente na devolução do valor pago, acrescidos de seus consectários legais, tal como fixado na sentença.
>
> O alienante que celebra contrato de venda e compra de imóvel declara o valor recebido e lhe outorga quitação, mas subsequentemente vende o mesmo bem para terceiro, em favor de quem outorga escritura pública, levada a registro no espelho imobiliário do imóvel, comete ato ilícito e, como tal, fica obrigado a devolver o valor recebido, sob pena de locupletamento ilícito.
>
> Recurso conhecido e improvido, com integral manutenção da sentença. (TJMS, Apelação Cível - Ordinário - N. 2009.005522-2, Quarta Turma Cível, Des. Dorival Renato Pavan, j. 12.5.2009)
>
> HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA. CITAÇÃO POR EDITAL. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS DOS ARTS. 5º E 6º DA RESOLUÇÃO STJ N.º 9/2005. DEFERIMENTO DO PEDIDO.

1. É cabível a citação por edital quando o réu encontra-se em local "ignorado, incerto ou inacessível", nos termos do art. 231, II, do CPC.

2. "Competente a autoridade que prolatou a sentença, citada a parte e regularmente decretada a revelia, transitado em julgado o decisum homologando, devidamente acompanhado da chancela consular brasileira, acolhe-se o pedido, por atendidos os requisitos indispensáveis à homologação da sentença estrangeira que não ofende a soberania ou a ordem pública" (SEC 1.864/DE, Corte Especial, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 5.2.2009).

3. Pedido de homologação de sentença estrangeira deferido.

(SEC 1.325/PY, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 06/10/2010, DJe 09/11/2010)

V.

Por tais considerações, com arrimo no art. 557 do CPC, conheço do recurso, mas lhe nego provimento, mantendo inalterada a decisão de primeiro grau.

Para além dos acórdãos retratados na decisão invectivada, afirmo que o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, em diversas ocasiões, manteve decisões que decretaram a prisão civil do devedor, **depois de ter sido citado por edital**, formulando o entendimento de que o réu-devedor pode opor os motivos para não ser preso, quando do cumprimento do mandado, se localizado, quando poderá obter a revogação da prisão ou, ainda, antes mesmo da prisão, comparecendo em juízo e expondo as razões que levam à revogação da decisão que impôs sua segregação corporal.

Dentre outros, cito este aresto, que *confirma* o que venho aqui afirmando:

HABEAS CORPUS Nº 43.443 - GO (2005/0064604-4) RELATOR : MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS

IMPETRANTE : ANTÔNIO CARLOS TRINDADE

IMPETRADO : DESEMBARGADOR RELATOR DO HABEAS CORPUS NR 242901217 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS

PACIENTE : W M DE C

DECISÃO

Antônio Carlos Trindade impetrou habeas corpus preventivo, com pedido liminar, em favor de W. M. C, que teme ser preso em razão do não cumprimento de obrigação alimentar.Aponta como autoridade coatora o Desembargador relator do HC nº24.290-1/27, do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, mas não especifica qual ilegalidade praticou. Nas razões do writ afirma que o paciente tentou a sorte no Estados Unidos da América, e quando retornou em janeiro de 2005, encontrou um decreto de prisão, em razão de ação de execução de alimentos promovida pela genitora de seu filho.Alega que teve o valor da pensão reduzido de três (3) para um (1)salário-mínimo e vem cumprido com a obrigação alimentar, bem como que seu filho recebeu a importância de R$ 5.559,80 (cinco mil,quinhentos e cinqüenta e nove reais, e oitenta centavos), o que atesta que as quatro últimas parcelas foram pagas.

Sustenta que os débitos anteriores devem ser processados pelo Art. 732 do CPC. Por encontrar-se ausente do Distrito Federal quando da distribuição do pedido de *habeas*

corpus, ele foi encaminhado à Ministra Nancy Andrighi que determinou ao impetrante, que juntasse aos autos, no prazo de cinco dias, a cópia do acórdão que examinou o habeas corpus anterior (fl 185).

Decorreu o prazo sem que o impetrante juntasse o referido documento(fl. 187).

Não examinei o pedido liminar, ante a deficiência na instrução do pedido de habeas corpus. Solicitei informações à autoridade coatora(fl. 188).Recebi, em 16 de junho, o inteiro teor do habeas corpus denegado(fl. 205).

DECIDO:

Ficou difícil pela deficiência da fundamentação da petição do habeas corpus compreender que ato ilegal praticou a autoridade coatora.

Passei a examinar os documentos acostados aos autos para compreender a controvérsia, verifiquei, no que interessa a esse pedido de habeas corpus, que:- a execução é datada de 01/04/2003, onde cobra-se trinta e uma parcelas em atraso, de débito alimentar (fl. 15/16).- determinou-se, em 3/6/2003, a citação por edital do réu que se encontrava em local inacessível (fl. 39).- em 10/5/2004, certificou-se que o réu foi citado na forma da lei, sem que efetuasse o débito (fl. 44)- nomeou-se curadora para o réu, que apresentou justificativa para o inadimplemento (fls. 47/49).- em 28/9/2004, decretou-se a prisão civil do paciente, por sessenta(60) dias (fls. 55/56).

Há uma comunicado da Comarca de Petrolina/GO de que a prisão foi revogada. É que o paciente pagou parte do débito (fl. 77).

O Ministério Público Estadual pediu a reconsideração da prisão do paciente, até que ele efetuasse o pagamento das três parcelas anteriores a citação (20/3/2004) e as que venceram no curso do processo (fl. 86).

O Juiz de Direito decretou a prisão do paciente por noventa (90)dias, porque deixou de pagar a pensão desde o ano de 2000 (fls.87/88).- há um recibo comprovando que o paciente pagou dois meses de alimentos, correspondente a janeiro e fevereiro de 2005 (fl. 89).- há um mandado de prisão que condiciona a libertação do paciente após o pagamento de R$ 51.757, 25 (fl. 93)- foi impetrado um habeas corpus junto ao Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, pedindo a revogação da prisão (fls. 96/106).

Após o relato dos fatos e da leitura do acórdão que denegou pedido anterior de habeas corpus, passo a decidir.

O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás denegou a ordem porque entendeu que o paciente vem protelando o pagamento da pensão e não pagou as três últimas parcelas anteriores ao ajuizamento da execução e as vincendas no curso do processo.

Consta dos autos que o paciente foi citado por edital em 10/5/2005 e não pagou as parcelas vencidas. ***Para se ver livre da prisão, deve pagar as três parcelas anteriores à citação e as que vencerem no curso do processo***. Dos documentos que constam dos autos, não está claro que ele cumpriu tal exigência, que inclusive encontra-se sumulada neste STJ (309). Indefiro a liminar. Solicitem-se informações, com urgência. Após, vista ao Ministério Público Federal.Brasília (DF), 16 de junho de 2005.MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS Relator(Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, 21/06/2005)"

E, EM OUTRO ARESTO:

RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 23.230 - SP (2008/0050806-0) RELATOR: MINISTRO SIDNEI BENETI

DECISÃO

Cuida-se de recurso ordinário em habeas corpus interposto por TADASHI AOKI contra acórdão da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que foi Relator o E.Des. CAETANO LAGRASTA, que denegou ordem de habeas corpus impetrado por MAURO CASTRO DE MAGALHÃES FILHO em favor do ora recorrente,assim ementado: "***Execução de alimentos. Prisão decretada. Nulidade não configurada. Desaparecimento do executado. Citação por edita***l. Apresentação de defesa. Justificativa insuficiente para a revogação da medida. Ordem denegada, com observação" (fl. 371).

O recorrente, preliminarmente, pugna pela anulação do acórdão hostilizado "eis que não examinou as nulidades processuais argüidas no writ" (fl. 380), sendo elas: (a) vício da citação editalícia; (b)cerceamento da dilação probatória; (c) falta de fundamentação; (d) contradição; (e) inclusão de parcelas sem caráter alimentar na relação de débito; (f) omissão quanto à alegação de que as condições financeiras do recorrente o impediram de adimplir as parcelas.No mérito, sustenta a impossibilidade de pagamento do débito alimentício por encontrar-se em situação financeira desfavorável.O Ministério Público Federal, em seu parecer, manifesta-se pelo improvimento do recurso (fls. 395/403).

É o relatório

O presente recurso não merece conhecimento, pois extemporâneo.

A ***prisão civil do ora recorrente foi decretada*** pelo Juízo da 3ª VaraCível da Comarca de Registro - SP, nos autos da ação de execução de alimentos n. 495.01.1999.000583-3 proposta por LIGIA PEREIRA AOKI,em 1997, por débito no valor, à época, de R$ 6.630,00 (seis mil,seiscentos e trinta reais).Embora o acórdão hostilizado (fls. 370/372) tenha sido publicado no dia 4 de outubro de 2007 (fl. 375), o presente recurso foi interposto em data anterior, precisamente no dia 1º de outubro daquele ano (fl. 379), configurando-se, assim, sua extemporaneidade,óbice para o exame de mérito. Assim tem decidido, em casos semelhantes, este Tribunal, haja vista que o prazo legal para sua interposição somente começa a fluir a partir do dia em que publicado o acórdão no órgão oficial. Vejamos:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. INTERPOSIÇÃO ANTES DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO. INTEMPESTIVIDADE.1. "1. O acórdão, enquanto ato processual, tem na publicação o termo inicial de sua existência jurídica, que em nada se confunde com aqueloutro com que se dá ciência às partes do conteúdo, intimação,que marca a lei como inicial do prazo para a impugnação recursal.2. A extemporaneidade do recurso ocorre não apenas quando é interposto além do prazo legal, mas também quando vem à luz aquém do termo inicial da existência jurídica do decisório alvejado.Precedente do STF.3. Constatado que o recurso ordinário foi interposto sem que o acórdão da Corte estadual sequer tivesse sido publicado, não se constituindo, portanto, o dies a quo do termo legal para a interposição do recurso, deve-se tê-lo como extemporâneo.4. "A ocorrência de meios processuais eletivos à escolha do autor da ação não autoriza a mudança ex officio da via processual escolhida,mediante aplicação do princípio da fungibilidade de recursos, que é inaplicável àquela hipótese. Impossível, assim, a transformação, emhabeas corpus originário, de um recurso ordinário de habeas corpus interposto intempestivamente." (STF - RHC 67.788/PE, Relator Ministro Moreira Alves, in DJ 22/2/91)." (AgRgRHC 13.249/PI, de minha relatoria, DJ 4.8.2003).2. Recurso não conhecido.(RHC 14.061/SP, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, Sexta Turma, DJ15.12.03);

[...] Acresce que, apesar da citação por edital, o executado já apresentou defesa (fls. 202/206), sem proposta viável de solução ou justificativa plausível para sua inércia de quase dez anos (fls.371/372).Pelo exposto, não se conhece do recurso ordinário.

Publique-se. Intimem-se.Brasília (DF), 26 de março de 2008.Ministro SIDNEI BENETI Relator(Ministro SIDNEI BENETI, 03/04/2008)

Insta consignar que a possibilidade de ocorrência de prisão civil do devedor não é motivo suficiente para alterar o entendimento explanado na decisão atacada, vez que possibilidade de coerção pessoal para o cumprimento de alimentos devidos se justifica pela importância do bem jurídico tutelado, sendo que por esse motivo os meios utilizados para assegurar a sua proteção devem ser os mais úteis eficazes para o fim a que se destinam.

Finalmente, um último argumento, consistente no fato de que ao ser citado por edital, mesmo no processo de execução, o juiz deve nomear curador especial para o réu (art. 9• , do CPC), a quem incumbe ofertar as razões que não permitiriam a decretação da prisão civil, sendo esta medida adotada tão somente se refutadas tais razões, quer pela Curadoria Especial, quer pelo próprio devedor que, assim, pode comparecer nos autos e dar suas justificativas que impediriam sua prisão.

Se não o faz, posteriormente, ainda, quando o mandado tiver sido cumprido, poderá, ainda aí, posto ter sido citado por edital, pleitear a revogação da medida, apresentando, como afirmei, as razões pelas quais a pretensão executiva não haveria de prosperar, mediante as justificativas para o não pagamento ou a prova da realização do pagamento.

Assim, mesmo em face dos seus argumentos, com todo o respeito, entendo que não é o caso de se dar provimento ao agravo, razões pelas quais mantenho integralmente o *decisum,* a par dos fundamentos ali também por mim expendidos.

Ante o exposto, conheço do presente recurso e lhe nego provimento, 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. Dorival Renato Pavan

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

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

Campo Grande, 07 de agosto de 2012.

***

Terceira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.007471-0 - Campo Grande
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C PERDAS E DANOS E REINTEGRAÇÃO DE POSSE – TAXA DE FRUIÇÃO – TERMO INICIAL DE INCIDÊNCIA – DATA DO INADIMPLEMENTO DA PRESTAÇÃO – REDUÇÃO DO PERCENTUAL ESTABELECIDO NO CONTRATO – INDENIZAÇÃO PELAS BENFEITORIAS – COBRANÇA DE IPTU – MULTA CONTRATUAL E TAXA DE ADMINISTRAÇÃO INDEVIDAS - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O entendimento deste Tribunal é no sentido de que a taxa de fruição é uma retribuição cobrada do promitente-comprador pelo período em que permanece ocupando o imóvel sem a devida contraprestação.

Diante do desequilíbrio entre os contratantes, se faz necessária a revisão das cláusulas contratuais, bem como a exclusão das consideradas abusivas.

Demonstra-se razoável a incidência da taxa de fruição no importe de 0,5% (meio por cento) ao mês do preço atualizado do bem.

In casu, mostra-se viável a devolução integral do total pago, assim como a indenização total pelas benfeitorias pois a ação de rescisão contratual tem o intuito de retornar as partes ao *status quo ante*, ou seja, à data da assinatura do contrato de compra e venda.

Incumbe aos promitentes compradores o pagamento do débito de IPTU incidente no período em que permaneceram com a posse do bem.

A cobrança de multa contratual e taxa de fruição são cláusulas penais, isto é, esta é a pré-fixação de indenização por despesas decorrentes do desligamento com a empresa vendedora e aquela é aplicável aos casos do devedor ciente da obrigação dá causa por culpa exclusivamente sua à rescisão contratual. No entanto, diante da cobrança de valores excedente ao contratado e da taxa de fruição estipulada anteriormente, indevida a restituição ao vendedor da multa e da taxa sob pena de enriquecimento ilícito.

Considerando que ambas as partes saíram vencidas e vencedoras, a sucumbência deve ser recíproca, distribuídas na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada uma.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 3 de julho de 2012.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Trata-se de Apelação Cível - Ordinário interposto por **I. E. R. Vivendas Empreendimentos Imobiliários Ltda** contra sentença proferida pelo Juiz da 16ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande/MS, nos autos da Ação Rescisão de Contrato movida contra **Roberto Oliveira Soares** e **Graciele da Silva Araújo**.

Alega, em síntese, que:

I – os apelados compraram dois terrenos, parcelados em 84 (oitenta e quatro) parcelas, porém só apresentaram 10 recibos.

II – os recorridos não demonstraram a intenção de manter os contratos.

III – os requeridos estão em mora a mais de 03 (três) anos.

IV – existem elementos suficientes para declarar a rescisão dos contratos;

V – a alegação do magistrado de que os compradores estariam dando a função social dos contratos deve ser rechaçado pois não estamos falando em abandono do imóvel e sim em posse precária diante da inadimplência por mais de 03 (três) anos.

VI – o contrato é valido, pois o objeto e o preço do imóvel foram de comum acordo entre as partes.

VII – se declarada a rescisão contratual, o apelante deve ser ressarcido pelas perdas e danos, decorrente do uso do imóvel pelos apelados desde 25/02/2007.

VIII – devem ser deduzidos 5% (cinco por cento) dos valores a serem devolvidos a título de administração, conforme descrito na cláusula 12º do contrato.

IX – todas as benfeitorias incorporadas ao imóvel serão devidamente indenizadas.

X – da indenização das benfeitorias deve haver compensação dos valores das seguintes verbas: a) multa contratual de 10% do valor do contrato; b) taxa de fruição do imóvel (1%); c) impostos atrasados; d) taxa de administração 5%; e) custas processuais; f) honorários advocatícios.

Ao final, requer o provimento do recurso (f. 133/145).

O recurso foi recebido em ambos os efeitos (f. 149).

Contrarrazões pelo improvimento do recurso (f. 153/156).

VOTO (EM 19.06.2012)

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

Trata-se de Apelação Cível - Ordinário interposto por **I. E. R. Vivendas Empreendimentos Imobiliários Ltda** contra sentença proferida pelo Juiz da 16ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande/MS, nos autos da Ação Rescisão de Contrato movida contra **Roberto Oliveira Soares** e **Graciele da Silva Araújo**.

Para melhor julgamento faz-se necessário uma breve síntese dos fatos.

Os requeridos, em dezembro de 2006, teriam adquirido 03 (três) lotes, mas que logo após o negócio, desistiram da aquisição de um deles, restando integro o contrato quanto aos demais imóveis (lotes nº 22 e 23).

Porém, apesar da desistência de um dos imóveis, o apelante sempre cobrava dos apelados o valor relativo aos 03 (três) lotes acordados inicialmente, ou seja, os requeridos pagavam aproximadamente o valor de R$ 220,00 (duzentos e vinte reais) a mais todos os meses.

O contrato referente ao lote nº 22 da quadra 07 e o contrato referente ao lote nº 23 da quadra 07 preveem na cláusula 2ª que *"O preço certo e ajustado para a venda do lote acima descrito é de R$ 18.386,76 (dezoito mil trezentos e oitenta e seis reais e setenta e seis centavos), e que será pago da seguinte maneira: I – parcelas reajustáveis: 84 parcelas mensais, consecutivas e reajustáveis de R$ 218,89 (duzentos e dezoito reais e oitenta e nove centavos) cada uma, vencendo-se a primeira no dia 25/07/07, a segunda no dia 25/08/07 e assim sucessivamente"*[1].

Os apelados efetuaram o pagamento de apenas 12 parcelas (recibos de f. 78/82), estas se referem aos meses: julho/2007, agosto/2007, outubro/2007, novembro/2007, janeiro/2008, fevereiro/2008, março/2008, abril/2008, maio/2008, junho/2008, julho/2008 e agosto/2008.

Tal fato, nos termos das cláusulas 10ª e 11ª do contrato acostado às f. 24/25, tem o condão de gerar a **rescisão contratual** por culpa exclusiva do comprador, *in verbis*:

> 10ª - Vencida e não paga qualquer das prestações relativas ao preço, previstas no presente contrato, será o COMPRADOR interpelado por intermédio do Oficial de Registro de Imóveis da Comarca, para que satisfaça a parcela em mora, acrescida de atualização monetária pró rata dia de acordo com a variação do IGP-M, da Fundação Getúlio Vargas, publicado mensalmente pela Revista Conjuntura Econômica, juros de mora de 3% (três por cento) ao mês ou fração de mês, da multa ou pema convencional de 10% (dez por cento) do valor do débito limitados à legislação vigente na data do pagamento, e isto no subsequente prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de rescisão contratual, consoante dispõe a cláusula seguinte.
>
> 11ª - Decorrido o prazo assinado pela interpelação prevista na cláusula anterior, sem que o COMPRADOR tenha efetuado o pagamento da prestação em atraso e daqueles que vencerem até a data do pagamento, acrescida de juros convencionais, da multa pactuada e das custas de intimação, o presente contrato ficará rescindido de pleno direito, independentemente de qualquer outra notificação ou interpelação judicial.

Nos termos do artigo 475[2] do Código Civil, a parte lesada pelo inadimplemento do contrato poderá requerer a sua resolução, cabendo-lhe ainda, exigir o pagamento de indenização.

No que toca ao cerne da questão, ou seja, o pagamento das prestações, verifica-se que de fato não há qualquer prova nos autos de que os apelados tenham adimplido as parcelas acordadas. Somente o adimplemento afastaria a decretação da rescisão contratual e, consequentemente, a reintegração de posse.

A existência do negócio jurídico afirmado na inicial está devidamente comprovada através das provas apresentados pela Requerente, assim como o inadimplemento contratual por parte dos

1 Contrato de compra e venda – f. 23/26 (lote nº 23) e f. 27/30 (lote nº 22).

2 Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

Requeridos, consubstanciada nos documentos que comprovam a sua notificação judicial e constituição em mora (f. 31/35).

Assim, o pedido de rescisão contratual é direito que assiste à parte Autora, tendo em vista que a mora é uma das causas de rompimento do ajuste.

A discussão levantada pelo magistrado singular de que os compradores cumpriram a **função social** do contrato é irrelevante pois trata-se de questão absolutamente alheia ao objeto deste processo, que se restringe à verificação ou não da mora dos requeridos em compromisso de compra e venda.

Quanto à **indenização por benfeitorias** já havia sido ressalvado na inicial e recurso de apelação, tendo a requerente apresentado que *"todas as benfeitorias que os requeridos incorporaram ao imóvel, serão devidamente indenizadas*[3] *"*.

Além disso, o artigo 1.219 do CC estabelece que *"o possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis*".

Dessa forma, não há o que analisar neste ponto, mesmo porque é pacífico o entendimento Jurisprudencial nesse sentido:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE C/C INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS – PRELIMINAR DE JULGAMENTO EXTRA PETITA AFASTADA – COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – INADIMPLEMENTO CONTRATUAL – VERIFICADO – CLÁUSULA RESOLUTIVA – RESCISÃO DO CONTRATO – DECLARADA – REINTEGRAÇÃO NA POSSE DO IMÓVEL – CONCEDIDA – COBRANÇA DE ALUGUÉIS A TÍTULO DE TAXA DE FRUIÇÃO DO IMÓVEL – POSSIBILIDADE – PREVISÃO CONTRATUAL – CLÁUSULA PENAL – LEGALIDADE – INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS – NÃO VERIFICADA – ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA – INDENIZAÇÃO PELAS BENFEITORIAS ÚTEIS E NECESSÁRIAS REALIZADAS NO IMÓVEL PELO PROMISSÁRIO COMPRADOR – DEVIDA – CORREÇÃO MONETÁRIA – ÔNUS SUCUMBENCIAIS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> [...]
>
> As benfeitorias úteis e necessárias realizadas no imóvel pelo promitente-comprador devem ser indenizadas, conforme garantia do art. 1.219 do Código Civil. No presente caso, devem elas serem compensadas nos valores dos alugueis, a fim de que, não haja o enriquecimento sem causa dos promitentes-vendedores.
>
> [...]
>
> (TJMS - Apelação Cível - Ordinário - N. 2011.019789-5/0000-00 - Campo Grande/MS - Relator - Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran – 1ª Turma Cível – J. 24.08.2011)
>
> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL E REINTEGRAÇÃO DE POSSE – SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE A AÇÃO E CONDENOU A PARTE RÉ A PAGAR TODAS AS PARCELAS DEVIDAS DO NEGÓCIO JURÍDICO – IMPOSSIBILIDADE – PREJUÍZO AO COMPRADOR –

3 inicial f. 08 e apelação f. 144.

DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS DESCONTADOS O VALOR DA RETENÇÃO – INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIAS – CABIMENTO – RECURSO PROVIDO.

A rescisão contratual acarreta o retorno da relação jurídica ao status quo ante, de modo que descabe o dever de pagar as parcelas contratadas, por representar prejuízo ao comprador, que não se encontrará mais na posse do bem.

Na procedência da rescisão contratual, as parcelas pagas a título de compra do bem devem ser devolvidas ao comprador, à exceção do valor correspondente às perdas e danos.

Cabe indenização por benfeitorias quando provada a existência de edificação em terreno, sem impugnação do vendedor. (TJMS - Apelação Cível - Ordinário - N. 2010.020425-2/0000-00 – Dourados/MS - Relator - Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Santini – 2ª Turma Cível – J. 30.11.2010)

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C PERDAS E DANOS E DANOS MATERIAIS E MORAIS – EMPREENDIMENTO HABITACIONAL – MULTA PENAL POR PERDAS E DANOS – DESCUMPRIMENTO DE PRAZOS – BENFEITORIAS – DANOS MORAIS – COMPROVADOS – DEVER DE INDENIZAR – RECURSO IMPROVIDO.

1. Tendo restado expressamente consignado em contrato, por cláusula estipulada pela própria construtora, que a entrega do conjunto habitacional como um todo - da qual a unidade autônoma era parte integrante das demais – ocorreria até janeiro de 2004, tendo expirado este prazo, comprovada a inadimplência da empresa e o direito da parte adimplente em pleitear a rescisão contratual.

2. Sendo inconteste que os blocos possuíam vícios estruturais, e comprovadas as benfeitorias realizadas para minimizar tais problemas, resta evidente o dever da requerida em indenizar.

[...]

(TJMS - Apelação Cível - Ordinário - N. 2009.028087-0/0000-00 - Campo Grande/MS - Relator - Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – 3ª Turma Cível – J. 17.05.2010)

Com relação ao pedido de **ressarcimento pelas perdas e danos decorrente do uso do imóvel (taxa de fruição)**, constata-se que os recorridos usufruíram do bem por longo período sem efetuar o pagamento das parcelas pactuadas impõe-se reconhecer o direito da recorrente de descontar-lhes a vantagem econômica auferida por esta fruição, sob pena de enriquecimento ilícito do consumidor.

O entendimento deste Tribunal é no sentido de que a taxa de fruição é uma retribuição cobrada do promitente-comprador pelo período em que permanece ocupando o imóvel sem a devida contraprestação, qual seja, o pagamento da parcela ajustada no contrato firmado, e não deve ser confundida com cláusula penal, que se destina a punir o contratante que enseja a rescisão do negócio.

Neste sentido, demonstra o posicionamento desta Corte, na seguintes jurisprudências:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C PERDAS E DANOS E REINTEGRAÇÃO DE POSSE – TAXA DE FRUIÇÃO – TERMO INICIAL E TERMO FINAL DA INCIDÊNCIA – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

Se a taxa de fruição tem como fato gerador a ocupação indevida do imóvel pelo promitente comprador, deve esta ser cobrada a partir do período de inadimplência, no qual

> o comprador usufruiu o bem sem efetuar o pagamento das prestações, até a data da efetiva desocupação do imóvel. Recurso provido. (Apelação Cível 2010.038277-6 - Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli - Segunda Turma Cível -12.4.2011)
>
> APELAÇÃO CÍVEL – CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL – REVISÃO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS – TAXA DE FRUIÇÃO – DEVIDA A PARTIR DA DATA DO INADIMPLEMENTO DO CONTRATO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> É devido o pagamento de indenização pela fruição do bem a partir do momento em que o promitente comprador permanece no imóvel sem pagar as prestações. (Apelação Cível 2008.008950-5 - Rel. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges -Segunda Turma Cível -12.7.2011)
>
> APELAÇÃO CÍVEL – RESCISÃO CONTRATUAL C/C PERDAS E DANOS E REINTEGRAÇÃO DE POSSE – INADIMPLÊNCIA DA PROMISSÁRIA COMPRADORA – RESCISÃO DO CONTRATO – TAXA DE FRUIÇÃO – RECURSO PROVIDO EM PARTE. É devida a indenização a título de fruição do imóvel, como forma de aluguel pelo tempo em que o devedor permaneceu inadimplente na posse do bem, incidindo sobre o valor atualizado do imóvel e a partir da inadimplência do devedor até a desocupação do imóvel. (TJMS; Primeira Turma Cível; Apelação Cível n. 2009.022068-5/0000-00; Rel. Des. João Maria Lós; Julgamento: 18/01/2011).
>
> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL, REINTEGRAÇÃO DE POSSE E INDENIZAÇÃO – TAXA DE FRUIÇÃO DE 1% DO PREÇO ATUALIZADO DO BEM A PARTIR DO INADIMPLEMENTO – RECURSO IMPROVIDO. A taxa de fruição corresponde à indenização pelo período em que o comprador usufruiu do imóvel sem efetuar o pagamento, dando razão à rescisão contratual. (TJMS; Quinta Turma Cível; Apelação Cível n. 2005.012977-6/0000-00; Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva. Julgamento: 23/04/2009).

Dessarte, tenho que a incidência da taxa de fruição deve ter início na data em que os adquirentes usufruíram do imóvel sem efetuar o pagamento das prestações, e não a partir da efetiva posse.

Em relação ao percentual cobrado à titulo da taxa de fruição ao compulsar os autos, verifica-se que está expresso no cláusula 12ª que o comprador do imóvel deverá pagar 1% (um por cento) ao mês, do preço total do presente imóvel, pela sua ocupação do imóvel, porém tal percentual onera sobremaneira a parte mais vulnerável da relação contratual.

O princípio do *"pacta sunt servanda"*, cujo preceito determina que devem prevalecer às obrigações pactuadas entre os contratantes, não pode ser considerado um dogma do direito, de forma a ser tido como intocável, possibilitando que se esconda sob o seu manto irregularidades e abusividades tão-somente porque se encontram previstas no contrato. Tal princípio deve ser interpretado de acordo com a realidade sócio-econômica, igualdade das partes e, principalmente, com a natureza do contrato em questão.

Assim, visando assegurar um equilíbrio na formação do contrato, a autonomia da vontade fica limitada às normas de ordem pública, retirando da livre manifestação de vontade alguns vícios que outrora era permitido no direito privado.

Diante do desequilíbrio entre os contratantes no presente caso, demonstra-se cabível a revisão das cláusulas contratuais, bem como a exclusão das consideradas abusivas, colocando as partes em situação de igualdade.

Neste sentido é o entendimento deste Tribunal de Justiça:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C PERDAS E DANOS E REINTEGRAÇÃO DE POSSE – CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE TAXA DE FRUIÇÃO – POSSIBILIDADE – CUMULAÇÃO COM CLÁUSULA PENAL – ADMISSIBILIDADE – REDUÇÃO DO PERCENTUAL ESTABELECIDO NO CONTRATO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> É possível o pagamento de indenização pela fruição do bem quando o promitente comprador permanecer no imóvel sem pagar as parcelas.
>
> Deve ser minorado o importe da taxa de fruição quando presente a abusividade da taxa estipulada no contrato. (TJMS - Apelação Cível - Ordinário - N. 2010.021652-5 - Terceira Turma Cível – Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – j. em 2.8.2010)

Demonstra-se razoável a incidência da taxa de fruição no importe de 0,5% (meio por cento) ao mês do preço atualizado do bem.

No que se refere ao **pagamento do IPTU incidente sobre o imóvel**, é de integral responsabilidade dos requeridos o pagamento deste tributo relativo ao tempo em que permanecerem com a posse do imóvel.

No entanto, como não existem provas da inadimplência dos apelados quanto a quitação do IPTU, ressalvo que se houver algum débito, este deve ser descontado do total a ser restituído, fazendo-se a devida compensação.

Outro ponto a ser discutido é **quanto a multa contratual de 10% (dez por cento) do valor do contrato**, aplicável nos casos do devedor ciente da obrigação, dá causa por culpa exclusivamente sua à rescisão contratual.

Entendo que, no presente caso, não é aplicável a multa contratual, pois conforme dito anteriormente, o apelante sempre cobrava dos apelados o valor relativo à 03 (três) lotes acordados inicialmente, porém, o valor devido seria apenas quanto a 02 (dois) lotes.

Assim, a parte autora cobrava dos requeridos valor excedente ao contratado.

Em razão disso, o inadimplemento não foi por culpa exclusiva dos apelados, diante da cobrança indevida, sendo indevida a aplicação de tal multa.

A cláusula 12ª do contrato acostado às f. 24/25, estabelece que:

> 12ª - No caso de rescisão do presente contrato, ocorrendo a hipótese de restituição de valores ao COMPRADOR, serão deduzidas as despesas com cobrança e administração das prestações, correspondente a 5% (cinco por cento) do valor das parcelas efetivamente recebido; o valor da pena convencional; além de 1% (um por cento) ao mês, calculado sobre o preço total do presente contrato, à título de fruição do bem, desde a data de assinatura deste instrumento até a data da efetiva devolução da posse ao VENDEDOR, tudo nos termos do art. 51 e seus parágrafos, c/c o art. 53, ambos da Lei nº 8.078/90.

A **taxa de administração** não é mais do que cláusula penal, isto é, pré-fixação de indenização por despesas administrativas decorrentes do desligamento com a empresa vendedora.

A retenção da taxa de administração na devolução do montante já pago, desde que observados os limites assentados na jurisprudência, reveste-se de legalidade, ao passo que evita a penalização da parte que não deu azo à rescisão contratual.

No entanto, como já narrado anteriormente, o apelante cobrava dos apelados valor excedente ao contratado, assim, indevida a fixação da taxa de administração *in casu*. A cobrança desta taxa acarretaria em enriquecimento ilícito, já que o apelante será indenizado através da taxa de fruição estipulada anteriormente.

A ação de rescisão contratual tem o intuito de retornar as partes ao *status quo ante*, ou seja, à data da assinatura do contrato de compra e venda.

Nesse sentido:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C PERDAS E DANOS E REINTEGRAÇÃO DE POSSE – TAXA DE FRUIÇÃO – TERMO INICIAL DE INCIDÊNCIA – DATA DO INADIMPLEMENTO DA PRESTAÇÃO – REDUÇÃO DO PERCENTUAL ESTABELECIDO NO CONTRATO – RECURSO PROVIDO.
>
> O entendimento deste Tribunal é no sentido de que a taxa de fruição é uma retribuição cobrada do promitente-comprador pelo período em que permanece ocupando o imóvel sem a devida contraprestação.
>
> Diante do desequilíbrio entre os contratantes, se faz necessária a revisão das cláusulas contratuais, bem como a exclusão das consideradas abusivas.
>
> Demonstra-se razoável a incidência da taxa de fruição no importe de 0,5% (meio por cento) ao mês do preço atualizado do bem. (TJMS - Apelação Cível - Ordinário - N. 2012.005053-8/0000-00 - Campo Grande/MS - Relator - Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – 3ª Câmara Cível – J. 13.03.2012)
>
> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE - SINAL - PERDA PELA COMPRADORA DO IMÓVEL – TAXA DE FRUIÇÃO – 1% AO MÊS SOBRE O VALOR DO IMÓVEL ATUALIZADO – LIMITAÇÃO A 10% DO VALOR DA PRESTAÇÃO MENSAL – COBRANÇA PERMITIDA – A PARTIR DA OCUPAÇÃO INDEVIDA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> A compradora inadimplente deve ser penalizada em razão do descumprimento da obrigação pactuada, porém, somente deverá ser penalizada com a perda do sinal, por ser mais benéfica ao consumidor.
>
> Rescindindo-se o contrato de promessa de compra e venda por inadimplência do promissário comprador, deve o promitente vendedor, antes de ser reintegrado na posse do imóvel, indenizar o comprador pelas benfeitorias deixadas, sob pena de enriquecimento sem causa.
>
> A taxa de fruição, que tem como suporte fático a ocupação indevida do imóvel pelo promitente comprador, que usufruiu do imóvel sem efetuar o pagamento das prestações, deve ser calculada na base de 1%, sobre o valor do imóvel atualizado, mas limitado ao percentual de 10% sobre o valor da prestação mensal, em atenção ao princípio da razoabilidade. (TJMS - Apelação Cível - Ordinário - N. 2011.033656-9/0000-00 – Corumbá/MS - Relator - Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay – 3ª Câmara Cível – J. 06.12.2011).

Assim, resta evidente o direito dos compradores receberem as parcelas pagas à empresa vendedora e a indenização por benfeitorias realizadas no imóvel conforme laudo de avaliação de f. 114. Conforme jurisprudência dominante, a devolução destes valores deve ser realizado de uma vez só.

Além disso, diante do uso do imóvel o vendedor terá direito à taxa de fruição no importe de 0,5 (meio por cento) ao mês do preço atualizado do bem.

Quanto as prestações pagas pelos compradores estas deverão ser acrescidas de correção monetária desde o desembolso e juros de mora de 1%, a partir da citação.

Destaco ainda, do total a ser restituído pelos compradores, deverão ser descontados a incidência da taxa de fruição e os débitos existentes referente ao IPTU dos imóveis (lotes nº 22 e 23) referente ao período que os compradores permanecerem com a posse do imóvel.

Com o resultado desse recurso, verifica-se que a parte autora decaiu quanto aos pedidos de multa contratual, taxa de administração e restituição dos valores pagos, enquanto os requeridos foram vendidos quanto à rescisão contratual e taxa de fruição (indenização pela utilização do bem), o que impõe o reconhecimento da sucumbência recíproca.

Dessa forma, as custas processuais e honorários advocatícios devem ser distribuídos entre as partes, na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada uma.

Mantenho os honorários advocatícios em R$ 800,00 (oitocentos reais), nos termos do § 4º do art. 20 do CPC, o que entendo bem remunerar o profissional de direito em atuação neste feito, haja vista a natureza da ação e o trabalho desenvolvido, autorizando a compensação, nos termos do artigo 21 do CPC e Súmula 306 do STJ.

Ex positis, **dou parcial provimento** à apelação cível interposta por I. E. R. Vivendas Empreendimentos Imobiliários Ltda, para declarar rescindido o contrato de compra e venda dos lotes nº 22 e 23.

O valor da condenação deve ser apurado por meio de liquidação nos termos deste acórdão.

A reintegração na posse do bem é uma consequência da rescisão contratual.

Configurada a sucumbência recíproca, as custas processuais e os honorários advocatícios fixados R$ 800,00 (oitocentos reais) devem ser suportados pelas partes, na proporção de 50% para cada uma.

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

VOTO (EM 26.06.2012)

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

Após análise detida dos autos, constata-se que o entendimento manifestado pelo eminente Desembargador Relator Fernando Mauro Moreira Marinho coaduna-se com a peculiaridade apresentada na demanda. Senão vejamos:

Da rescisão contratual

A autora pleiteia a rescisão de contrato de compromisso de compra e venda e reintegração de posse e perdas e danos com fundamento na inadimplência do requerido, promitente comprador.

É fato incontroverso nos autos, desde a tramitação originária do feito, que o requerido é realmente devedor das prestações relativas aos imóveis adquiridos da autora (Lote 22 e 23).

O compromisso de venda e compra vem a ser o contrato pelo qual o compromitente-vendedor obriga-se a vender ao compromissário-comprador determinado imóvel, pelo preço, condições e modos avençados, outorgando-lhe a escritura definitiva assim que ocorrer o adimplemento da obrigação; por outro lado, o compromissário-comprador, por sua vez, ao pagar o preço e satisfazer todas as condições estipuladas no contrato, tem direito real sobre o imóvel, podendo reclamar a outorga da escritura definitiva, ou sua adjudicação compulsória, havendo recusa por parte do compromitente-vendedor.

Assim, o compromisso de compra e venda em questão gera obrigações para ambas as partes; ao requerido/comprador de pagar o preço convencionado no tempo e modo devidos, à autora/vendedora, de entregar o imóvel na data pactuada, nas condições e modos avençados.

Não obstante a apelante(vendedora) tenha concorrido para o desfazimento do negócio, já que não retificou o contrato original (f. 22), quanto à desistência de relativa ao lote nº 21, restou configurada a mora por parte do apelado (comprador), que inclusive foi notificado pessoalmente para pagamento do débito, sob pena de rescisão do contrato (f. 32/33).

Assim, não há dúvidas quanto a mora do requerido que deixou de pagar as prestações relativas ao contrato sem qualquer providência legal.

O princípio da autonomia da vontade significa a liberdade de contratar das partes e dele decorre o princípio da força obrigatória daquilo que o consenso dos contratantes convencionou, pelo que os contratos não podem ser modificados ou revogados, salvo em razão de um novo acordo de vontades ou pelas causas autorizadas em lei. Pelo princípio da relatividade, o contrato é lei entre as partes, não aproveitando ou prejudicando terceiros.

Prevalece, ainda, quanto aos contratos, o princípio de que todos eles são celebrados de boa-fé, devendo o intérprete preocupar-se mais com o espírito das convenções do que com a literalidade de suas cláusulas.

A requerente demonstrou a existência do compromisso de compra e venda, bem como a notificação do requerido.

Com o atraso no pagamento das prestações e a notificação do requerido, a rescisão do contrato é medida que se justifica, até porque prevista no contrato de compromisso de compra e venda celebrado entre as partes (cláusula resolutiva nº 11 - f. 23/30).

Trata-se, no caso, de cláusula resolutiva expressa que, nos termos do art. 474 do Código Civil, opera de pleno direito, sem a necessidade de declaração judicial e prevê a imediata resolução do contrato na hipótese de inadimplemento, obrigando, no caso, o comprador, à restituição da posse do bem, não havendo falar, portanto, em cláusula abusiva. *"Art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito. A tácita depende de interpelação judicial."*

Destarte, correto o entendimento do I. Desembargador Relador que rescindiu os contratos de compra e venda inadimplidos e, por consequência, deferiu o pedido de reintegração da empresa vendedora na posse dos imóveis.

Indenização por benfeitorias

Quanto à indenização por benfeitorias incorporadas aos imóveis entendo que está é cabível, não havendo discussão quanto à sua realização, tanto que na inicial, a apelante ressalva que *"todas as benfeitorias que os requeridos incorporaram ao imóvel, serão devidamente indenizadas."*

Taxa de fruição

Da mesma forma, é devida a taxa de fruição prevista na clausula 12ª do contrato, na forma como determinado no voto do Relator.

É que, diante da constatação de que o réu usufruiu do bem sem, contudo, efetuar o pagamento das parcelas pactuadas, impõe-se reconhecer o direito da construtora requerente de descontar-lhe a vantagem econômica auferida pelo uso do mesmo, sob pena de enriquecimento ilícito da contratante. Verifica-se, portanto, que referidos valores são considerados mera recomposição dos prejuízos experimentados durante o período em que o apelado ficou na posse do imóvel, isto é, uma parcela mensal devida pela utilização do bem, equiparada ao aluguel.

Do IPTU

Eventuais débitos relativos à IPTU dos imóveis no período em que o réu permaneceu na posse são de sua responsabilidade, conforme disposto na clausula nº 5 dos contratos.

Multa de 10%

A multa de 10% deve ser afastada já que não demonstrada a culpa exclusiva do réu, pelo descumprimento do contrato, na forma como entendeu o Desembargador Relator.

Taxa de administração

A autora, ora apelante, entende que, com a rescisão, o demandado deve perder parte das quantias pecuniárias (0,5%) já pagas à título de taxa de administração. A requerida, por sua vez, entende fazer jus ao ressarcimento integral das importâncias adimplidas.

Com a resolução contratual, as partes devem ser restituídas à situação anterior, restituindo a promitente vendedora, ao promitente comprador, as parcelas recebidas.

Nesse ponto, importante assentar que o direito não aceita o enriquecimento injustificado de qualquer das partes contratantes em detrimento da outra. No caso dos autos, quando a parte demandada firmou contrato de promessa de compra e venda, e pagou parte do imóvel, não recebendo o retorno das parcelas pagas, haveria grande prejuízo desta, em favor da parte autora. A culpa contratual, que evidentemente permanece, não pode, porém, dar causa a tamanha conseqüência, que enriqueceria a empresa, e empobreceria a parte adversa. Assim, nesse ponto, também acompanho o entendimento do Desembargador Relator.

Da compensação

A compensação de valores se mostra adequada, respeitando os pilares do princípio da proporcionalidade que devem amparar a solução do caso.

A jurisprudência corrobora o entendimento:

> AÇÃO ORDINÁRIA DE RESOLUÇÃO DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA CUMULADA COM REINTEGRAÇÃO DE POSSE E INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. CONDENAÇÃO DA PARTE DEMANDADA AO PAGAMENTO DE ALUGUEL PELO PERÍODO DE USO DO IMÓVEL. COMPENSAÇÃO, NO CASO EM CONCRETO, COM OS VALORES ATÉ ENTÃO PAGOS PELA PARTE PROMITENTE COMPRADORA. CASO EM QUE NÃO HÁ FALAR EM INCIDÊNCIA DA TABELA PRICE OU COBRANÇA ABUSIVA DE JUROS. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70015053580, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elaine Harzheim Macedo, Julgado em 18/05/2006);

> Ação de resolução de promessa de compra e venda de bem imóvel. Alegação de inadimplemento do preço pela compradora. Sentença de parcial acolhimento do pedido, decretando a extinção do contrato e determinando o retorno das partes à situação anterior. Determinação de restituição, pelos vendedores, dos valores pagos pela compradora. Desacolhimento da pretensão dos demandantes à reintegração de posse. Recurso de apelação dos vendedores, tão-somente quanto à determinação sentencial de restituição da parcela recebida. Hipótese em que se justifica a retenção da parcela recebida pelos vendedores, como compensação pelo desfazimento do negócio e pela ocupação do imóvel por mais de cinco anos pela compradora. Apelação provida. (Apelação Cível Nº 70014691901, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Cini Marchionatti, Julgado em 05/04/2006).

Assim deve ser determinada a compensação dos valores pagos com a indenização devida a título de fruição do imóvel e eventuais débitos relativos ao IPTU dos imóveis no período em que o réu permaneceu na sua posse.

Por estas razões, **acompanho** o eminente Desembargador Relator.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO VOGAL (DES. RUBENS BERGONZI BOSSAY). O RELATOR E O REVISOR DAVAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

VOTO (EM 03.07.2012)

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Vogal)

I. E. R. Vivendas Empreendimentos Imobiliários Ltda, inconformada com a sentença prolatada pelo Juiz da 16ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação de Rescisão de Contrato que move em face de Roberto Oliveira Soares e Graziele da Silva Araujo, interpõe apelação cível nesta Corte objetivando a reforma da sentença.

Pretende a autora/apelante a rescisão do contrato de compromisso de compra e venda e reintegração de posse e perdas e danos, em virtude da inadimplência dos requeridos, promitentes compradores.

Acompanho o e. Relator para dar parcial provimento ao recurso.

Compulsando os autos (f. 21 e seguintes) denota-se que as partes entabularam contrato particular de compromisso de compra e venda referente a 3 (três) lotes, pelo preço de R$ 18.386,76 (dezoito mil trezentos e oitenta e seis reais e setenta e seis centavos), valor este a ser pago conforme a cláusula 2º do instrumento particular.

Porém, após a realização do negócio, os requeridos desistiram da aquisição de um lote, restando íntegro o contrato com relação aos lotes remanescentes.

Manuseando o caderno processual (f. 78/82), verifica-se que os apelados efetuaram o pagamento de apenas 12 (doze) parcelas, de um total de 84, o que, na forma das cláusulas 10ª e 11ª, enseja a rescisão contratual.

Em relação às indenizações por benfeitorias, cumpre esclarecer que tanto na exordial quanto no recurso de apelação, a requerente deixou expresso que serão indenizadas.

Conforme os fundamentos do e. Relator: *"Quanto à indenização por benfeitorias já havia sido ressalvado no inicial e recurso de apelação, tendo a requerente apresentado que 'todas as benfeitorias que os requeridos incorporaram ao imóvel, serão devidamente indenizadas".*

No que concerne à taxa de fruição, vê-se que o contrato prevê, em sua cláusula 12ª, que o comprador do imóvel deverá pagar 1% (um por cento) ao mês, do preço total do imóvel.

Contudo, visando assegurar o equilíbrio na formação do contrato, o e. Relator reduziu o aludido percentual para 0,5% (meio por cento) ao mês, do preço atualizado do imóvel, de modo que o acompanho também nessa parte.

No tocante ao pagamento do IPTU, como bem fundamentou o e. Relator *"é de integral responsabilidade dos requeridos o pagamento deste tributo relativo ao tempo em que permaneceram com a posse do imóvel.*

No entanto, como não existem provas da inadimplência dos apelados quanto a quitação do IPTU, ressalvo que se houver algum débito, este deve ser descontado do total a ser restituído, fazendo-se a devida compensação."

Quanto à multa contratual de 10% (dez por cento), vê-se que ela é devida nos casos em que o devedor ciente da obrigação, dá causa por culpa exclusivamente sua.

Entretanto, tenho que deve ser afastada, porquanto não evidenciada culpa exclusiva dos devedores, já que a apelante cobrava o valor relativo à 3 (três) lotes (acordo inicial), quando o correto seria apenas dois.

Desse modo, vê-se que a autora cobrava dos requeridos valor excedente ao contratado.

Asim, acompanho o e. Relator nessa parte.

Por fim, quanto a taxa de administração, tenho que não é devida, haja vista que a autora cobrou valores que excederam ao contrato, além do que, receberá o calor relativo à taxa de fruição.

Nesse sentido são os fundamentos do relator:

> A taxa de administração não é mais do que a cláusula penal, isto é, pré-fixação de indenização por despesas administrativas decorrentes do desligamento com a empresa vendedora.
>
> A retenção da taxa de administração na devolução do montante já pago, desde que observados os limites assentados na jurisprudência, reveste-se de legalidade, ao passo que evita a penalização da parte que não azo à rescisão contratual.
>
> No entanto, como já narrado anteriormente, o apelante cobrava dos apelados valor excedente ao contratado, assim, indevida a fixação da taxa de administração in casu. A cobrança desta taxa acarretaria em enriquecimento ilícito, já queo apelante será indenizado através da taxa de fruição estipulada anteriormente.

Assim, acompanho o e. Relator para dar parcial provimento ao recurso da autora.

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. Rubens Bergonzi Bossay.

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, 3 de julho de 2012.

***

Terceira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.011404-5 - Campo Grande
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – INSCRIÇÃO INDEVIDA – AUSÊNCIA DE UTILIZAÇÃO DOS SERVIÇOS TELEFÔNICOS APÓS A PORTABILIDADE DA LINHA – DANO MORAL *IN RE IPSA* – QUANTUM INDENIZATÓRIO RAZOÁVEL – NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

1. Em se tratando de indevida inscrição perante o cadastro de inadimplentes, por não ser a autora a titular do débito que ensejou a inclusão, já que não utilizou o serviço diante da portabilidade da linha, o dano moral está *in re ipsa*, pouco importando que inexista prova nos autos quanto ao efetivo prejuízo sofrido em virtude do evento danoso.

2. A compensação pelo dano moral deve corresponder à realidade dos fatos trazidos a lume, ao caso concreto, objetivando reparar os prejuízos da vítima e evitar a prática reiterada dos atos lesivos.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 10 de julho de 2012.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Trata-se de Apelação Cível - Ordinário interposto por **Americel S/A** contra sentença proferida pelo Juiz da 4ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande/MS, nos autos da *Ação Declaratória* movida por **Jeciara Sales Cabral Bastos.**

Alega, em síntese, que:

I – não praticou qualquer atitude ilícita, capaz de gerar indenização por danos morais.

II – o valor da condenação por danos morais mostra-se excessivo, não tendo sequer ficado comprovada a sua ocorrência.

III - a recorrida não comprovou o nexo de causalidade entre os prejuízo descritos na exordial e qualquer ação praticada pela Recorrente.

Ao final, requer o provimento do recurso para declarar inexistente o valor dos supostos danos morais, se assim não entender, diminuir o valor atribuido ao pseudo dano moral.

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo (f. 154).

Contrarrazões pelo improvimento do recurso (f. 157/164).

VOTO

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

Trata-se de Apelação Cível - Ordinário interposto por **Americel S/A** contra sentença proferida pelo Juiz da 4ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande nos autos da *Ação Declaratória* movida por **Jeciara Sales Cabral Bastos.**

A autora, em seu petitório inicial descreve que tinha um contrato de prestação de serviços de telefonia com a requerida e que resolveu transferir seus números para a operadora TIM através de "portabilidade". Após este procedimento, a empresa requerida passou a emitir faturas indevidas em nome da autora, tendo sido inscrita perante os órgãos de restrição de crédito em razão destes débitos.

Com efeito, a requerida Americel S/A argumentou que os débitos que foram cobrados seriam referente a contas anteriores à portabilidade.

Conforme documentos de f. 16/17 o nome da apelada foi inscrito no cadastro de inadimplente junto aos órgãos de proteção ao crédito.

O ofício anexado às f. 107/109, informa que "*as linhas indicadas portaram para esta operadora na data de 27/05/2009*".

No entanto, verifica-se que o nome da autora foi inscrito em razão de uma dívida vencida em 28/08/2009, ou seja, posterior a data de portabilidade, caracterizando-se a inscrição indevida do nome da apelada nos órgãos de proteção ao crédito.

Dessa forma, comprovado que a autora não utilizou o serviço após a portabilidade para outra operado, mostrando-se ilícita a negativação de seu nome junto aos órgãos de restrição ao crédito.

Nesse sentido:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – COBRANÇA INDEVIDA APÓS A PORTABILIDADE NUMÉRICA – INCLUSÃO DO NOME DO CONSUMIDOR NOS CADASTROS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO EM RAZÃO DO SUPOSTO DÉBITO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO – QUANTUM INDENIZATÓRIO REDUZIDO – PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> A cobrança indevida de serviços de telefonia não mais usufruídos em razão da contratação com outra concessionária via portabilidade, aliada à inscrição do nome do consumidor nos cadastros restritivos de crédito em razão do suposto débito, gera o dever de indenizar, independentemente de 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 da repetição de fatos dessa natureza. (TJMS - Apelação Cível - Ordinário - N. 2012.009394-7/0000-00 - Campo Grande/MS - Relator - Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – 5ª Câmara Cível – J. 12.04.2012)
>
> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – NEGATIVAÇÃO INDEVIDA DO NOME – TRANSTORNOS CAUSADOS PELAS EMPRESAS DE TELEFONIA E DIFICULDADES IMPOSTAS PARA O CANCELAMENTO DE SERVIÇOS – MAJORAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.
>
> A fixação da indenização por danos morais deve respeitar o critério da razoabilidade, ponderando-se as condições econômicas do ofendido e do ofensor, o grau da ofensa e suas conseqüências, tudo na tentativa de evitar a impunidade dos ofensores bem como o enriquecimento sem causa do ofendido.
>
> Merece majoração a indenização arbitrada em primeira instância se além de ter o nome indevidamente negativado, o consumidor levou um ano para conseguir o cancelamento dos serviços anteriormente contratados, notadamente em razão dos abusos e das dificuldades impostas pelas empresas prestadoras de serviços de telefonia e do grande poder econômico de tais empresas.
>
> Recurso conhecido e provido. (TJMS - Apelação Cível - Ordinário - N. 2012.010717-4/0000-00 - Campo Grande/MS - Relator - Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – 3ª Câmara Cível – J. 15.05.2012)

Pelos motivos acima expostos, resta evidente a responsabilidade da apelante. Passo a discorrer sobre os danos morais propriamente ditos.

Dos danos morais

Nos termos do artigo 186 do novo Código Civil, o direito à reparação do dano depende da concorrência de três requisitos, quais sejam, (a) fato lesivo voluntário causado pelo agente, por ação ou omissão, (b) ocorrência de um dano patrimonial ou moral e (c) nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente.

Tanto a conduta do agente quanto o nexo de causalidade encontram-se superados pelas razões acima expostas, consistentes na inscrição indevida do nome da parte autora nos órgãos de restrição ao crédito. Resta saber, então, se restou demonstrado o dano moral afirmado nas razões recursais.

Ocorre que cediço que, em se tratando de indevida inscrição perante o cadastro de inadimplentes, indevida por não ser a autora a titular do débito que ensejou a inclusão, já que não utilizou o serviço, já que não utilizou o serviço diante da portabilidade da linha, o dano moral está *in re ipsa*. Ou seja, pouco importa que inexista prova nos autos quanto ao efetivo prejuízo sofrido em virtude do evento danoso.

O que releva é que o registro levado a efeito era indevido, configurando o ilícito do qual o dano moral é indissociável.

O chamado dano *in re ipsa* "*deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, ipso facto está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção hominis ou facti, que decorre das regras da experiência comum*".[1]

Em outras palavras: o dano moral é próprio da ocorrência da inscrição indevida, gerando daí, pura e simplesmente, o dever de indenizar. O dano moral, destaco, decorre do próprio fato da inscrição negativa, dispensando comprovação, segundo já caudal jurisprudência deste Tribunal e do STJ.

A propósito do tema, veja-se os seguintes julgados:

> CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS E MATERIAIS. OCORRÊNCIA. CONTA DE LUZ. COBRANÇA INDEVIDA. INSCRIÇÃO NO REGISTRO DE INADIMPLENTES. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. VALOR INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. MULTA. ART. 17, II, DO CPC. SÚMULA O7/STJ.
>
> [...]
>
> 2. Afasta-se a alegação do recorrente no sentido de que não restaram comprovados os danos morais sofridos pela autora. Esta Corte tem como pacificado o entendimento de que o dano moral decorre do próprio ato lesivo da inscrição indevida junto aos órgãos de proteção ao crédito, "independentemente da prova objetiva do abalo à honra e à reputação sofrida pela autora, que se permite, na hipótese, facilmente presumir, gerando direito à ressarcimento".
>
> [...] Precedentes.
>
> 5. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.
>
> (REsp 710.741/AL, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 03.08.2006, DJ 21.08.2006 p. 255)
>
> CIVIL. DANO MORAL. REGISTRO NO CADASTRO DE DEVEDORES DO SERASA. IRRELEVÂNCIA DA EXISTÊNCIA DE PREJUÍZO.
>
> A jurisprudência desta Corte está consolidada no sentido de que na concepção moderna da reparação do dano moral prevalece a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto. A existência de vários registros, na mesma época, de outros débitos dos recorrentes, no cadastro de devedores do SERASA, não afasta a presunção de existência do dano moral, que decorre in re ipsa, vale dizer, do próprio registro de fato inexistente. Hipótese em que as instâncias locais reconheceram categoricamente que foi ilícita a conduta da recorrida em manter, indevidamente, os nomes dos recorrentes, em cadastro de devedores, mesmo após a quitação da dívida.

Recurso conhecido em parte e, nessa parte, parcialmente provido. (REsp 196024/MG, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 02.03.1999, DJ 02.08.1999 p. 192)

Dessa forma, resta verificar se o valor fixado em primeiro grau mostra-se exagerado, como afirma a apelante.

Do quantum.

1 CAVALIERI Filho, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 8. ed. São Paulo: Atlas: 2009, p. 86.

Como cediço, a indevida inscrição do nome da autora em cadastros restritivos de crédito acarreta dano moral indenizável.

No tocante ao arbitramento da indenização oportuno o magistério de Humberto Theodoro Júnior[2] sobre a matéria:

> [...] Os parâmetros para a estimativa da indenização devem levar em conta os recursos do ofensor e a situação econômico-social do ofendido, de modo a não minimizar a sanção a tal ponto que nada represente para o agente, e não exagerá-la, para que não se transforme em especulação e enriquecimento injustificável para a vítima. O bom senso é a regra máxima a observar por parte dos juízes.

Observada, ainda, no ponto, a lição do Mestre Caio Mário da Silva Pereira[3], que traça as diretrizes para a reparação em tais casos, *verbis:*

> A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva.

Como visto, o patrimônio moral das pessoas físicas e jurídicas não pode ser transformado em fonte de lucro ou pólo de obtenção de riqueza. Não se admite a indenização como instrumento de enriquecimento ilimitado do ofendido, transformando-se o direito ao ressarcimento em loteria premiada, ou sorte grande, de forma a tornar um bom negócio o sofrimento produzido por ofensas.

É certo, outrossim, que a reparação por danos morais tem caráter pedagógico, devendo-se observar a proporcionalidade e a razoabilidade na fixação dos valores, atendidas as condições do ofensor, ofendido e do bem jurídico lesado.

Essa a orientação de Rui Stoco:

> O dano material, não sendo possível o retorno ao statu quo ante, se indeniza pelo equivalente em dinheiro, enquanto o dano moral, por não ter equivalência patrimonial ou expressão matemática, se compensa com um valor convencionado, mais ou menos aleatório.
>
> Mas não se pode descurar da advertência de Clóvis do Couto e Silva ao destacar a necessidade de impedir que, através da reparação, a vítima possa ter benefícios, vale dizer, possa estar numa situação econômica melhor que aquela em que se encontrava anteriormente ao ato delituoso (O Conceito de Dano no Direito Brasileiro e Comparado. São Paulo: Ed. RT, 1991, n. 1.4, p. 11).
>
> Cuidando-se de dano material, incide a regra da restitutio in integrum do art. 944 do CC, de modo que 'a indenização mede-se pela extensão do dano'.

Tratando-se de dano moral, nas hipóteses em que a lei não estabelece os critérios de reparação, impõe-se obediência ao que podemos chamar de 'binômio do equilíbrio', de sorte que a compensação pela ofensa irrogada não deve ser fonte de enriquecimento para quem recebe, nem causa da ruína para quem dá.

2 THEODORO Júnior, Humberto. Dano moral. 6. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2009, p. 61.

3 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. nº 49. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 60.

Mas também não pode ser tão apequenada que não sirva de desestímulo ao ofensor, ou tão insignificante que não compense e satisfaça o ofendido, nem o console e contribua para a superação do agravo recebido.

Na fixação do quantum a título de compensação por dano moral o julgador não pode se afastar de um princípio basilar: "*a vítima da ofensa deve ter por objetivo único a busca de uma compensação para um sentimento ruim e não o de obter vantagem, nem de receber um valor que jamais conseguiria com a força do seu próprio trabalho*".[4]

Cabe pois ao Julgador dosar a indenização de maneira que, suportada pelo patrimônio do devedor, consiga no propósito educativo da pena, inibi-lo de novos atos lesivos, por sentir a gravidade e o peso da condenação; de outro lado a vítima, pelo grau de participação no círculo social e pela extensão do dano suportado, deve sentir-se razoável e proporcionalmente ressarcida.

Avançando na busca por critérios objetivos para fixação do valor indenizatório, encontramos a obra da jurista Mirna Cianci que, em se tratando de dano à honra por abalo de crédito e cobrança indevida, sugere que sejam arbitrados dentro do limite mínimo de 20 e máximo de 200 salários mínimos, senão vejamos:

> Dano à honra (abalo de crédito e cobrança indevida) – 20 a 200 salários mínimos
>
> - Será levado em conta o tempo decorrido entre o fato gerador do abalo de crédito e as providência do ofensor no sentido de regularizar a situação.
>
> - Será apurada a ocorrência de outros fatos geradores de abalo de crédito em nome do ofendido e contemporâneos ao indigitado, na opção do valor indenizatório.
>
> - Será verificada a repercussão objetiva, representada por fatos concretos originados pelo ato.[5]

Ainda, ensina Wilson Melo da Silva[6] que *"para a fixação, em dinheiro, do quantum da indenização, o julgador haveria de atentar para o tipo médio do homem sensível da classe",* esclarecendo que este "*seria aquele cidadão ideal que tivesse a igual distância do estóico ou do homem de coração seco de que fala Ripert, e do homem de sensibilidade extremada e doentia",* do que se conclui que, para alguns, os mais sensíveis, no aproveitar da qualificação supra, o dano moral se apresenta mais profundo, mais ferino; para outros, nem tanto.

Assim é que, cotejados vários elementos, e tendo como padrão do legitimado à indenização o *homo medius*, devem ser analisadas as circunstâncias gerais e especiais do caso em concreto, a saber: gravidade do dano, o comportamento do ofensor e do ofendido - dolo ou culpa, sua posição social e econômica, a repercussão do fato à vista da maior ou menor publicidade, a capacidade de absorção por parte da vítima, etc.

E mais. O valor a ser arbitrado deve atender a dois objetivos: a) reparação do mal causado e b) coação para que a autora do dano não o volte a repetir.

No caso dos autos, sabe-se apenas que a parte autora é pessoa jurídica. Esclareço que nada obsta que as pessoas jurídicas sofram dano moral, consistente no abalo de sua credibilidade perante a clientela e mercado, ou seja, tenham sua imagem fragilizada perante o consumidor, fornecedores e outros sujeitos ligados ao seu sucesso empresarial. Por outro lado, não se deve esquecer a condição da ofensora, uma das maiores empresas de telefonia do país.

4 STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 1236-1237.

5 O Valor da Reparação Moral. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 111-112.

6 O Dano Moral e sua Reparação, nº231, 2ª edição, p. 513.

Nestas circunstâncias, considerando o ato ilícito praticado contra a autora, o potencial econômico do ofensor (reconhecida concessionária de telefonia de grande porte) e os parâmetros adotados em casos semelhantes, razoável e adequada se mostra a indenização fixada na quantia de R$ 8.000,00 (oito mil reais reais), equivalente a aproximadamente 12 salários mínimos vigentes, montante este que não se mostra baixo – assegurando o caráter repressivo-pedagógico próprio da indenização por danos morais – nem tão elevado – a ponto de caracterizar um enriquecimento sem causa.

Ex positis, nego provimento ao apelo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

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

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

Campo Grande, 10 de julho de 2012.

***

Terceira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.016748-6 - Campo Grande
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – CONTRATO PARTICULAR DE CONFISSÃO DE DÍVIDA – EXECUTADO QUE ASSUMIU DÉBITO COMO DEVEDOR SOLIDÁRIO – DESNECESSIDADE DA OUTORGA UXÓRIA NESTES CASOS – IMÓVEL DADO COMO GARANTIA DE DÍVIDA DE TERCEIRO – BEM DE FAMÍLIA – INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 3º, V, DA LEI 8.009/90 - IMPOSSIBILIDADE DE PRESUNÇÃO DE QUE A DÍVIDA FORA CONTRAÍDA EM FAVOR DA ENTIDADE FAMILIAR – ENTENDIMENTO DO STJ – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O interveniente garantidor solidário, não pode ser confundido como fiador, sendo inaplicáveis, as regras destinadas a fiança, afastando a necessidade de outorga uxória nos casos de confissão de dívida como devedor solidário.

Como se trata de hipoteca dada em garantia de dívida de terceiro, cujo objeto é o único imóvel do executado (f. 19), onde não se tem provas que sócio ou a entidade familiar obteve benefícios em razão disso, não é aplicável as exceções previstas na Lei nº 8.009/90, conforme o entendimento do STJ (REsp 988.915/SP).

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 17 de julho de 2012.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Trata-se de Apelação Cível - Proc. Especiais interposto por **S.a Moageira e Agrícola Ltda** contra sentença proferida pelo Juiz da 6ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande/MS, nos autos da Ação Embargos de Terceiro movida por **Carmem Lucia Figueiró Duailibi de Almeida.**

Alega, em síntese, que:

I – o Termo de Confissão de Dívida foi assinado por por Eduardo Anthero Lanza de Almeida como coobrigado solitário, e não como fiador.

II – o contrato foi celebrado em 19.02.2001, sob o égide do Código Civil de 1916.

III – não sendo este o entendimento, a mulher tem legitimidade apenas para defender a sua meação.

Ao final, requer o provimento do recurso para reformar a sentença, julgando totalmente improcedentes os embargos de terceiros opostos por Carmem Lúcia Figueiró Duailibi de Almeida, mantendo-se por consequência a penhora sobre o imóvel matriculado sob nº 144.164, do Cartório de Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição de Campo Grande/MS.

Contrarrazões pelo improvimento do recurso (f. 80/84).

VOTO (EM 10.07.2012)

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

Trata-se de Apelação Cível - Proc. Especiais interposto por **S.a Moageira e Agrícola Ltda** contra sentença proferida pelo Juiz da 6ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande/MS, nos autos da Ação Embargos de Terceiro movida por **Carmem Lucia Figueiró Duailibi de Almeida.**

Consta na cláusula sétima do instrumento particular de confissão de dívida que:

> Com a finalidade de garantir total cumprimento do presente contrato, os Srs. FRANCISCO BATISTA DE ALMEIDA JÚNIOR e EDUARDO ANTHERO LANZA DE ALMEIDA, acima qualificados, comparecem neste ato, individual e solidariamente como COOBRIGADOS SOLIDÁRIOS da confitente devedora LANZA & ALMEIDA LTDA, com relação a todas as obrigações decorrentes deste instrumento, declarando concordar com todos os termos e condições previstas neste contrato, responsabilizando-se pelo fiel cumprimento de todas as obrigações aqui pactuadas. Além destas garantias já oferecidas, vinculamos a este contrato os bens descritos abaixo como garantias adicionais desta dívida: [...][1].

Além disso, na qualificação do instrumento particular, assim dispõe:

> [...], na qualidade de devedora confitente, LANZA & ALMEIDA LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CGC/MF, sob o nº 03.348.813/0001-65, com sede em Campo Grande/MS, na Av. Das Bandeiras, nº 2946, Jardim Nhanha, neste ato legalmente representada pelos seus sócios gerentes, Francisco Batista de Almeida Júnior e Eduardo Anthero Lanza de Almeida, [...][2].

Conclui-se, pela simples leitura da cláusula acima transcrita, que o sr. *EDUARDO ANTHERO LANZA DE ALMEIDA* assumiu a condição de coobrigado perante o adimplemento da avença.

Embora o magistrado tenha entendido que se trata de fiança sem a outorga uxória do cônjuge, percebe-se que o executado não figura como fiador e sim como devedor solidário.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu sobre a matéria:

> Ação de anulação de fiança por falta de outorga uxória. Natureza da garantia. Precedentes da Corte. Indenização. Inscrição na SERASA.
>
> 1. Na forma de precedentes da Corte, o "interveniente garantidor solidário" não se confunde com o avalista nem com o fiador, sendo inaplicável, portanto, a disciplina positiva sobre a fiança, com o que se afasta a necessidade de outorga uxória (REsp nº 6.268/MG, julgado em sessão de 15/4/91; no mesmo sentido, do mesmo Relator: REsp nº 3.238/MG, DJ de 19/11/90).

1 f. 16/17 - da ação de execução de título extrajudicial nº 001.07.143993-6.

2 f. 14 - da ação de execução de título extrajudicial nº 001.07.143993-6.

> 2. Se a inscrição foi feita em função de processo executivo movido pelo banco, refletindo a realidade, não há como identificar conduta ilícita.
>
> 3. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 538.832/RS, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/02/2004, DJ 12/04/2004, p. 207).

Ou seja, restou evidenciado no instrumento particular acima citado (f. 14/18 – processo nº 001.07.143993-6) que o débito assumido pelo executado (Eduardo Anthero Lanza de Almeida) foi na qualidade de devedor solidário e não de fiador.

Como não se trata de fiança, não existe ato a ser anulado, já que a lei não exige outorga uxória pela confissão de dívida.

Nesse sentido:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – CONFISSÃO DE DÍVIDA – FIANÇA AFASTADA – NÃO EXIGÊNCIA DE OUTORGA UXÓRIA – RECURSO NÃO PROVIDO.
>
> A lei não exige outorga uxória para confissão de dívida (art. 235, CCB/1917 e 1;647, CCB/2003), restando evidenciado por declaração prestada e assinada pelo devedor, que o débito foi por ele assumido na qualidade de coobrigado da credora. (TJMS - Apelação Cível - Proc. Especiais - N. 2008.013995-8/0000-00 – Maracaju/MS - Relatora - Exma. Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges – 2ª Turma Cível – J. 31.05.2011).
>
> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – CONTRATO DE MÚTUO – AVAL – OUTORGA UXÓRIA – INTENÇÃO DE FIANÇA NÃO CONFIGURADA – INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 26 STJ – ÔNUS DA PROVA DA EMBARGANTE – NÃO-DEMONSTRAÇÃO DE QUE A DÍVIDA CONTRAÍDA PELO CÔNJUGE NÃO SE REVERTEU EM BENEFÍCIO DA FAMÍLIA – RESPONSABILIDADE QUE ALCANÇA MEAÇÃO DOS BENS DA MULHER CASADA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.
>
> Se a intenção do executado, marido da recorrente ao firmar o título executivo extrajudicial foi a de obrigar-se solidariamente pelo seu pagamento, não há falar em fiança e, muito menos, em sua nulidade, por ausência de outorga uxória.
>
> Constitui ônus da mulher provar que a dívida contraída por seu cônjuge não beneficiou sua família, caso em que sua meação responderá por tal obrigação.
>
> Nos termos da Súmula 26 do STJ, o avalista de título de crédito vinculado a contrato de mútuo responde pelas obrigações pactuadas, quando no contrato figurar como devedor solidário. (TJMS - Apelação Cível - Proc. Especiais - N. 2003.005471-5/0000-00 - Campo Grande/MS - Relator - Exmo. Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves – 1ª Turma Cível – J. 19.07.2005).
>
> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DO DEVEDOR – GARANTIA PRESTADA DE FORMA SOLIDÁRIA – FIANÇA NÃO CARACTERIZADA – DESNECESSIDADE DE OUTORGA UXÓRIA – RECURSO IMPROVIDO.
>
> Se a intenção do recorrente, ao firmar o título executivo extrajudicial, foi a de obrigar-se solidariamente pelo seu pagamento, não há falar em fiança e, muito menos, em sua nulidade, por ausência de outorga uxória. (TJMS - Apelação Cível - Ordinário - N. 1000.070448-1/0000-00 – Dourados/MS - Relator - Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto – 1ª Turma Cível – J. 17.05.2002).

Já quanto a alegação de impenhorabilidade do bem de família, há de ser observado as ressalvas previstas no artigo 3ª da Lei nº 8.009/90, que faz menção a possibilidade de penhora do bem de família, quando se tratar de execução em que a penhora recaiu sobre imóvel dado em garantia hipotecária pelo devedor.

Assim, verifica-se, a princípio, que a lei disciplina uma regra geral (*"o bem de família é impenhorável"*), da qual, quando excepcionada, deve ser feita de forma restritiva, ou seja, a oposição da impenhorabilidade só é possível se o bem hipotecado foi oferecido pelo casal ou entidade familiar e em seu próprio benefício.

É que na interpretação da lei que restringe direitos não pode, de maneira alguma, ser feita uma analogia *in malam partem*, ou seja, a interpretação, no caso, deve ser restritiva, visto que se trata de uma exceção.

Dessa forma, como se trata de hipoteca dada em garantia de dívida de terceiro, cujo objeto é o único imóvel do executado (f. 19), onde não se tem provas que sócio ou a entidade familiar obteve benefícios em razão disso, não é aplicável as exceções previstas na Lei nº 8.009/90, conforme o entendimento do STJ, *in verbis*:

> PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. IMÓVEL. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. PROVA DE QUE O IMÓVEL PENHORADO É O ÚNICO DE PROPRIEDADE DO DEVEDOR. DESNECESSIDADE. EXCEÇÃO DO ART. 3º, V, DA LEI 8.009/90. INAPLICABILIDADE. DÍVIDA DE TERCEIRO. PESSOA JURÍDICA. IMPOSSIBILIDADE DE PRESUNÇÃO DE QUE A DÍVIDA FORA CONTRAÍDA EM FAVOR DA ENTIDADE FAMILIAR. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.
>
> 1. Para que seja reconhecida a impenhorabilidade do bem de família, não é necessária a prova de que o imóvel em que reside a família do devedor é o único de sua propriedade.
>
> 2. Não se pode presumir que a garantia tenha sido dada em benefício da família, para, assim, afastar a impenhorabilidade do bem com base no art. 3º, V, da Lei 8.009/90.
>
> 3. Somente é admissível a penhora do bem de família hipotecado quando a garantia foi prestada em benefício da própria entidade familiar, e não para assegurar empréstimo obtido por terceiro.
>
> 4. Na hipótese dos autos, a hipoteca foi dada em garantia de dívida de terceiro, sociedade empresária, a qual celebrou contrato de mútuo com o banco. Desse modo, a garantia da hipoteca, cujo objeto era o imóvel residencial dos ora recorrentes, foi feita em favor da pessoa jurídica, e não em benefício próprio dos titulares ou de sua família, ainda que únicos sócios da empresa, o que afasta a exceção à impenhorabilidade do bem de família prevista no inciso V do art. 3º da Lei 8.009/90.
>
> 5. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 988.915/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 08/06/2012)

Até porque, o artigo 1ª da mesma Lei diz que "*O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei*".

Assim, apesar do esposo da embargante ser sócio da empresa, não se admite presumir que o mútuo tenha sido concedido em benefício próprio ou de sua família, o que afasta a exceção prevista no inciso V, artigo 3º da Lei nº 8.009/90, conforme entendimento recente do STJ.

Ex positis, **dou parcial provimento ao recurso** para reconhecer que o executado é devedor solidário, bem como declarar a impenhorável o imóvel por ser tratar de bem de família.

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

VOTO (EM 17.07.2012)

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Revisor)

S.A Moageira e Agrícola Ltda inconformada com a sentença prolatada nos autos dos Embargos de Terceiro que lhe move Carmem Lucia Figueiró Duailibi de Almeida, interpõe o presente recurso, objetivando sua reforma.

Na sentença o pedido foi julgado procedente para declarar nula de pleno direito a fiança prestada no termo de confissão de dívida, em relação ao executado Eduardo Anthero Lanza de Almeida, por ausência de outorga uxória da esposa, ora apelada, e consequentemente para desconstituir a penhora realizada nos autos da execução nº 001.07.143993-6 em apenso.

A apelante alega, em síntese, que no contrato de confissão de dívida assumido pelos executados, o esposo da apelada figura como devedor solidário, e não como fiador, o que afasta a necessidade de outorga uxória.

Por conseguinte, requer seja mantida a penhora realizada nos autos da execução sobre o imóvel de matrícula 144.164 do Cartório de Registro de Imóveis da 1ª Circunscrição de Campo Grande.

O e. Relator entendeu que, por não figurar o executado como fiador, e sim como devedor solidário, não há falar em necessidade de outorga uxória a tornar nulo o negócio, razão pela qual deve ser dado parcial provimento ao recurso nesta parte para, reformando a sentença, julgar improcedente o pedido de nulidade do negócio jurídico, ficando mantida no entanto, a parte da sentença que declarou a declaração de impenhorabilidade do imóvel objeto de constrição nos autos da execução nº 001.07.143993-6, por se tratar de único bem de família.

Não tenho dúvida em acompanhar o e. Relator.

Compulsando os autos, verifica-se da cláusula 7ª do contrato firmado entre as partes (F. 16/17 execução em apenso), que o executado, esposo da embargante, juntamente com seu sócio, Sr. Francisco Batista de Almeida Junior, figura como devedor solidário da obrigação, e não como garantidor.

E em não se tratando de fiança, como já decidido no STJ, torna-se impertinente a discussão acerca da outorga uxória, com a finalidade de ver declarado nulo o negócio jurídico.

Neste sentido:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGOU SEGUIMENTO. SÚMULAS N. 5 E 7 DO STJ. SÚMULA 83 DO STJ. DEVEDOR SOLIDÁRIO. OUTORGA UXÓRIA. DESNECESSIDADE.
>
> 1. Nega-se seguimento a recurso especial com fundamento nas Súmulas n. 5 e 7/ STJ se, para reformar o acórdão recorrido, é necessário reapreciar cláusula contratual e outros elementos fáticos dos autos.

> 2. Estabelecido, no acórdão estadual, que o cônjuge da agravante obrigou-se como devedor solidário, e não como fiador, torna-se impertinente a fundamentação adotada pela parte no sentido de se exigir a outorga uxória para se alcançar a eficácia plena da garantia.
>
> 3. Inaplicabilidade, à espécie, da Súmula n. 332 do STJ. 4. Agravo regimental desprovido. (STJ; AgRg no REsp 1196639/RJ; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2010/0103056-8; Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (1123); DJe 19/05/2011).

Esta Corte não destoa:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO JURÍDICO – JULGAMENTO ANTECIPADO – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – DESACOLHIDA – DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA – GARANTIDOR SOLIDÁRIO – FIGURA JURÍDICA AUTÔNOMA – OUTORGA UXÓRIA OU MARITAL DESNECESSÁRIA – RECURSO IMPROVIDO.
>
> 1- Não há falar em cerceamento de defesa, quando a prova que se pretendia produzir é irrelevante para o esclarecimento da controvérsia.
>
> 2- O interveniente garantidor solidário não se confunde com o avalista nem com o fiador, não se lhe aplicando a disciplina da fiança, afastando-se a exigência de outorga uxória ou marital.
>
> JUNTADA DE RECOLHIMENTO DO PREPARO EM MOMENTO POSTERIOR À INTERPOSIÇÃO DO RECURSO – DESERÇÃO.
>
> Segundo o art. 511 do CPC, o recorrente comprovará no ato de interposição do recurso o respectivo preparo. Assim, o recurso preparado após a interposição, ainda que dentro do prazo recursal, deve ser considerado deserto. (TJMS; Apelação Cível 2008.035342-4; Relator - Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel; 30/07/2009).
>
> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – CONFISSÃO DE DÍVIDA – FIANÇA AFASTADA – NÃO EXIGÊNCIA DE OUTORGA UXÓRIA – RECURSO NÃO PROVIDO.
>
> A lei não exige outorga uxória para confissão de dívida (art. 235, CCB/1917 e 1;647, CCB/2003), restando evidenciado por declaração prestada e assinada pelo devedor, que o débito foi por ele assumido na qualidade de coobrigado da credora. (TJMS: Apelação Cível 2008.013995-8; Relatora - Exma. Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges; 31/05/2011).
>
> Não exige a lei outorga uxória para confissão de dívida (art. 235, CCB/1917 e 1;647, CCB/2003) e, de todo o modo, o confitente não tem legitimidade para reclamar da falta (art. 239, CCB/1917 e 1.650, CCB/2003). (TJMS – Apelação Cível n.º 2001.003040-6 – Cassilândia – Primeira Turma Cível – Rel: Des. Jorge Eustácio da Silva Frias – Julgamento: 12.8.2003).

Logo, deve ser reformada sentença para julgar improcedente o pedido de nulidade do negócio jurídico.

No tocante à impenhorabilidade do bem de família, igualmente acompanho o e. Relator.

Conforme consta nos autos da execução em apenso (F. 20/26 TJMS), o imóvel objeto da constrição trata-se de único bem de família, servindo inclusive de moradia ao executado e sua família.

Note-se que, ainda que não servisse de moradia ao executado e sua família, conforme restou comprovado nos autos da execução em apenso por meio de certidões negativas, trata-se de único bem

imóvel pertencente ao devedor, o que por si só, já afasta qualquer uma das exceções à impenhorabilidade do bem de de família previstas no artigo 5º da Lei 8009/90.

A jurisprudência é dominante no sentido de ser impenhorável o único bem imóvel pertencente ao devedor, independentemente de ser vir ou não de moradia ao devedor e sua família.

Tanto é que mesmo que se encontre locado a terceiros, em se tratando de único bem de família, ainda assim, referido bem será alcançado pela proteção dada a bem de família.

Confiram-se os julgados abaixo:

> PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DESPEJO. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE.
>
> O entendimento predominante nesta Corte é no sentido de que a impenhorabilidade do bem de família, prevista no art. 1º da Lei n.º 8.009/90, se estende ao único imóvel do devedor, ainda que este se encontre locado a terceiros, por gerar frutos que possibilitam à família constituir moradia em outro bem alugado ou mesmo para garantir a sua subsistência. Precedentes.
>
> Agravo regimental desprovido. (STJ. AgRg no Ag 679695/DF 2005/0077958-9. Rel. Min. Feliz Fischer. Quinta Turma. J: 11.10.2005).
>
> PROCESSUAL CIVIL. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. IMÓVEL QUE SERVE DE RESIDÊNCIA À FAMÍLIA.
>
> 1. É impenhorável, consoante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o único imóvel de propriedade do devedor, ainda que esteja alugado, bem como o imóvel utilizado como residência da família, ainda que não seja o único bem de propriedade do devedor. […] (STJ. REsp. 574050/RS. Rel. Min. Luiz Fux. Primeira Turma. J: 11.5.2004).

Ante o exposto, acompanho o e. Relator para dar parcial provimento ao recurso para, reformando em parte a sentença, afastar a necessidade de outorga uxória no caso em apreço, e por conseguinte, julgar improcedente os embargos de terceiro no tocante ao pedido de nulidade do negócio jurídico.

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Vogal)

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

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

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

Campo Grande, 17 de julho de 2012.

***

Primeira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2011.029857-5 - Campo Grande
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL – PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO - EXPIRADO - DIREITO A SER NOMEADO EM CONCURSO PÚBLICO POR CONSISTIR EM DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO DO APROVADO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

A posse em concurso público, dentro do número de vagas constitui direito público subjetivo do aprovado, bem como, que não se trata a posse pela administração pública em ato discricionário, mas sim, vinculado diante da legalidade estrita e da imperatividade da lei.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 25 de julho de 2012.

Des. João Maria Lós – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós

ÉDER MUNIZ NEVES interpõe recurso de Apelação Cível - Lei Especial em face da sentença de f. 266/268 que denegou a segurança nos autos do mandado de segurança que impetrou em desfavor do PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE e do SECRETÁRIO MUNICIPAL DE ADMINISTRAÇÃO, em razão de que ainda não expirou o prazo do concurso e de que não consta dos autos que houve nomeação de qualquer outro candidato em colocação pior do que a sua, não sendo demonstrada a preterição de seu direito.

Preliminarmente, requer a concessão de efeito suspensivo ativo por ter sido condenado ao pagamento de custas processuais e não dispõe de meio de fazê-lo sem prejuízo do sustento próprio e de sua família.

Sustenta que a liminar antes concedida foi revogada e a sentença denegou-lhe a segurança após ter sido apresentada pelo requerido a prorrogação do concurso público, legando à sua discricionariedade a análise de conveniência e oportunidade para avaliar a necessidade de contratação até expirar-se o prazo final de validade do concurso.

Alega que a não nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas constitui lesão a direito líquido e certo do apelante, pois não se trata mais de mera expectativa de direito, conforme entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, pugna pela concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, bem como, pela reforma da decisão recorrida para que seja reconhecido seu direito à nomeação e posse no concurso público para o qual foi aprovado em 2º lugar.

Contrarrazões às f. 311/319, pugnando pela manutenção da sentença.

Manifestação do Ministério Público pelo não conhecimento do recurso às f. 321/327.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo não provimento da apelação às f. 336/341.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator)

ÉDER MUNIZ NEVES interpõe recurso de Apelação Cível - Lei Especial de f. 266/268 que denegou a segurança nos autos do mandado de segurança que impetrou em desfavor do PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE e do SECRETÁRIO MUNICIPAL DE ADMINISTRAÇÃO, em razão de que ainda não expirou o prazo do concurso e de que não consta dos autos que houve nomeação de qualquer outro candidato em colocação pior do que a sua, não sendo demonstrada a preterição de seu direito.

Primeiramente, defiro para efeito deste recurso, o pedido de justiça gratuita (fls. 279-282).

O caso posto à apreciação porta questão jurídica já conhecida deste e dos tribunais superiores e que consiste na posse de candidato aprovado em concurso público.

Devo ressaltar que tenho entendimento firmado de que a nomeação e a posse consistem em direito público subjetivo dos aprovados à referida posse. Explico o porquê.

Não há dúvidas que o edital é "*lei*" interna e sendo lei, não podemos perder em mente que para o administrado ela é restrita e, portanto, não pode deixar de cumpri-la. Este é o comportamento esperado pelo sistema jurídico e dentro dele deve agir. Veja-se entendimento doutrinário sobre a legalidade estrita para o administrador:

> Além de não poder atuar contra legem ou praeter legem, a Administração só pode agir secundum legem (Michel Stassinopoulos. traité des Actes Administratifs; Athenas, Librairie Sirey, 1954; p. 69)
>
> O princípio da legalidade é uma das vigas mestras do ordenamento jurídico brasileiro, porque qualquer comando estatal – seja para ordenar ato (ação ou conduta positiva) ou abster fato (omissão ou conduta negativa) – a fim de ser juridicamente valido, deve nascer de lei em sentido formal (Uadi Lammêgo Bulos in Constituição federal anotada. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 86)
>
> Estando o Estado adstrito ao interesse público, daí segue que o princípio imediatamente ligado à sua supremacia seja o da obediência, por seus agentes, da expressão da vontade geral que, em sentido amplo, é a lei – trata-se do princípio da legalidade. Por outro lado, consagrada à realização do interesse público, não há lugar, na administração, para a preponderância de interesses pessoais de seus agentes, o que dá uma conotação diferente da legalidade, quando comparada com o mesmo princípio em relação aos particulares. A grande conquista da democracia, decorre das revoluções liberais, foi o Estado também submeter-se ao império da lei, deixando de ser o Estado policialesco dos regimes absolutistas (Edmir Netto de Araújo. Curso de direito administrativo. 3ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 50)

> O princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina. Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize. Donde, administrar é prover aos interesses públicos, assim caracterizados em lei, fazendo-o na conformidade dos meios e formas nela estabelecidos ou particularizados segundo suas disposições. Segue-se que a atividade administrativa consiste na produção de decisões e comportamentos que, na formação escalonada do direito, agregam níveis maiores de concreção ao que já se contém abstratamente nas leis (Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de direito administrativo, p. 52, 5ª Ed., Malheiros, São Paulo, 1994).

Desta feita e com base na legalidade estrita (art. 37, *caput* da CF/88) a posse é previsão editalícia que lhe impõe um dever-agir e obrigação esta que não pode se furtar.

Eis acórdão do STJ a respeito:

> Estatui o brocardo jurídico: "o edital é a lei do concurso". Desta forma, estabelece-se um vínculo entre a Administração e os candidatos, igualmente ao descrito na Lei de Licitações Públicas, já que o escopo principal do certame é propiciar a toda coletividade igualdade de condições no ingresso ao serviço público. Pactuam-se, assim, normas preexistentes entre os dois sujeitos da relação editalícia. De um lado, a Administração. De outro, os candidatos. Com isso, é defeso a qualquer candidato vindicar direito alusivo à quebra das condutas lineares, universais e imparciais adotadas no certame (MS 9.051/DF, Rel. Ministro GILSON DIPP, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14.04.2004, DJ 17.05.2004 p. 102)

> O edital, costuma-se repetir, é a lei do concurso. Disciplina, às inteiras, o concurso público. Cumpre ser observado, inexistindo afronta à Constituição e à lei infraconstitucional (RESP 172013/MA, Relator Min. LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, DJ de 07.06.1999).

Sendo o edital como lei interna e já sabendo que legalidade é estrita (art. 37, *caput* da CF/88), devemos ter em mente que toda lei porta entre uma de suas características, a imperatividade, o que significa que deve ser aplicada a qualquer custo, tanto que ninguém se escusa de cumprir a lei alegando que não a conheça (art. 3º da LICC).

Se há lei (ainda que advindo de regra editalícia, o que não deixa de ser a lei interna) prevendo regra de conduta ao meio social este comando imperativo deve ser fielmente cumprido sob pena de considerarmos a lei como uma "*simples folha de papel*".

Na lição de Del Vecchio (Filosofia Del derecho. 13 ed. Milano, Giuffre, 1965, p. 339), *"A norma jurídica é imperativa como toda norma destinada a regular o agir do homem e a orientá-lo para suas finalidades. É imperativa porque impõe um dever, um determinado comportamento".*

Aproveitando as palavras de Maria Helena Diniz (Compêndio de introdução à ciência do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 349):

> A norma é um produto de formação social. A autoridade apenas declara a norma jurídica, induzindo-a dos fatos, das relações objetivas exteriores e, uma vez declarada, ela adquire vida própria, destacando-se da vontade de quem a estabeleceu e vive acompanhando as vicissitudes da vida social, já que para reste fim existe.

Portanto, levando em conta a legalidade estrita e o atributo da imperatividade, o ato administrativo a respeito da posse em concurso público, não se reveste de discricionariedade, mas sim, como ato vinculado

que legitima a atuação jurisdicional sem violação ao princípio da Separação de Poderes do art. 2º da CF/88 e art. 2º da Constituição estadual.

Note-se que somente não haveria direito adquirido à nomeação de candidato aprovado fora do número de vagas que haveriam de ser preenchidas com o certame, o que não é o caso dos autos, uma vez que a apelante foi aprovada em 2º lugar em concurso que prevê 2 vagas, de forma que a Administração Pública também fica vinculada ao instrumento convocatório que estabelece as normas que regem o concurso público.

Ademais, o anúncio de número de vagas pressupõe a existência de dotação orçamentária para contratação dos candidatos aprovados e a necessidade de preenchimento delas, de modo que não há falar em afronta aos princípios e às regras que regem a Administração Pública.

Neste sentido transcrevo a ementa do seguinte acórdão:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL – DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO – SUSPENSÃO DO ART. 39, CAPUT, DA CF POR DECISÃO DO STF – ADEQUAÇÃO DO REGIME JURÍDICO – VIOLAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – CONCESSÃO DA SEGURANÇA – REFORMA DA SENTENÇA – RECURSO PROVIDO.
>
> O candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital tem direito subjetivo à nomeação, e não mera expectativa de direito, de modo que a atuação da Administração Pública deve ser vinculada, o que determina a concessão da segurança.
>
> A suspensão do artigo 39, caput, da Constituição Federal por decisão do Supremo Tribunal Federal na ADIn 2.135-4 veda a contratação sem concurso público, o que não é a situação sub examine. (TJMS- Primeira Turma Cível - Apelação Cível - Lei Especial - N. 2010.031466-3/0000-00 – Dourados - Relator - Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran).

De outro lado, verifico que em casos tais, o Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido o direito líquido e certo da nomeação e posse do candidato aprovado em concurso público, consoante se vê da leitura da ementa do acórdão abaixo transcrito:

> RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO. NOMEAÇÃO. NÚMERO CERTO DE VAGAS. PREVISÃO. EDITAL. NECESSIDADE DE PREENCHIMENTO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. CARACTERIZAÇÃO. RECURSO PROVIDO. Em conformidade com a jurisprudência que vem se firmando na 3ª Seção do STJ, o candidato aprovado em concurso público, dentro do número de vagas previstas em edital, possui direito líquido e certo à nomeação, e, não mera expectativa de direito. 2. Consoante precedentes da 5ª e 6ª Turmas do STJ, a partir da veiculação, pelo instrumento convocatório, da necessidade de a Administração prover determinado número de vagas, a nomeação e posse, que seriam, a princípio, atos discricionários, de acordo com a necessidade do serviço público, tornam-se vinculados, gerando, em contrapartida, direito subjetivo para o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas em edital. 4. Recurso ordinário conhecido e provido, para conceder a ordem apenas para determinar ao Estado de Minas Gerais que preencha o número de vagas previstas no Edital" (Superior Tribunal de Justiça - RMS 22.597/MG. Sexta Turma. Relatora Ministra Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJ/MG). Julgamento 12.6.2008. Publicação DJe 25.8.2008)

> RECURSO ORDINÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS VEICULADAS EM EDITAL – DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO – RECURSO PROVIDO. 1. Desde que aprovado dentro do número de vagas veiculadas em edital, o candidato em concurso público possui direito subjetivo à investidura no cargo. Precedentes desta Corte. Recurso Provido. (RMS nº. 19.216/RO, Relator Ministro Paulo Medina, DJU de 09/04/2007)

Por último, observo que o artigo 27, inciso III, da Constituição Estadual, confere ao candidato aprovado dentro do número de vagas o direito à nomeação e posse.

Assim sendo, confirmo meu entendimento para fixar que a posse em concurso público, dentro do número de vagas, constitui direito público subjetivo do aprovado, bem como, que não se trata a posse em ato discricionário, mas sim, vinculado diante da legalidade estrita e da imperatividade da lei.

Eis entendimento do STJ a respeito:

> A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital do certame não tem mera expectativa de direito, mas verdadeiro direito subjetivo à nomeação para o cargo a que concorreu e foi classificado. 2. Precedentes: AgRg no RMS 30.308/MS, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 15.3.2010; RMS 30.459/PA, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 8.2.2010; RMS 27.508/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 18.5.2009. 3. A administração pratica ato vinculado ao tornar pública a existência de cargos vagos e o interesse em provê-los. Portanto, até expirar o lapso de eficácia jurídica do certame, tem o poder-dever de convocar os candidatos aprovados no limite das vagas que veiculou no edital, respeitada a ordem classificatória (RMS 27.311/AM, Rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 4.8.2009, DJe 8.9.2009). Recurso ordinário provido. (Recurso Ordinário em Mandado de Segurança de n. 31.611. SP. Ministro Relator Humberto Martins. DJ 17-5-2010)
>
> Esta Corte firmou compreensão de que, se aprovado dentro do número de vagas previstas no edital, o candidato deixa de ter mera expectativa de direito para adquirir direito subjetivo à nomeação para o cargo a que concorreu e foi habilitado (AgRg no RMS n.º 22568/SP, Rel. Min. Paulo Gallotti, 6ª Turma, j. 24.03.09)
>
> O candidato aprovado em concurso público, dentro do número de vagas previstas em edital, possui direito líquido e certo à nomeação, e, não mera expectativa de direito (Recurso Ordinário em Mandado de Segurança RMS de n. 22597. MG. Ministra Relatora Jane Silva. DJ de 25-8-2008).

Igualmente pelo STF:

> Os candidatos aprovados em concurso público têm direito subjetivo à nomeação para a posse que vier a ser dada nos cargos vagos existentes ou nos que vierem a vagar no prazo de validade do concurso. 2. A recusa da Administração Pública em prover cargos vagos quando existentes candidatos aprovados em concurso público deve ser motivada, e esta motivação é suscetível de apreciação pelo Poder Judiciário. 3. Recurso extraordinário ao qual se nega provimento." (RE 227480, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Relator(a) p/Acórdão: Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 16/09/2008, DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-06 PP-01116)

Outrossim, verifico que o prazo de validade do concurso expirou em 30.06.2012 – o que resta confirmado pela publicação do diário oficial, juntada aos autos às f. 240, em que consta a prorrogação do

concurso por dois anos, a contar de 30.06.2010 – pelo que, não se justifica mais a demora na convocação do candidato, uma vez que a Administração não está mais amparada pelo princípio da discricionaridade para nomear até o prazo final, uma vez que este encontra-se esgotado.

Por tais razões, contra os pareceres, **conheço do recurso e dou-lhe provimento** para, concedendo a ordem, determinar a posse do apelante ao cargo.

O Sr. Procurador de Justiça Dr. Wilson Fortes

Esta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu provimento.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Revisor)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves (Vogal)

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Maria Lós, Divoncir Schreiner Maran e Joenildo de Sousa Chaves.

Campo Grande, 25 de julho de 2012.

***

Primeira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.017166-7 - Dourados
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO PARA CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ C/C TUTELA ANTECIPADA – NÃO COMPROVAÇÃO DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE RURAL AO TEMPO DO ACIDENTE – PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL INADMISSÍVEL – EXIGÊNCIA DE INÍCIO DE PROVA DOCUMENTAL – RECURSO IMPROVIDO.

A pacífica orientação do Superior Tribunal de Justiça, estampada na Súmula n.149, é no sentido de que a prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção de benefício previdenciário.

Desse modo, inexistindo início de prova documental a comprovar o o exercício da atividade rural pelo autor ao tempo do acidente narrado na petição inicial, mas somente o exercício da atividade rural em época posterior a ele, é indevido o benefício de auxílio-acidente postulado, com a manutenção da sentença de improcedência do pedido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 18 de julho de 2012.

Des. João Maria Lós – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós

BENEDITO DE SOUZA interpõe recurso de apelação em face da sentença de fls. 151/158 que, nos autos da ação para concessão de aposentadoria por invalidez c/c antecipação de tutela que promove em face de INSS - INSTITUTO NACIONAL DE SEGURO SOCIAL, julgou improcedente o pedido inicial.

Sustenta em síntese que:

> [...] a legislação previdenciária em sentido amplo reconhecendo as especificidades do trabalho no campo, da informalidade, do trabalho em família, admite a possibilidade de que a prova se estenda no tempo, alcançando não somente o ano ao qual se referem sendo bastante o início de prova material [...] (fls. 165).

Diante disso, pede o provimento do apelo para que seja reformada a sentença objurgada e julgados procedentes os pedidos iniciais.

Não houve contrarrazões (fls. 174).

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por BENEDITO DE SOUZA em face da sentença de fls. 151/158 que, nos autos da ação para concessão de aposentadoria por invalidez c/c antecipação de tutela que promove em face de INSS - INSTITUTO NACIONAL DE SEGURO SOCIAL, julgou improcedente o pedido inicial.

Sustenta em síntese que:

> [...] a legislação previdenciária em sentido amplo reconhecendo as especificidades do trabalho no campo, da informalidade, do trabalho em família, admite a possibilidade de que a prova se estenda no tempo, alcançando não somente o ano ao qual se referem sendo bastante o início de prova material [...] (fls. 165).

Diante disso, pede o provimento do apelo para que seja reformada a sentença objurgada e julgados procedentes os pedidos iniciais.

Não houve contrarrazões (fls. 174).

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 517299/MT, de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros, julgado em 09.05.2006 e publicado no DJ de 29.05.2006, p. 230.

Dito isso, observo que, com relação à matéria trazida nos recursos, há que ser mantida a sentença por seus próprios fundamentos e, para não incorrer em tautologia, transcreve-se trechos que servem para embasar esta decisão:

> [...] DECIDO.
>
> I.
>
> Da preliminar de incompetência da Justiça comum
>
> Estadual
>
> Arguiu a ré a incompetência da Justiça Comum Estadual, ao argumento de que não há demonstração de que a alegada incapacidade decorra de acidente de trabalho. A preliminar será a analisada com o mérito.
>
> II.
>
> Do mérito

Trata-se de ação fundada no direito previdenciário, decorrente de acidente do trabalho, cuja pretensão é a concessão de benefício de aposentadoria por invalidez.

Sobre a concessão do benefício previdenciário de aposentadoria por invalidez, dispõe o art. 42, caput, da Lei nº 8.213/91:

Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe- á paga enquanto permanecer nesta condição.

São requisitos indispensáveis, então, para a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, a incapacidade permanente para o trabalho, a insuscetibilidade de reabilitação, a condição de segurado e o cumprimento da carência exigida, quando for o caso.

Não há controvérsia quanto a estar o autor inválido para o trabalho. Inclusive, conforme documentos juntados pela ré às fls. 127-131, o pedido de concessão de benefício formulado pelo autor administrativamente foi negado em razão da perda da qualidade de segurado ocorrida em 31/10/2000, muito embora tenha sido reconhecida a incapacidade laborativa. (fls.130/131).

Resta então analisar o preenchimento das demais condições, ou seja, a insuscetibilidade de reabilitação, a condição de segurado e o cumprimento da carência, se for o caso.

A insuscetibilidade de reabilitação deve ser aferida em perícia médica.

No que se refere a carência, em se tratando efetivamente de acidente de trabalho, seria dispensada, na forma do disposto no art. 26, inciso II, da Lei nº 8.213/91.

Quanto a qualidade de segurado, é de ser analisado o que segue.

Afirma a autarquia ré que "em consulta a CNIS – Cadastro Nacional de Informações Sociais, contata-se que a parte autora obteve vínculo com a empresa GARRAS SEGURANÇA LTDA no período de 27/05/1997 a 31/10/1999, mantendo assim a qualidade de segurado até 31.10.2000, nos termos do art. 15, II, da Lei nº 8.213/91" (fls. 122).

Afirmou, outrossim, que a data de início da incapacidade é posterior a perda da qualidade de segurado, fato que, de acordo com o que dispõe o art. 42, § 2º e art. 59, Parágrafo Único, ambos da Lei nº 8.213/91, impossibilita a concessão do benefício pretendido.

O autor, na petição inicial, sustenta haver sofrido acidente de trabalho no ano de 2004, sofrendo queda de altura de mais ou menos oito metros, a partir do que ficou inválido para o trabalho.

Sustenta também que laborava, na época do acidente, para a empresa Oliveira e Costa Ltda. Para comprovar, juntou o documento de fls. 143, consistente em cópia da CTPS do autor, relativa a relação de trabalho mantida com essa empresa no período de 02 de maio de 1979 a 11 de janeiro de 1980, o que não corresponde à época do alegado acidente. De outro vértice, na emenda de fls. 88-93, alegou o autor que "[...]Não procedeu, ação trabalhista visto que seu contrato, era um tanto sem atender as normas e padroes da CLT visto que de forma verbal e, não regularizado no entanto a tudo sr benedito prova através de testemunha[...]" (sic) (fls. 89).

Tratava-se, então, segundo afirma, de contrato verbal de trabalho, que pretende provar por testemunhas.

Dispõe o § 3º do art. 55 da Lei nº 8.213/91, que:

A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento.

Ou seja, não se admite prova exclusivamente testemunhal para comprovação do tempo de serviço, ou da relação laboral, exigindo a lei um início de prova material, a ser corroborada por testemunhas.

Nesse sentido, colhe-se:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO INTEGRAL, MEDIANTE A JUNÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO RURAL COM O URBANO. ATIVIDADE RURÍCOLA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CORROBORADO POR PROVA TESTEMUNHAL. RECONHECIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL

DESPROVIDO.

1. Para efeito de reconhecimento do tempo de serviço urbano ou rural, não há exigência legal de que o documento apresentado abranja todo o período que se quer ver comprovado, devendo o início de prova material ser contemporâneo aos fatos alegados e referir-se, pelo menos, a uma fração daquele período, desde que prova testemunhal amplie-lhe a eficácia probatória.

2. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no Resp 1141458/SP, Relator(a) Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, j. 23/02/2010)

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. TEMPO DE SERVIÇO URBANO.COMPROVAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. A comprovação da atividade laborativa urbana deve ocorrer com o início de prova material desde que corroborada por idônea prova testemunhal, o que não acontece na hipótese.

2. A verificação sobre o efetivo labor urbano no período alegado pelo autor, tendo o acórdão a quo baseado-se em elementos probatórios dos autos, exigiria o reexame do quadro fático-probatório, o que não se admite por força da Súmula 7 desta Corte.

3. Não é possível, em sede de agravo interno, analisar questões somente arguidas nas suas razões, por caracterizar inovação de fundamentos.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no Resp 1157387/CE, Relator Min. Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ/RJ), j. 31/05/2011).

Caberia assim à parte autora, produzir início de prova documental que pudesse confirmar a existência da relação laboral à época do alegado acidente de trabalho, que, segundo afirma, o conduziu à invalidez.

Não é o caso de produção de prova testemunhal, eis que, não havendo início de prova material da relação de emprego existente à época do alegado acidente de trabalho que teria conduzido o autor à invalidez, a prova exclusivamente testemunhal não satisfaz a exigência do § 3º do art. 55 da Lei nº 8.213/91.

Nesse sentido, reiteradas têm sido as decisões emanadas dos tribunais:

RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC. SÚMULA Nº 284/STF. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. SENTENÇA TRABALHISTA EMBASADA EM PROVAS. VALIDADE.

[...]

3. A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no artigo 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito,conforme disposto no Regulamento. (artigo 55, parágrafo 3º,

da Lei nº 8.213/91).

4. O início de prova material, de acordo com interpretação sistemática da lei, é aquele feito mediante documentos que comprovem o exercício da atividade nos períodos a serem contados, devendo ser contemporâneos dos fatos a comprovar, indicando, ainda, o período e a função exercida pelo trabalhador.

[...] Ementa reduzida. (STJ, Resp 539661/SC; Recurso Especial 2003/0099512-1, Relator Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, 27/04/2004, DJ. 28/06/2004, p. 432). (Grifei).

Diante de tudo o quanto foi exposto, apesar da gravidade do problema vivido pela parte autora, por absoluta falta de demonstração da existência da relação de emprego na época do acidente, de modo a caracterizá-lo como acidente de trabalho, e considerando que a incapacidade laborativa alegada teve início no ano de 2004, quando o autor não mais preenchia o requisito da condição de segurado, indispensável para a concessão do benefício pleiteado, a improcedência do pedido é medida impositiva.

Por outro lado, não chegou a ser realizada prova técnica para análise do nexo de causalidade entre a invalidez laborativa do autor e o alegado acidente de trabalho, bem como, não chegou a ser produzida nem mesmo prova testemunhal que pudesse confirmar, ou não, a ocorrência do acidente. O pedido do autor foi julgado improcedente por absoluta falta de início de prova material da relação de trabalho existente na época do acidente alegado, que pudesse ser corroborado por testemunhas.

Não há, assim, elementos para afirmar que a invalidez do autor não seja de fato decorrente de acidente de trabalho, eis que não chegou a ser produzida prova a respeito, de modo que entendo não ser o caso de remessa dos autos à Justiça Federal.

DISPOSITIVO:

Ante ao exposto, afasto a preliminar de incompetência da Justiça Comum Estadual, e julgo improcedentes os pedidos formulados pela parte autora nesta ação para implantação de benefício previdenciário que Benedito de Souza move contra Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

Deixo de condenar o autor nas verbas relativas à sucumbência em razão da isenção concedida no parágrafo único do art.129 da Lei nº 8.213/91.

Declaro, por fim, resolvido o mérito da presente ação,nos termos do artigo 269, inciso I do CPC.

Oportunamente, com o trânsito em julgado, e nada sendo requerido, arquivem-se os autos.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

[...]

Nesse sentido, é a jurisprudência deste TJMS:

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – TRABALHADOR RURAL – PEDIDO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO AUXÍLIO-ACIDENTE – NÃO COMPROVAÇÃO DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE RURAL AO TEMPO DO ACIDENTE – PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL INADMISSÍVEL – EXIGÊNCIA DE INÍCIO DE PROVA DOCUMENTAL – RECURSO IMPROVIDO.

A pacífica orientação do Superior Tribunal de Justiça, estampada na Súmula n.149, é no sentido de que a prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção de benefício previdenciário.

Desse modo, inexistindo início de prova documental a comprovar o o exercício da atividade rural pelo autor ao tempo do acidente narrado na petição inicial, mas somente o exercício da atividade rural em época posterior a ele, é indevido o benefício de auxílio-acidente postulado, com a manutenção da sentença de improcedência do pedido. (AC n. 2010.036261-9/0000-00, Des. Relator Luiz Tadeu Barbosa Silva, j. 17/02/2011)

Como se vê, inexiste qualquer circunstância que permita a modificação da conclusão do juízo *a quo*, que bem demonstrou o delineamento do conjunto probatório dos autos.

Por tais razões, conheço do recurso, porém, nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

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

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

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

Campo Grande, 18 de julho de 2012.

***

Primeira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.018584-8 - Campo Grande
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – TRANSMISSÃO AOS HERDEIROS –POSSIBILIDADE – PLANO DE SAÚDE – INADIMPLEMENTO – PRAZO SUPERIOR A 60 (SESSENTA) DIAS – NOTIFICAÇÃO – AUSÊNCIA – INOBSERVÂNCIA DOS DITAMES LEGAIS – QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO – SENTENÇA MANTIDA PELOS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS – APELO IMPROVIDO.

É possível a transmissão do direito de exigir a reparação pelos danos morais, aos herdeiros do *de cujus*.

A rescisão do contrato de plano de saúde, em caso de inadimplemento das mensalidades, só é possível se comprovadamente notificado o segurado até o qüinquagésimo dia de inadimplência, nos termos do artigo 13, inciso II, da Lei nº 9.656/98.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, afastar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 11 de julho de 2012.

Des. João Maria Lós – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós

Geap - Fundação de Seguridade Social interpõe recurso de Apelação Cível - Ordinário em face da sentença de fls. 169/177 que, nos autos da ação de obrigação de fazer c/c pedido de tutela antecipada e indenização por danos morais promovida por Tania Maria Cristaldo Coimbra Brandt, julgou julgou procedente o pedido, condenando a ré ao pagamento de indenização aos herdeiros da autora, no valor de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais).

Argui, preliminarmente, a impossibilidade de transmissão do dano moral aos herdeiros.

Sustenta que, não houve nenhuma ilegalidade no cancelamento do plano de saúde, porquanto o atraso da autora foi superior as normas contratuais pactuadas com a apelante.

Alega que não causou nenhum dissabor, capaz de ensejar a indenização por danos morais.

Aduz que a fixação do *quantum* indenizatório deve ser feita de modo mais razoável.

Por fim, pugna pelo provimento do apelo.

Contrarrazões às fls. 208/216.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator)

GEAP - FUNDAÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL, interpõe recurso de Apelação Cível - Ordinário em face da sentença de fls. 169/177 que, nos autos da ação de obrigação de fazer c/c pedido de tutela antecipada e indenização por danos morais promovida por TANIA MARIA CRISTALDO COIMBRA BRANDT, julgou procedente o pedido, condenando a ré ao pagamento de indenização aos herdeiros da autora, no valor de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais).

Inicialmente, tenho que a preliminar arguida merece ser afastada.

No presente caso, deve-se analisar a possibilidade ou não de transmissão do dano moral aos herdeiros.

Com efeito, a presente ação foi ajuizada pela parte que se afirma vítima do dano, ou seja, o direito de ação foi exercido por parte legítima à pretensão deduzida.

Ainda que a vítima tenha sido, em tese, ofendida em seus direitos personalíssimos, não há confundir esta situação com a relação obrigacional que se forma entre ela e o agente do dano (art. 942 do Cód. Civil), de caráter evidentemente não personalíssimo.

Por força dessa realidade, aplica-se ao caso a regra do art. 943, do Código Civil, *verbis*: *"O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança***."**

Logo, possível a transmissão do direito de exigir a reparação pelos danos morais, aos herdeiros do *de cujus*.

A propósito do tema, confira-se a lúcida explanação do em. Min. Pádua Ribeiro, colocada no voto que proferiu nos autos do Recurso Especial nº 302029/RJ, DJ 01.10.2001:

> É claro que, tendo a vítima ou seus herdeiros, direito à reparação do dano e a faculdade de exigi-la (pretensão), tem também ação material correspondente [...]. Se assim se dá com os danos materiais, o mesmo, a meu ver, ocorre com os danos morais, pois, como dito, a eles aludiu a Constituição Federal, não havendo como discriminá-los em seus efeitos e em relação à transmissibilidade de sua reparação. Dessarte, falecido aquele que experimentou o dano moral, têm seus herdeiros não só legitimidade para sucedê-lo na relação processual que ele integrava, visando a indenização, segundo o art. 43 do Código de Processo Civil, como também para propor ação com esse objetivo. (Destaquei).

Por outro vértice, cabe salientar que a verba indenizatória por danos morais, se eventualmente fosse recebida em vida pela ofendida, passaria a integrar o patrimônio desta, cuja morte, via de consequência, possibilitaria aos herdeiros a sucessão no respectivo crédito.

A jurisprudência do STJ, inclusive a mais recente, corrobora o entendimento ora esposado:

> PROCESSO CIVIL. CIVIL. RESPONSABILIDADE. ACIDENTE. DANOS MORAIS. SUSPENSÃO DO PROCESSO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL.

> SENTENÇA PROLATADA. DESNECESSIDADE. TRANSMISSIBILIDADE. DIREITO PATRIMONIAL. [...]. I. A morte da autora, no curso do processo, com a instrução finda, não obsta a prolação da sentença. II. A ação por danos morais transmite-se aos herdeiros da autora, por se tratar de direito patrimonial. [...]. (STJ - RESP 647562/MG - 4ª T. - Rel. Min. Aldir Passarinho Junior - J. 07.12.2006 - DJ 12.02.2007 - p. 263);
>
> RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. HERDEIRO DA VÍTIMA. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. [...]. II - Na ação de reparação por danos morais, podem os herdeiros da vítima prosseguirem no pólo ativo da demanda por ele proposta. Precedentes. [...]. (STJ - REsp 577787/RJ - 3ª T - Rel. Min. Castro Filho - J. 24.08.2004 - DJ 20.09.2004 - p. 290);
>
> Se a indenização se faz mediante pagamento em dinheiro, aquela que suportou os danos tinha direito de recebê-la e isso constituiu crédito que integrava seu patrimônio, transmitindo-se a seus sucessores. Possibilidade de os herdeiros prosseguirem com a ação já intentada por aquele que sofreu o dano. (STJ - RESP 219619/RJ - Rel. Min. Eduardo Ribeiro - J. 23.08.99 - DJ 03.04.00 - p. 147);
>
> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL NÃO ADMITIDO. TRANSPORTE DE PASSAGEIRO EM ÔNIBUS. FALECIMENTO. INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. 1. Conforme já decidiu esta Corte, a ação de indenização por dano moral pode ser pleiteada pelos herdeiros. 2. Sendo a ação proposta pelo cônjuge e vindo este a falecer no curso processual, legítima a substituição processual pelos herdeiros. 3. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no Ag 174004/SP - 3ª T. - Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito - J. 30.06.1998 - DJ 13.10.1998 - p. 104).

No mérito, de igual forma não merece acolhimento as alegações expendidas pela apelante.

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 517299/MT, de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros, julgado em 09.05.2006 e publicado no DJ de 29.05.2006, p. 230.

Dito isso, observo que, com relação à matéria trazida no recurso, há que ser mantida a sentença por seus próprios fundamentos e, para não incorrer em tautologia, transcreve-se trechos que servem para embasar esta decisão:

> Asseverou a autora que estava pagando regularmente seu plano de saúde quando, ao procurar o pronto socorro da Santa Casa desta capital, foi informada por funcionários que o seu plano de saúde estava cancelado.
>
> De outra banda, justificou a ré que o cancelamento ocorreu diante da falta de pagamento das parcelas do acordo firmado com a autora, que visava justamente a quitação de prestações atrasadas do plano.

Pois bem. A Lei n. 9.656/98, que disciplina os planos de saúde, prevê no seu art. 13, II, as causas de resolução do contrato por inadimplemento do consumidor, sendo uma delas a falta de pagamento das mensalidades. O atraso deve ser superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o qüinquagesimo dia de inadimplência. As notificações não têm a finalidade de constituição do devedor em mora, que é ex re, pois a prestação é positiva, líquida e a termo. Servem para converter a mora em inadimplemento absoluto, caso não seja purgada até o prazo cumulativo de sessenta dias. A notificação deve ser feita até o qüinquagesimo dia de inadimplência, para que sobrem ao menos dez dias para a purgação.

Claro que ultrapassado o prazo de cinqüenta dias, poderá o contrato ser resolvido, mas terá o consumidor no mínimo dez dias para a purgação, contados da notificação.

Observando que o inadimplemento das parcelas é fato incontroverso como bem se vê na contestação e na impugnação da autora, dirime a lide perscrutar se houve a necessária notificação, com tempo hábil para a purgação da mora, como exige a lei.

Impende assentar que no caso dos autos, incidem as regras do Código de Defesa do Consumidor, posto que, as partes se subsumem aos conceitos de consumidor e fornecedor fixados nos arts. 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor, devendo, portanto, a relação havida entre as partes, submeter-se à legislação consumerista.

Em sendo aplicável o CDC, é imprescindível gizar que não obstante os incisos I e II,do artigo 333, do Código de Processo Civil, estabeleçam que a prova incumbe a quem alega, o Código de Defesa do Consumidor trouxe regra especial ao sistema jurídico vigente, admitindo a inversão do ônus da prova quando presentes os requisitos constantes do inciso VIII, do artigo 6º, da Lei 8.078/90.

Referida inversão será possível, em favor da parte mais vulnerável1, (artigo 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor), quando presentes a verossimilhança de suas alegações ou sua hipossuficiência.

Nesse sentido o seguinte julgado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RELAÇÃO DE CONSUMO. HIPOSSUFICIÊNCIA E VEROSSIMILHANÇA NAS ALEGAÇÕES. APLICABILIDADE DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ART. 6º, INC. VIII, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

A inversão do ônus da prova é técnica que prestigia o princípio da igualdade entre as partes, sendo cabível em favor do consumidor quando, a critério do magistrado, forem verossímeis as suas alegações ou quando for ele hipossuficiente na relação, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC, já que o espírito do referido diploma é, exatamente, facilitar a defesa dos direitos do consumidor, sem, contudo, comprometer a isonomia no processo.(TJ/MG. Processo nº 1.0367.07.029509-4/001. Relator Otávio Portes. Publicação. 30/01/2009)

No caso dos autos, caracterizada a relação de consumo e a hipossuficiência técnica da autora (parágrafo único, do artigo 2º, da Lei nº 1.060/50), impõe-se a inversão do ônus da prova, o que fica deferido (inciso VIII, do artigo 6º, do Código de Defesa do Consumidor).

Ademais, inexigível a demonstração de que a autora não recebeu a notificação de que fala a Lei 9656/98.

> Esclarecido esse ponto, vê-se dos autos que à f. 76 consta uma notificação da ré à autora, datada de 02/09/2008, informando acerca das consequencias do inadimplemento, e, à f. 77, o termo de compromisso de parcelamento de débitos, realizado em 02/10/2008. Feita,pois, a notificação.
>
> Todavia, não obstante esteja expressamente asseverado no item 2 do respectivo termo que "o não pagamento de qualquer parcela acordada acarretará o imediato cancelamento da respectiva inscrição nos planos de saúde oferecidos pela Fundação", o fato é que a Lei 9656/98, em seu art. 13, II, condicionou a resolução contratual à notificação do consumidor, reservando-se, no mínimo, dez dias para a purgação, contados da notificação.
>
> Assim, não obstante a disposição contratual, não há que se admitir cláusula que vá de encontro à disposição legal, como no caso dos autos.
>
> Deveria a ré ter oferecido à autora nova chance de purgar a mora, antes de resolver unilateralmente o contrato, vez que a circunstância de ter oferecido o parcelamento do débito não lhe exime da obrigação imposta por força de lei. Ademais, vê-se pelo hollerit de f. 23 que no mês de fevereiro de 2009 a ré ainda efetuava descontos na folha de pagamento da autora, pelo que esta acreditava, razoavelmente, diga-se, que ainda desfrutava da cobertura do plano de saúde.
>
> Como se vê, além da subsunção das circunstâncias à norma prevista no Art. 14 do CDC, restou provada a existência de todos os pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam, a omissão da ré em notificar a autora, a sua culpa, o dano moral experimentado pela autora e o nexo de causalidade entre a conduta da ré e o dano - impondo-se, destarte, à ré a obrigação de reparar o dano moral sofrido.
>
> Diante do exposto, considerando que a ré excluiu a autora do seu plano de saúde sem lhe facultar o prazo para purgação da mora, ocorrendo assim em ato ilícito, julgo procedente o pedido e condeno a ré GEAP – Fundação de Seguridade Social ao pagamento de indenização aos herdeiros da autora, que fixo no valor de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), que deverá ser corrigida pelo INPC desde a data da prolação dessa sentença (consoante o reiterado entedimento do STJ cristalizado na súmula n.º 362) e acrescido de juros legais desde a data da citação, por considerar que à robustez do patrimônio da ré, se a indenização for fixada em valor inferior, não exercerá o seu caráter punitivo, nem a desestimulará da prática de novos atos ilícitos desta Natureza.

Como se vê, inexiste qualquer circunstância que permita a modificação da decisão recorrida.

Nesse mesmo sentido:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. PLANO DE SAÚDE. INADIMPLÊNCIA. NEGATIVA DE COBERTURA DE CIRURGIA EMERGENCIAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PRÉVIA NOTIFICAÇÃO DO BENEFICIÁRIO RECURSO IMPROVIDO. 1. Nos termos do art. 13, II, da Lei nº 9.646/98, para a suspensão do contrato de prestação de serviços médicos e hospitalares, há necessidade de se verificar a ocorrência de mora do beneficiário pelo período superior aos 60 dias e a devida notificação para quitação da dívida. 2. Quando a prestadora de serviços de saúde notifica fora do prazo fixado e que não especifica na notificação os dias de atraso e o período a que se refere a mora, é inválido o ato notificatório. 3. Não sendo possível se verificar o conteúdo da correspondência encaminhada ao autor, impossível se concluir que se tratava da notificação aludida no art. 13, II, da Lei nº 9.646/98, muito menos se cumpriu as condições mínimas para que se autorize a suspensão do contrato e se foi encaminhada no prazo legal, razão pela qual deve ser considerada como inexistente."(TJMS; AC-Or 2010.026463-6/0000-00; Campo Grande; Terceira Turma Cível; Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho; DJEMS 17/11/2010; Pág. 29).

> [...] De acordo com o art. 35-E, III, c/c art. 13, par. ún., II da Lei nº 9.656/98, o consumidor inadimplente deve ser previamente notificado antes da suspensão do contrato de plano de saúde, logo, não satisfeito o requisito legal, não é considerada a inadimplência do cliente e nem devida a suspensão dos serviços." (TJMS; AC-Or 2011.037171-4/0000-00; Campo Grande; Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva; DJEMS 08/05/2012; Pág. 53).

Por tais razões, conheço do recurso, porém, nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, AFASTARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

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

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

Campo Grande, 11 de julho de 2012.

***

Primeira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.000826-1 - Campo Grande
Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA DE COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA – PREVIDÊNCIA PRIVADA – PEDIDO DE EXTENSÃO DO PAGAMENTO DO AUXÍLIO CESTA-ALIMENTAÇÃO AOS APOSENTADOS – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – TEORIA DA ASSERÇÃO – PRESCRIÇÃO – NÃO OCORRÊNCIA – PRELIMINARES REJEITADAS – MÉRITO – NATUREZA REMUNERATÓRIA DO BENEFÍCIO – SISTEMA DE TRATAMENTO PARITÁRIO ENTRE PROVENTOS DE APOSENTADORIA E A REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES EM ATIVIDADE – PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – RECURSO IMPROVIDO.

Compete à Justiça Comum Estadual o processamento e julgamento de ação ajuizada contra fundação de previdência privada objetivando a implementação de benefício concedido aos empregados da ativa, por envolver matéria de cunho eminentemente cível.

À luz da Teoria da Asserção, não se vislumbra a impossibilidade jurídica do pedido, tendo em vista o que foi asseverado na petição inicial.

Considerando que a prescrição bienal está diretamente relacionada às ações de competência da Justiça do Trabalho, não há que se falar em tal modalidade de prescrição, já que compete à justiça Estadual processar e julgar causas envolvendo o auxílio cesta-alimentação.

O auxílio cesta-alimentação, por não ser prestação paga in natura, deve integrar a complementação da aposentadoria do aposentado quando também percebido pelos funcionários em atividade, em atenção ao princípio da isonomia.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, afastar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 18 de julho de 2012.

Des. Joenildo de Sousa Chaves – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves

Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil - PREVI, inconformada com a sentença proferida pelo Juízo da 4ª Vara Cível da Capital, nos autos da ação de cobrança que lhe move Maria Neiva Loubet Netto, interpõe recurso de apelação.

Consta dos autos que a apelada ingressou com a presente ação buscando, basicamente, a complementação dos seus proventos mediante a integração dos benefícios denominados "cesta alimentação" e "abono BB 200 anos", com a consequente condenação da recorrente ao pagamento das diferenças apuradas desde a sua aposentadoria.

A sentença recorrida (f.217-221-verso), julgou procedente o pedido inicial, determinando a incorporação ao provento complementar da apelada das parcelas denominadas "auxílio cesta-alimentação" e "abono único – abono BB 200 anos", bem como condenou a recorrente "ao pagamento de uma vez só, dos valores correspondentes ao "auxílio cesta-alimentação" e ao "abono único – abono BB 200 anos""", acrescido de correção monetária desde a época em que deveriam ter sido pagos e juros de mora a partir da citação.

Em suas razões recursais (f.235-267) alega a apelante, preliminarmente, a incompetência da Justiça Estadual para processar e julgar a presente ação, a ocorrência da prescrição e a impossibilidade jurídica do pedido.

No mérito, argumenta, em resumo, que inexiste paridade entre funcionários ativos e inativos; que a natureza da cesta-alimentação é indenizatória e não salarial; que deve ser observada a autonomia da convenção coletiva de trabalho; que os valores que repassa aos seus aposentados é, em muitos casos, maior do que os repassados para aqueles que estão na ativa; que existe vedação expressa de pagamento de valores não previstos nos Estatutos e regulamentos; que inexiste contribuição específica dos associados (ausência de fonte de custeio); que deve ser observado o limite do teto estatuído no contrato previdenciário; que a sentença se mostrou condicional; e que em caso de manutenção do provimento jurisdicional guerreado os juros de mora devem incidir a partir da citação.

Por esses motivos, pede a reforma da sentença apelada.

Contrarrazões às f.374-385.

VOTO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil - PREVI, inconformada com a sentença que julgou procedente o pedido formulado na ação de cobrança que lhe move Maria Neiva Loubet Netto.

Para uma abordagem clara e sistemática da matéria controvertida, registro, de início, que o recurso de apelação interposto pela apelante não impugnou a totalidade da sentença recorrida, mas apenas alguns de seus capítulos.

Trata-se, portanto, de recurso parcial pela vontade da recorrente, de modo que apenas a questão atinente à "cesta-alimentação" deverá ser objeto de apreciação por este órgão julgador, estando as demais matérias enfrentadas pela sentença recorrida ("abono único – abono BB 200 anos") cobertas pelo manto da coisa julgada (formação gradual da coisa julgada).

Tecidas essas considerações iniciais, passo ao julgamento do recurso.

PRELIMINARMENTE

Incompetência da Justiça Estadual

Sustenta a apelante a incompetência da Justiça Estadual para o processamento desta lide, indicando como competente a Justiça do Trabalho.

Não obstante as razões apresentadas pela recorrente, a matéria debatida já se encontra sedimentada no Superior Tribunal de Justiça, onde, após exaustivos debates, pacificou-se o entendimento de que *"compete à Justiça estadual julgar questão concernente a pedido de inclusão de auxílio de cesta-alimentação em complementação de aposentadoria de previdência privada"* ***(AgRg no AREsp. 30.938/PR, 4ª T., Rel. Min. Raul Araújo, j. 11/10/2011)***.

A propósito:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. AUXÍLIO CESTA-ALIMENTAÇÃO. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA COMUM ESTADUAL [...] - Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar as ações de complementação de aposentadoria objetivando o recebimento de auxílio cesta-alimentação instituído por acordo coletivo de trabalho. Precedentes [...]. (STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1161797/RJ, 3ª T. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18/08/2011)

Afasto, pois, referida preliminar.

<u>Impossibilidade jurídica do pedido</u>

Argumenta a apelante que o pedido formulado na inicial é juridicamente impossível, pois existe vedação expressa à pretensão formulada.

Tal argumento, entretanto, não merece guarida.

Segundo a Teoria da Asserção, em voga no Direito Processual Brasileiro, a possibilidade jurídica do pedido deve ser analisada de acordo com o que é asseverado pela parte autora na sua petição inicial.

Assim, o momento para se verificar a existência das condições da ação é quando o juiz realiza o primeiro contato com a petição inicial, deixado o exame das questões de mérito, relativas à procedência ou à improcedência da demanda, para o julgamento final.

Esse é o entendimento consagrado pelo C. STJ, conforme se observa do seguinte julgado: "*PROCESSUAL CIVIL [...] TEORIA DA ASSERÇÃO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INEXISTÊNCIA [...] 2. À luz da Teoria da Asserção, não se vislumbra a impossibilidade jurídica do pedido, tendo em vista o que foi asseverado na petição inicial. Precedentes. 3. Agravo regimental não provido.*" (AgRg no AREsp 53.146/SP, 2ª T., Rel. Min. Castro Meira, j. 16/02/2012)

A orientação também encontra amparo na doutrina, conforme leciona Luiz Guilherme Marinoni:

> Não há lógica e utilidade em admitir uma sentença de extinção do processo sem julgamento do mérito ao final do processo, quando o juiz pode reconhecer que o autor não é o titular do direito material ou que o autor não pode exigir o pagamento de uma dívida por ela não estar vencida. Se a ação se desenvolve até a última fase do processo, chega-se a um momento em que o juiz está apto para reconhecer a existência ou inexistência do direito material ou para julgar o mérito ou o pedido, de modo que não há racionalidade em sustentar que a sentença, nessa ocasião, pode simplesmente extinguir o processo sem julgamento do mérito [...] É por isso que as condições da ação devem ser aferidas com base na afirmação do autor, ou seja, no início do desenrolar do procedimento. Não se trata de fazer um julgamento sumário (fundado em conhecimento sumário) das condições

> da ação, como se elas pudessem voltar a ser apreciadas mais tarde, com base em outras provas. O que importa é a afirmação do autor, e não a correspondência entre a afirmação e a realidade, que já é problema de mérito. **(MARINONI. Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. 3ª ed. p.182-183)**

No caso vertente, busca a apelada a tutela jurisdicional para ver corrigida a sua aposentadoria, mediante a integração dos benefícios denominados "cesta alimentação" e "abono BB 200 anos", com a consequente condenação da recorrente ao pagamento das diferenças apuradas desde a sua aposentadoria.

Não observo, portanto, a impossibilidade, *prima facie*, dos pedidos formulados pela parte autora, razão pela qual não cabe o acolhimento da aludida preliminar.

Destarte, rejeito a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido.

Prejudicial – prescrição

Sustenta a recorrente, por fim, que deve ser observado no caso o prazo prescricional de 02 anos.

Esse argumento, assim como os demais, também não merece acolhimento.

Adoto, nesse ponto, a conclusão apontada pelo julgador monocrático, segundo o qual *"considerando que a prescrição bienal está diretamente relacionada às ações de competência da Justiça do Trabalho e considerando, também, como decidido pelo STJ, que a presente demanda deve ser processada e julgada pela Justiça Estadual e não pela Justiça Trabalhista, não há que se falar em prescrição bienal"*.

Afasto a prescrição.

MÉRITO

Em que pese os argumentos deduzidos pela apelante, tenho que não lhe assiste razão.

Cinge a controvérsia em saber se é devido à apelada, na complementação de sua aposentadoria, o denominado "auxílio cesta-alimentação", que, a seu ver, trata-se de verba remuneratória que deve integrar os salários dos bancários, tanto ativos quanto inativos.

A solução da controvérsia passa, necessariamente, pela análise da natureza jurídica da denominada "cesta alimentação".

Pois bem.

Ao dispor sobre a remuneração, o art. 457, § 1º, da CLT prevê:

> Art. 457 - Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.
>
> § 1º Integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador.

Diante da literalidade da lei, é incontestável o fato de que deve compor a remuneração o abono pago pelo empregador, ainda que seja ele fruto de convenção coletiva de trabalho e pago de forma única.

Nesse diapasão, possuindo o referido auxílio alimentação o caráter remuneratório e atuando em caráter de recomposição salarial concedida aos trabalhadores em atividade, deverá ele ser estendido aos aposentados, sob pena de ser-lhes negada a equiparação de seus proventos com os salários pagos às mesmas categorias de empregados das quais fizeram parte.

Não se pode olvidar que o auxílio cesta-alimentação já foi firmado pelos Tribunais do País como verba de caráter salarial, de cunho assistencial, que integra o vencimento do empregado da ativa e deve incorporar o benefício de aposentadoria complementar pago pela ré aos empregados aposentados da instituição financeira em referência.

Aliás, pacificou-se na jurisprudência do C. STJ o entendimento de que o auxílio cesta-alimentação concedido aos servidores da ativa, por não se constituir em benefício "in natura", é extensível também aos aposentados, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia.

Nesse sentido:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA DE COMPLEMENTAÇÃO DE BENEFÍCIO [...] "AUXÍLIO CESTA-ALIMENTAÇÃO". ISONOMIA ENTRE ATIVOS E INATIVOS. ABONO ÚNICO. EXTENSÃO AOS INATIVOS [...] 3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que o auxílio cesta-alimentação, percebido pelos trabalhadores em atividade, deve integrar, em atenção ao princípio da isonomia, a complementação de aposentadoria do inativo. 4. Apenas o auxílio-alimentação pago in natura não necessita ser estendido aos inativos. Precedentes [...] (STJ, AgRg no Ag 1158025/RS, 3ª T., Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 28/06/2011)
>
> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO [...] AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. EXTENSÃO AOS INATIVOS. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SÚMULA Nº 83/STJ [...] 3. O aresto hostilizado foi proferido em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual "o auxílio cesta-alimentação, por não constituir prestação paga in natura e em homenagem ao princípio da isonomia, deve integrar a complementação da aposentadoria do funcionário aposentado quando percebido por aqueles em atividade. (AgRg no Ag nº 811.286/RS, Relator o Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJU de 29/6/2007). (STJ, AgRg no Ag 1144202/RS, 4ª T., Rel. Min. Raul Araújo, j. 12/04/2011)

Assim sendo, considerando que o "auxílio cesta-alimentação" não se trata de alimento "*in natura*" e sim de vantagem paga em espécie, vislumbro que o reconhecimento do seu caráter remuneratório é medida de rigor.

E, por estrita obediência ao princípio da isonomia, toda e qualquer vantagem de caráter geral deve ser abrangida pelo sistema de tratamento entre proventos de aposentadoria e a remuneração dos servidores em atividade.

Com relação à fonte de custeio e constituição de reservas, anoto que tal providência afigura-se essencial, na forma do artigo 202, caput, da Constituição Federal. Entretanto, a insuficiência de fonte de custeio de modo a suportar os direitos reconhecidos nos autos, não pode prejudicar o associado.

A constituição de prévia fonte de custeio, como o próprio nome sugere, tem que ser prévia, ou seja, quando do cálculo exigido do associado e da patrocinadora de modo a prever pagamentos desta natureza. A responsabilidade pela constituição dessa fonte é exclusivamente atribuída à PREVI, pois cabe a ela elaborar

a regulamentação específica e estabelecer os índices de contribuição necessários para arcar com o que se compromete.

Assim sendo, revela-se inoportuna, na minha ótica, a discussão sobre a receita vinculada ao pagamento da complementação e o seu modo de captação, limitando aqui a análise do feito quanto ao cabimento do direito postulado pelo demandante.

No mais, no que tange a alegação de que a sentença recorrida teria sido proferida condicionada a evento futuro e incerto, tenho que essa tese, tal qual as demais, não merece ser acolhida.

Isso porque, o reconhecimento da extensão do auxílio aos inativos não significa proferir comando condicional, mas apenas reconhecer efeitos futuros à sentença, o que é diverso.

No caso, nada obsta que as demais prestações que venham a ser concedidas aos trabalhadores da ativa a este título (cesta alimentação) também sejam incorporadas aos inativos, não configurando esta circunstância por si só sentença condicional, como pretende a ré, ora apelante.

Sobre o tema:

> APELAÇÃO CÍVEL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. FUNDAÇÃO BANRISUL. PRELIMINARES DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDIONAL E DE SENTENÇA EXTRA PETITA E CONDICIONAL. AFASTAMENTO. AUXÍLIO CESTA ALIMENTAÇÃO [...] Pela mera extensão da decisão às futuras verbas de auxílio cesta alimentação que venham a ser concedidas aos funcionários em atividade, não se vislumbra a ocorrência de sentença extra petita ou condicional. Tendo o "auxílio cesta alimentação" nítido caráter remuneratório, é extensivo aos funcionários inativos. (TJRS, Ac 70010684272, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Antônio Vinícius Amaro da Silveira, j. 14/04/2005)

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, AFASTARAM AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Joenildo de Sousa Chaves, João Maria Lós e Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 18 de julho de 2012.

***

Primeira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.006248-5 - Dourados
Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL – ERRO MÉDICO – MORTE DE FETO – NEGLIGÊNCIA DOS MÉDICOS PLANTONISTAS NÃO EVIDENCIADA – AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

De acordo com a jurisprudência do C. STJ, quanto aos atos técnicos praticados de forma defeituosa pelos profissionais da saúde vinculados de alguma forma ao hospital, respondem solidariamente a instituição hospitalar e o profissional responsável, apurada a sua culpa profissional. Nesse caso, o hospital é responsabilizado indiretamente por ato de terceiro, cuja culpa deve ser comprovada pela vítima de modo a fazer emergir o dever de indenizar da instituição, de natureza absoluta (arts. 932 e 933 do CC).

Se não constatada falha na prestação do serviço médico, considera-se como ocorrido por circunstâncias extrínsecas ao procedimento adotado, havendo a quebra do nexo de causalidade, afastando o dever reparatório.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 18 de julho de 2012.

Des. Joenildo de Sousa Chaves – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves

Laura Lopes da Silva Araújo e Cleomir de Araújo, inconformados com a sentença proferida pelo Juízo de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Dourados, apelam a este Tribunal de Justiça.

Consta dos autos que os apelantes ingressaram com a presente ação buscando, basicamente, a condenação dos apelados a lhes indenizar moral e materialmente em virtude do óbito de sua filha, cuja ocorrência, segundo a exordial, teria se dado por negligência dos médicos recorridos quando da realização do parto da Sra. Laura Lopes da Silva Araújo no hospital apelado.

O pedido inicial foi julgado improcedente, condenando os apelantes ao pagamento das custas/despesas processuais e honorários advocatícios, cuja exigibilidade ficou suspensa em decorrência da Justiça Gratuita lhes concedida.

Em suas razões recursais, alegam os recorrentes, inicialmente, que a magistrada de primeiro grau não se atentou de forma devida à prova dos autos, ignorando o anterior deferimento de inversão do ônus da prova, situação essa que gerou ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Argumentam, ademais, que *"mesmo a apelante manifestando fortes dores, no atendimento dispensado a mesma não foram utilizados os mecanismos que a medicina poderia oferecer ao seu alcance para que pudesse possibilitar um diagnóstico preciso, preferindo subestimar a situação clínica da paciente realizando atendimento genérico e superficial sem a realização de exames específicos, desencadeando na morte de um feto"*.

Sustentam que o caso em análise retrata típica hipótese de relação de consumo, motivo pelo qual equivocou-se a magistrada sentenciante ao julgar o caso com base na responsabilidade objetiva, já que deveria se valer da responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais.

Por esses motivos, pedem a reforma da sentença recorrida, para que seus pedidos iniciais sejam julgados procedentes.

Contrarrazões às f.879-894, 902-916 e 918-919.

VOTO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves (Relator)

Laura Lopes da Silva Araújo e Cleomir de Araújo, inconformados com a sentença que julgou improcedente o pedido formulado na ação de indenização que promovem contra Luiz Machado de Souza, Adriano Antonio de Figueiredo, Rodrigo José Rodrigues da Cunha e Hospital Evangélico Dr. e Sra. Goldsby King.

Para uma abordagem clara e sistemática da questão devolvida à apreciação deste Órgão Fracionário, julgo necessária uma pequena digressão fática sobre o caso em análise.

Extrai-se do conjunto documental existente nos autos, que a apelante Laura Lopes da Silva Araújo, grávida em final de gestação, procurou auxílio médico no hospital apelado as 19:44 h, do dia 01.09.2006, tendo sido atendida pelo apelado Adriano Antônio de Figueiredo que, após exames, lhe liberou orientando-a a retornar caso sentisse dores.

No dia seguinte, 02.09.2006, a apelante retornou ao hospital recorrido, as 06:25 h, queixando-se de fortes dores abdominais, novamente tendo sido atendida por Adriano Antônio de Figueiredo que, após novos exames, dispensou a apelante.

Entretanto, a recorrente recusou-se a retornar para sua residência, permanecendo no estabelecimento hospitalar, onde foi recolhida para repousar em um leito. As 10:30 h fora ela reavaliada, dessa vez pelo apelado Rodrigo José Rodrigues da Cunha, providência essa que se repetiu as 15:30 h, sendo que as 15:40 h referido médico determinou a internação da recorrente.

Após a internação, a apelante ficou sob os cuidados das enfermeiras do hospital recorrido até as 19:00 h quando, então, fora avaliada pelo apelado Luiz Machado de Souza, ato que se repetiu as 20:00 e 20:30 h.

As 21:30 h, uma das auxiliares de enfermagem do nosocômio apelado tentou ouvir os batimentos cardíacos do feto e não conseguiu, momento no qual acionou o recorrido Luiz Machado de Souza, o

qual determinou o encaminhamento da apelante ao centro cirúrgico com urgência, onde foi submetida à uma cesariana, oportunidade em que o feto foi retirado sem batimentos cardíacos, tendo sido constatado o seu óbito.

Postos os dados integrativos do feito, passo a análise do mérito recursal.

Pois bem. Conforme decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp. 400.843/RS, quando o paciente procura o hospital e recebe atendimento do médico que se encontra em serviço no local, a responsabilidade em razão das consequências danosas da terapia pertence ao hospital. Em tal situação, pouco releva a circunstância de ser o médico empregado do hospital, porquanto ele se encontrava vinculado ao serviço de emergência oferecido. Se o profissional estava de serviço no plantão, tanto que cuidou do paciente, o mínimo que se pode admitir é que estava credenciado para assim proceder.

Em hipóteses tais, a responsabilidade dos hospitais e clínicas de saúde por atos de referidos profissionais é objetiva, nos termos dos artigos 932, inciso III e 933 do Código Civil, além do art. 14, caput, do Código de Defesa do Consumidor, os quais prevêem, respectivamente:

> Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:
>
> [...]
>
> III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;.
>
> Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.
>
> 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.

Essa conclusão, ademais, pode ser extraída do Enunciado de Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual *"é presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto"*.

Todavia, mesmo sendo objetiva, a responsabilidade do estabelecimento de saúde é vinculada à comprovação da culpa do profissional médico que realizou o atendimento, sendo que na hipótese de erro ambos responderão solidariamente.

A propósito do tema, pertinentes são as conclusões apontadas pelo Ministro Luis Felipe Salomão, no julgamento do REsp. 1.145.728/MG, ocorrido em 28.06.2011, onde restou assentado que:

> [...] A responsabilidade das sociedades empresárias hospitalares por dano causado ao paciente-consumidor pode ser assim sintetizada:
>
> (I) as obrigações assumidas diretamente pelo complexo hospitalar limitam-se ao fornecimento de recursos materiais e humanos auxiliares adequados à prestação dos serviços médicos e à supervisão do paciente, hipótese em que a responsabilidade objetiva da instituição (por ato próprio) exsurge somente em decorrência de defeito no serviço prestado (art. 14, caput, do CDC);
>
> (II) os atos técnicos praticados pelos médicos sem vínculo de emprego ou subordinação com o hospital são imputados ao profissional pessoalmente, eximindo-se a

> entidade hospitalar de qualquer responsabilidade (art. 14, § 4, do CDC), se não concorreu para a ocorrência do dano;
>
> (III) quanto aos atos técnicos praticados de forma defeituosa pelos profissionais da saúde vinculados de alguma forma ao hospital, respondem solidariamente a instituição hospitalar e o profissional responsável, apurada a sua culpa profissional. Nesse caso, o hospital é responsabilizado indiretamente por ato de terceiro, cuja culpa deve ser comprovada pela vítima de modo a fazer emergir o dever de indenizar da instituição, de natureza absoluta (arts. 932 e 933 do CC)..

Dessa forma, considerando que a causa de pedir dos apelantes reside na suposta negligência dos médicos apelados, plantonistas do hospital recorrido, uma vez restado comprovado o defeito pelo fato do serviço, o dano e o nexo causal, ambos ficarão responsável, de forma solidária, a reparar os eventuais danos suportados.

Em sentido diametralmente oposto, restando provado que o lamentável evento descrito na exordial não decorreu do defeito no serviço, não haverá que se falar em reparação de danos.

Na hipótese dos autos, não olvidando à evidente dor suportada pelos apelantes com o óbito do seu primeiro filho de forma prematura, tenho que a sentença que julgou improcedente o pedido inicial não merece reforma.

Com efeito, numa causa em que se aprecia a lisura técnica de atendimento realizado por profissionais médicos, a perícia técnica se mostra fundamental para auxiliar o julgador na pacificação dos conflitos que lhes são apresentados.

Nesse passo, em análise à prova pericial produzida às f.624-637, observo que o perito judicial nomeado pelo juízo, após esclarecimentos sobre os métodos e procedimentos a serem observados em casos como o da apelante, analisou isoladamente as condutas dos médicos apelados que tiveram contato com a recorrente, asseverando que as providências por ele tomadas não contribuíram para o óbito do feto.

Aliás, segundo o *expert*, além de não ser possível estabelecer a *causa mortis* do feto, *"não há indícios de culpa profissional ou de falha na prestação de serviços médicos por parte do médico Adriano Antonio Figueiredo, Rodrigo José Rodrigues da Cunha e Luiz Machado de Souza"* (respostas quesitos "a" e "b" – f.634).

Concluo, daí, que não obstante as peculiaridades que envolvem o caso, a fatalidade ocorrida com o filho dos apelantes ainda no ventre materno se deu por circunstâncias extrínsecas ao procedimento adotado pelos médicos apelados.

Nesse sentido foi a conclusão apontada pelo perito judicial, segundo o qual:

> No caso da Sra. Laura não houve indicação de se manter um maior rigor no controle dos batimentos cardíacos fetais. Durante todo o atendimento da autora não foi constatado alterações que pudessem alertar os profissionais que a atenderam, sobre um possível sofrimento fetal [...]. Portanto, trata-se de uma fatalidade que ainda merece estudos para seu total esclarecimento. Não foi caracterizado nenhum erro no atendimento da Sra. Laura Lopes da Silva.

Assim sendo, uma vez rompido o nexo causal entre a atuação dos médicos apelados e o falecimento do feto, não se pode imputar aos mesmos, tampouco ao nosocômio recorrido, a obrigação de reparar o dano, pois, repito, não havendo a comprovação do nexo de causalidade entre a conduta dos profissionais e o óbito sobrevindo, afasta-se o dever de indenizar, seja moral ou materialmente.

Portanto, tenho que o atendimento necessário à apelante fora realizado, sendo ela submetida às intervenções indicadas para seu caso, inclusive havendo o devido acompanhamento médico, tendo o Sr. Perito esclarecido que a técnica utilizada foi adequada, afastando, dessa forma, eventual responsabilidade dos apelados no óbito do filho dos apelantes.

Anoto, por fim, que embora o magistrado não esteja vinculado à conclusão do laudo pericial (princípio do livre convencimento do juiz), para afastar-se das conclusões estampadas na perícia, deve encontrar apoio em razões sérias, ou seja, em fundamentos induvidosos de que a opinião do perito colide contra princípios lógicos, científicos ou máximas de experiência, e que existem no processo elementos probatórios com grau de verossimilhança superior, em relação aos fatos controvertidos, situações essas inexistentes nos feito, não ocorrendo qualquer má valoração da prova.

Não há, de igual modo, eventual ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa, pois aos apelantes fora oportunizada a produção das provas pretendidas, as quais mostraram-se aptas a influenciar o convencimento da magistrada sentenciante.

Em suma, não restou demonstrado nos autos que o óbito do filho dos apelantes tenha se dado em decorrência do alegado erro por parte dos médicos apelados, motivo pelo qual a sentença combatida deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Joenildo de Sousa Chaves, João Maria Lós e Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 18 de julho de 2012.

***

Primeira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.014086-8 - Fátima do Sul
Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves

EMENTA – APELAÇÃO CIVEL – PROCESSUAL CIVIL– EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL– CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA– AVAL– EMBARGOS DE TERCEIRO – CONSTRIÇÃO JUDICIAL DE BEM PERTENCENTE AO AVALISTA– AVAL EM FAVOR DE TERCEIRO– AUSÊNCIA DE BENEFÍCIO FAMILIAR– ÔNUS DA PROVA DO CREDOR– CÔNJUGE– DIREITO À RESERVA DE SUA MEAÇÃO– RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO.

Segundo entendimento consolidado na jurisprudência do STJ, a meação da mulher responde pelas dívidas do marido, salvo se ela provar não terem sido assumidas em beneficio da família. Tratando-se de dívida originária de aval, que, em regra, e dado de favor, presume-se o prejuízo da mulher, especialmente quando não há liame societário entre o avalista e o devedor principal.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 11 de julho de 2012.

Des. Joenildo de Sousa Chaves – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves

Nilce Maria Bortollo de David e Maria Alice Bortolotto de David, irresignadas com a sentença proferida pelo Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca Fátima do Sul na ação de embargos de terceiro que a apelante propôs em face do recorrido e julgou improcedente o pedido, apela a este Tribunal.

Trazem como pretensão recursal pedido de reforma da sentença para declaração de nulidade da penhora recaída sobre 50%dos imóveis objeto das matrículas n.11.049, n.5.971 e n.5.972, todas registradas no CRI da Comarca de Dourados.

Contrarrazões à f. 409/423, manifestando pelo improvimento.

VOTO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Nilce Maria Bortolotto de David e Maria Alice Grotto de David contra a sentença que julgou improcedente os presentes embargos de terceiro que moveram no

intuito de ver resguardado 50% dos imóveis objeto de penhora para garantia da execução movida pelo Banco do Brasil contra seus cônjuges.

A questão posta à apreciação diz respeito a alegada nulidade da penhora de 50% dos imóveis penhorados como garantia da ação de execução movida pelo Banco do Brasil contra os esposos das apelantes.

Afirmam que também são proprietárias dos imóveis pois casadas sob o regime de comunhão de bens, que não foram avalistas da negociação, que não consentiram com o aval prestado por seus esposos, e que a dívida não foi contraída em favor de suas famílias.

A sentença julgou improcedente o pedido tendo o magistrado entendido que não houve comprovação por parte das embargantes/apelantes de que a dívida não teria sido contraída em prol da família, ao contrário, o empréstimo teria sim sido contraído em favor da família na medida em que o devedor principal é sobrinho dos avalistas e junto com eles administrava a plantação de lavouras.

Não há dúvidas de que os esposos das apelantes são avalistas de um empréstimo contraído por Luiz Henrique Alberti, sobrinho deles.

Porém, ao contrário do que sustentou o magistrado singular, há sim presunção de que a dívida não foi contraída em favor da família das embargantes/apelantes pois o crédito foi para terceira pessoa.

E frente a isso, o ponto principal da lide é saber se a dívida contraída e avalizada pelos esposos das embargantes beneficiou ou não o grupo familiar.

É induvidoso que as embargantes não são devedora direta ou indireta, com relação ao título acima, com execução em curso, mesmo porque não assinaram nenhum deles, quer como devedoras, quer como avalistas.

Porém, a respeito da responsabilidade patrimonial do cônjuge, como na espécie, ou seja, em razão de dívida contraída diretamente pelo outro cônjuge ou quando este se responsabiliza por dívida de terceiro, via de aval, o Prof. Teori Albino Zavascki, em sede doutrinária, ensinou, o seguinte, *verbis*:

> Os casos em que, segundo o art. 592, IV, do CPC, os bens próprios ou reservados ou da meação do cônjuge respondem pelas obrigações assumidas por seu consorte, são definidos no direito material. Segundo a Lei 4.121, de 27.08.1962, em seu art. 3.º, 'pelos títulos de dívida de qualquer natureza, firmados por um só dos cônjuges, ainda que casados pelo regime da comunhão universal, somente responderão os bens particulares do signatário e os comuns até o limite de sua meação". Já o art. 246 do Código Civil de 1916 atribuía à 'mulher que exercer profissão lucrativa, distinta da do marido' a livre disponibilidade do produto do seu trabalho e dos bens com ele adquiridos (bens reservados), mas do seu parágrafo único, interpretado a contrario sensu, decorria um importante preceito: os bens de ambos os cônjuges respondem pelas dívidas assumidas por qualquer um deles quando contraídas: (a) para comprar as coisas necessárias à economia doméstica (art. 1.644); ou (b) no exercício da administração dos bens comuns (art. 1.663, § 1.º); ou, em geral, (c) 'para atender aos encargos da família, às despesas de administração e às decorrentes de imposição legal' (art. 1.664).
>
> A aplicação do conjunto dos preceitos normativos sobre responsabilidade patrimonial dos cônjuges desperta, no domínio processual, alguns problemas que ainda desafiam a argúcia dos doutrinadores e, especialmente, dos juízes. O primeiro deles é o que diz respeito ao ônus da prova de ter, a dívida, beneficiado ou não a família. A orientação adequada é a de que, na constância da sociedade conjugal, há de se presumir, como regra, que as dívidas assumidas por qualquer dos cônjuges o são em benefício comum do casal, de modo que cabe ao cônjuge que pretende salvar a meação o ônus de provar o contrário.

> Persiste a mesma presunção quando a dívida decorrer de aval prestado pelo cônjuge à sociedade de que fizer parte como sócio. Todavia, (a) se o aval for prestado a sociedade estranha, ou (b) se a dívida decorrer de ato ilícito praticado por um dos cônjuges, ou, ainda, (c) em se tratando de obrigação fiscal de sociedade, se a execução do cônjuge resultar da sua responsabilidade como sócio, inverte-se a situação: presume-se que a família não foi beneficiada, cabendo ao credor, que pretender responsabilizar a meação do outro cônjuge, demonstrar o contrário. A propósito, segundo a Súmula 251 do STJ, 'a meação só responde pelo ato ilícito quando o credor, na execução fiscal, provar que o enriquecimento dele resultante aproveitou ao casal. (ZAVASCKI, Teori Albino. Processo de Execução - parte geral. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. Pp. 201-203)." Destaquei.

A doutrina e Tribunais debatem quanto ao tema no que diz respeito ao ônus da prova do débito ter ou não beneficiado o grupo familiar. Para uns a esposa deve comprovar que o comprometimento financeiro do marido não veio em benefício do grupo familiar. Para outros há inversão do ônus devendo a embargada comprovar que em verdade a dívida beneficiou a mulher e familiares.

Seguindo tanto uma quanto a outra corrente, em ambos os casos as embargantes tem razão neste feito.

Ora, é fato incontroverso que a dívida decorrente de empréstimo bancário avalizado por Hermindo de David e Almiro Eusébio de David, maridos das embargantes e representado pelo cédula rural pignoratícia de número 91/01100-0, f.08/10, destinou-se à financiar o custeio agrícola de lavoura de arroz irrigado naturalmente.

Apesar da origem da dívida e a destinação dos recursos - financiamento da atividade agrícola do sobrinho, não há presunção de que ela foi contraída em benefício da entidade familiar.

A presunção de que a dívida foi contraída em favor da família, o que leva a robusta comprovação ao contrário, apenas se opera em caso de sociedade, no caso em que o sócio avaliza dívida em favor da empresa, o que não é o caso.

O aval consubstancia favor prestado à terceiros (presunção de prejuízo) e nos termos da lei, a meação da mulher não responde por dívida contraída exclusivamente pelo marido, não prosperando, dessa maneira, data vênia, a conclusão do julgador singular, de que, por serem os devedores parentes, tios e sobrinho, e terem a mesma atividade agrícola, os empréstimos teriam sido feitos em benefício da família.

Não obstante isso, há firme comprovação de que os devedores Hermindo e Almiro são médicos e sócios proprietários de um hospital na cidade de Fátima do Sul. Os depoimentos prestados durante a instrução (f.231/234), comprovam tal fato, bem como os documentos de f.385/397.

A testemunha Elmar Claver Vasoncelos Soares, inquirido às f.234, afirmou que o empréstimo foi contraído por Luiz Henrique Alberti, tendo apenas sido garantida pelos esposos das executadas.

Enfim, só a provas de que a dívida fora apenas garantida pelos executados Hermindo e Almiro, e que estes são apenas sócios em um Hospital local.

De outro norte, não há, em qualquer momento, qualquer indício de que o crédito oriundo da cédula rural executada tenha sido em favor dos avalistas, tampouco da família deles.

Assim, a dívida dos avalistas que foi levada à execução foi contraída por estes e são os únicos responsáveis por ela, não cabendo a contrição da meação das embargantes.

Assim, os bens comuns, reza o art. 3º, da Lei 4.121 de 27/08/1962, só respondem 'por títulos de dívida de qualquer natureza' do marido 'até o limite da sua meação', pelo que deve ser defendida a meação da embargante.

Nesse sentido:

> AGRAVO INTERNO EM APELAÇÃO CÍVEL. DECISÃO QUE DEU PROVIMENTO A RECURSO MANIFESTAMENTE PROCEDENTE. EMBARGOS DE TERCEIROS. PENHORA INCIDENTE SOBRE BEM COMUM DO CASAL. PRETENSÃO À EXCLUSÃO DA MEAÇÃO DA ESPOSA DO AVALISTA. INTERESSE PROCESSUAL CONFIGURADO. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA ALTERAR A DECISÃO AGRAVADA. 1) Nos termos do §3º do o cônjuge é parte legítima para defender, através dos embargos de terceiro, a posse dos bens de sua meação quando estes sofrerem turbação ou esbulho por ato de apreensão judicial em processo no qual não seja ele parte. Assim, conforme ponderado na decisão unipessoal invectivada, o débito garantido por aval, em casos em que o avalista não é sócio do avalizado, presume-se como não contraído em prol da família, cabendo, pois, ao credor fornecer prova em contrário, o que, como visto, não ocorreu na espécie. 2 - Deve ser desprovido o agravo interno que não trouxe argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. (TJGO; AC-AgRg 333921-97.2010.8.09.0130; Porangatu; Rel. Juiz Wilson Safatle Faiad; DJGO 16/01/2012; Pág. 86).
>
> APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DE TERCEIRO. PROCEDÊNCIA. CONFISSÃO DE DÍVIDA E NOTA PROMISSÓRIA. AVAL DADO EM FAVOR DE TERCEIRO. MERA LIBERALIDADE. PENHORA DE BENS DO AVALISTA. AUSÊNCIA DE BENEFÍCIO FAMILIAR. MEAÇÃO DO CÔNJUGE. RESGUARDO. AUSÊNCIA DE PROVAS DE QUE A ASSUNÇÃO DO DÉBITO TENHA BENEFICIADO A ENTIDADE FAMILIAR DO AVALISTA. ÔNUS DO CREDOR DO QUAL NÃO SE DESINCUMBIU. PRECEDENTES. SENTENÇA ESCORREITA. RECURSO DESPROVIDO. I. Tratando-se de dívida originária de aval, dado sem outorga conjugal, o qual, pela ausência de provas em contrário, foi dado por mera liberalidade do avalista, inexistindo qualquer indício de que haja liame societário entre este e o devedor principal avalizado, a meação da mulher não responde pelas dívidas do marido, pois é presumida a inexistência de benefício, com a assunção da dívida, tanto ao avalista quanto à sua entidade familiar, sendo ônus do credor demonstrar o contrário, do qual não se desincumbiu. Precedentes. II. Em razão da própria natureza do aval, a presunção, nestes embargos de terceiro, é que o empréstimo do embargado ao avalizado, sacramentado na cártula levada à execução, em nada aproveitou ao avalista, tampouco à embargante, sua esposa. Precedentes do STJ. [...] não se pode perder de vista que o contrato de fiança e, por analogia, o instituto do aval, são espécies de obrigações gratuitas, em que o fiador ou avalista assume uma carga obrigacional sem, a rigor, auferir quaisquer benefícios. Tanto é assim que o legislador, no CCB/16, tratou de impedir que o cônjuge prestasse fiança sem autorização do outro (art. 235, III), estendendo tal necessidade, no novo código, ao aval (art. 1.647, III, CCB/02), visto que, por tais atos, via de regra, coloca-se em risco o patrimônio do casal, sem, na realidade, tirar-se qualquer proveito disso em favor da sociedade conjugal. (TJPR, AP. Cível 454509-7, AC. 8828, 13ª câm. Cív., Rel. Fernando Wolff filho, p. 23/05/08). III no caso dos autos, o embargado não logrou demonstrar com provas robustas e de modo indene de dúvidas que, com a assunção da dívida, houve benefício à entidade familiar do avalista, ou a ele mesmo, de modo que de rigor o resguardo da meação do cônjuge que não anuiu à realização do aval. IV sentença mantida. Recurso desprovido. (TJPR; ApCiv 0794185-5; Rebouças; Décima Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Laertes Ferreira Gomes; DJPR 15/03/2012; Pág. 99)
>
> PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA. AVAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. CONSTRIÇÃO JUDICIAL DE BEM PERTENCENTE AO AVALISTA. AVAL EM FAVOR DE

> TERCEIRO. AUSÊNCIA DE BENEFÍCIO FAMILIAR. ÔNUS DA PROVA DO CREDOR. CÔNJUGE. DIREITO À RESERVA DE SUA MEAÇÃO. PENHORA PARCIAL DO IMÓVEL. MEAÇÃO DA ESPOSA PRESERVADA. VALIDADE DA CONSTRIÇÃO. QUE RECAI SOBRE PARTE DO LOTE RURAL PERTENCENTE AO CASAL. CONTRA-RAZÕES. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS. NÃO CONFIGURAÇÃO. PRINCÍPIO DA SUCUMBÊNCIA. DECAIMENTO RECÍPROCO E PROPORCIONAL. REDISTRIBUIÇÃO DA VERBA ARBITRADA. RECURSO DE APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Aval. Penhora. Meação do cônjuge. Consolidou-se a jurisprudência do STJ no sentido de que a meação da mulher responde pelas dívidas do marido, salvo se ela provar não terem sido assumidas em beneficio da família. Tratando-se, porém, de dívida originária de aval, que, em regra, e dado de favor, presume-se o prejuízo da mulher, especialmente quando não há liame societário entre o avalista e o devedor principal. Assim, invertese o ônus da prova em favor da embargante. 2. Validade da constrição. Permanece preservada a meação da esposa do avalista, posto que a penhora de parte do bem não alcança sua meação. A constrição efetivada foi inferior a metade do imóvel pertencente ao casal, sendo assim, pode-se dizer que recaiu exclusivamente em parte pertencente ao cônjuge executado. 3. Litigância de má-fé. Sem a comprovação do comportamento malicioso e desleal da parte, bem como da existência efetiva do dano, não há como ser reconhecida a litigância de má fé. 4. Princípio da sucumbência. A sucumbência deve ser sopesada tanto pelo aspecto quantitativo quanto pelo jurídico em que cada parte decai de suas pretensões e resistências, respectivamente impostas. (TJPR; ApCiv 0565203-9; Iretama; Décima Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Jurandyr Souza Junior; DJPR 04/05/2009; Pág. 238).

> AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE TERCEIROS. MEAÇÃO DA ESPOSA. AVAL PREJUÍZO. RECURSO IMPROVIDO. Em se tratando de aval concedido pelo marido, presume-se o prejuízo da mulher, excluindo-se a sua meação dos bens penhorados. O fato de os empréstimos terem sido concedidos a devedores que são irmãos, que exploram a mesma atividade agrícola, não configura entidade familiar e não prova que resultaram em benefícios a suas famílias. (TJMS; AgRg-AC-PEsp 2007.025551-0/0001-00; Ivinhema; Terceira Turma Cível; Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli; DJEMS 25/04/2008; Pág. 29).

Diante destas razões, dou provimento ao presente recurso de apelação para, reformando a sentença recorrida, julgar procedente o pedido inicial para excluir a meação das embargantes da penhora realizada sobre os bens imóveis penhorados como reforço para garantia da execução. Fica invertido o ônus da sucumbência.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Joenildo de Sousa Chaves, João Maria Lós e Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 11 de julho de 2012.

***

Quarta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2011.019523-1 - Dourados
Relator Des. Josué de Oliveira

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO C.C. PERDAS E DANOS – VENDA DE IMÓVEL A DUAS PESSOAS DISTINTAS – BOA-FÉ NA CELEBRAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO – AUSÊNCIA DE VÍCIOS – MANUTENÇÃO DO REGISTRO – RECURSO IMPROVIDO.

"*Se duas distintas pessoas, por escrituras diversas, comprarem o mesmo imóvel, a que primeiro levar a sua escritura a registro é que adquirirá o seu domínio. É o prêmio que a lei confere a quem foi mais diligente*." (STJ, Recurso Especial nº 1996/0051568-9).

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 10 de julho de 2012.

Des. Josué de Oliveira – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Josué de Oliveira

Davidson Marques, qualificado na Ação de Anulação de Ato Jurídico c.c. Perdas e Danos,[1] que ajuíza em face de Edmundo Lisbinski, Luiz Ademir Assis de Souza e Jacira Marta Assis de Souza, interpõe recurso de Apelação Cível contra a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido inicial para condenar os apelados a devolverem ao autor/apelante o valor que dele receberam para pagamento do imóvel, determinado pelo lote nº 08 da quadra nº 04, situado no loteamento "Chácara Trevo", a ser apurado em liquidação de sentença.

Aduz, em síntese, que: **a)** adquiriu, em 10 de setembro de 1997, por meio de Escritura Pública de Compra e Venda, devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis do Distrito de Panambi, Comarca de Dourados, MS, os imóveis objeto das matrículas nº 63.106, 63.133 e 63.167; **b)** o imóvel em discussão (objeto da matrícula 63.106) foi penhorado e posteriormente foi transferido, pelos apelados, ao Sr. Claudemi da Silva; **c)** pela análise dos autos é possível verificar que os apelados agiram com dolo e má-fé ao venderem um único imóvel, duas vezes, a pessoas distintas; **d)** o registro imobiliário é relativo e não absoluto, isso significa que uma alienação de imóvel passível de invalidação contamina as alienações subsequentes; **e)** a proteção ao comprador de boa-fé é fundamental para a segurança jurídica do contrato de compra e venda celebrado; **f)** segundo o artigo 171 do Código Civil, o negócio jurídico é anulável por vício resultante de dolo; **g)** não se deve interpretar a dura letra da lei, posto que o operador do direito

deve ter sempre como respaldo o princípio da boa-fé e buscar a justiça; **h)** é inadmissível beneficiar aquele que usou e abusou da boa fé do comprador e ainda auferiu renda; **i)** no caso, a escritura pública do Sr. Claudemi não tem nenhuma validade ou eficácia, pois trata-se de compra e venda de um imóvel já vendido anteriormente ao autor.

Requer o provimento do apelo, para reformar a sentença, a fim de que seja declarada nula a escritura pública de compra e venda lavrada às fls. 91/92 do livro nº 22 das Notas do Tabelião do Município de Jateí, Comarca de Fátima do Sul, MS, com a condenação das partes em perdas e danos.

Em contrarrazões os apelados pugnam pela confirmação da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Josué de Oliveira (Relator)

1. Dos Fatos.

Davidson Marques promoveu a presente Anulação de Ato Jurídico c.c. Perdas e Danos em face de Edmundo Lisbinski, Luiz Ademir Assis de Souza e Jacira Marta Assis de Souza, em que requereu a nulidade do registro de compra e venda do imóvel em discussão efetuado junto a matrícula nº 63.106.

Para tanto, sustentou que: **I)** adquiriu, em 10 de setembro de 1997, por meio de Escritura Pública de Compra e Venda, devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis do Distrito de Panambi, Comarca de Dourados, MS, o imóvel objeto da matrícula nº 63.106; **II)** ao tentar transferir o imóvel para o seu nome, constatou que o Sr. Luiz Ademir (2º apelado) havia transferido o imóvel para o (Sr. Claudemi da Silva); **III)** esta última transação configura ato ilícito, eis que a venda foi realizada por quem não era mais dono (Venda a *non domino*).

Devidamente citados os apelados apresentaram contestação (fls. 26-30 e fls. 68-71).

O Juiz determinou que o autor/apelante promovesse a citação de Claudemi da Silva e sua esposa Maria de Souza Sá e Silva (fl. 84).

Após a regular citação, o Sr. Claudemi da Silva e sua esposa Maria de Souza Sá e Silva apresentaram contestação às fls. 117-130, pela qual defenderam que: **1)** firmaram contrato de compra e venda do referido imóvel, o qual foi registrado na matrícula; **2)** por terem agido de boa-fé não podem responder por negócios anteriores que desconheciam completamente; **3)** imediatamente a aquisição do bem, muraram o terreno e construíram uma moega para ampliar o escritório de sua empresa que já existia no lote ao lado; **4)** a propriedade é um direito real que se constitui ou se transmite por ato entre vivos e só se adquire com o competente registro no Cartório Imobiliário; **5)** se o autor não levou sua escritura a registro é claro que ele não adquiriu a propriedade; **6)** adquiriram o bem sem saber que, antes, ele havia sido negociado com terceira pessoa. Pagaram por esse bem, receberam escritura pública revestida de todas as formalidades legais e levara a registro, tornando-se, na forma da lei, proprietários.

Colheu-se o depoimento pessoal dos apelados, Edmundo Lisbinski e Luiz Ademir Assis de Souza, e procedeu-se a oitivas testemunhas (fls. 242-246 e fls. 274-275).

As partes apresentaram memoriais.

O Ministério Público Estadual, ofertou parecer pela condenação dos requeridos ao pagamento de indenização por perdas e danos (fls. 327-330).

Em 1º de setembro de 2009, o Juiz da causa proferiu sentença, em que julgou parcialmente procedente o pedido inicial para condenar os apelados (Edmundo Lisbinski, Luiz Ademir Assis de Souza e Jacira Marta Assis de Souza) a devolverem ao autor/apelante o valor que dele receberam para pagamento do imóvel, determinado pelo lote nº 08 da quadra nº 04, situado no loteamento "Chácara Trevo", a ser apurado em liquidação de sentença.

Dessa sentença é que se recorre.

2. Mérito.

O recurso não deve ser provido.

Considerando que o Juiz de Direito, Jonas Hass Silva Júnior, titular da 5ª Vara Cível da Comarca de Dourados, MS, deu adequada solução ao caso concreto, adoto os mesmos fundamentos expostos na sentença para decidir o presente recurso, *in verbis*:

> De antemão, cumpre esclarecer que os autores não alegam a ocorrência de simulação ou vício de consentimento, pois a invalidade por eles sustentada se funda em suposta venda a non domino (por quem não é dono).
>
> É fato incontroverso que, em 10/09/1997, foi lavrada escritura pública de compra e venda de três imóveis, sendo apenas um deles objeto de discussão nestes autos, a saber, o terreno determinado pelo lote nº 08 da quadra nº 04, situado no loteamento denominado "Chácara Trevo", tendo os réus Edmundo Lisbinski, Luiz Ademir Assis de Souza e Jacira Marta Assis de Souza figurado como "outorgantes vendedores" e os autores Davidson Marques e Adoraci da Rosa Marques figurado como "outorgados compradores" (f. 08). É certo ainda que, em 15/01/2003, foi lavrada outra escritura pública de compra e venda do mesmo imóvel em que os réus Edmundo Lisbinski, Luiz Ademir Assis de Souza e Jacira Marta Assis de Souza figuraram como "outorgantes vendedores" e os réus Claudemi da Silva e Maria de Souza Sá Silva figuraram como "outorgantes compradores" (f. 133). Esta última escritura foi registrada na matrícula do imóvel em 02/09/2003 (f. 07).
>
> Como se vê, os autores não são proprietários do imóvel ora discutido, pois o que se extrai é que eles em momento algum adquiriram a propriedade do referido bem. E não a adquiriram pelo simples fato de não terem registrado na matrícula do imóvel a escritura pública de sua compra e venda, único modo capaz de transferir-lhes a titularidade do direito reclamado, por ato de vontade inter vivos.
>
> A existência de escritura pública tendo os autores como compradores e os réus Edmundo Lisbinski, Luiz Ademir Assis de Souza e Jacira Marta Assis de Souza como vendedores, sem o devido registro junto à matrícula, não torna os compradores detentores do domínio do imóvel em questão.
>
> Ora, é sabido que a aquisição de imóvel somente se perfaz mediante a transcrição do título de transferência da propriedade no registro de imóvel, a teor do art. 530 do Código Civil de 1916, correspondente ao art. 1.245, caput e parágrafo primeiro, do Novo Código Civil.
>
> Não se pode falar, assim, em nulidade ou inexistência em relação aos autores do negócio firmado entre os réus Edmundo Lisbinski, Luiz Ademir Assis de Souza e Jacira Marta Assis de Souza e os réus Claudemi da Silva e Maria de Souza Sá Silva, já que aqueles, na qualidade de legítimos proprietários do imóvel em epígrafe, podiam, perfeitamente, aliená-lo a estes.

> Nesse passo, não merece acolhimento o pedido inicial de nulidade da escritura pública de compra e venda firmada entre os réus, de f. 133, e conseqüente registro desta na matrícula do imóvel, de f. 07.
>
> Outrossim, quanto ao pedido dos autores, de perdas e danos, entendo que este deve ser acolhido para que os réus Edmundo Lisbinski, Luiz Ademir Assis de Souza e Jacira Marta Assis de Souza devolvam aos autores o valor que deles receberam para pagamento do imóvel ora discutido, determinado pelo lote nº 08 da quadra nº 04, situado no loteamento "Chácara Trevo", a fim de evitar o enriquecimento sem causa dos réus Edmundo Lisbinski, Luiz Ademir Assis de Souza e Jacira Marta Assis de Souza, e o consequente empobrecimento sem causa dos autores Davidson Marques e Adoraci da Rosa Marques.
>
> Saliente-se que os réus Claudemi da Silva e Maria de Souza Sá Silva nada têm a devolver aos autores, já que deles não receberam quantia alguma, e adquiriram o imóvel em comento de boa-fé.
>
> O valor que consta da escritura de f. 08, de R$ 7.000,00, pago pelos autores aos réus Edmundo Lisbinski, Luiz Ademir Assis de Souza e Jacira Marta Assis de Souza, refere-se aos três imóveis descritos na referida escritura. Portanto, o valor a ser devolvido por estes réus aos autores, que é referente apenas ao que foi desembolsado pelos autores para pagamento do imóvel objeto desta ação, determinado pelo lote nº 08 da quadra nº 04, situado no loteamento "Chácara Trevo", deverá ser apurado em liquidação de sentença, após o trânsito em julgado desta. (fls. 353-355).

Pelo que se observa dos autos, escorreita é a decisão do Juiz *a quo*.

Dos argumentos utilizados pelo apelante para justificar a sua pretensão, a maioria, senão todos, também servem para justificar a validade do registro efetuado pelo Sr. Claudemi da Silva e sua esposa Maria de Souza Sá e Silva, na matrícula do imóvel em discussão, uma vez que restou demonstrado nos autos que esses agiram de boa-fé na celebração do negócio jurídico.

Em nenhum momento o autor/apelante demonstrou que o Sr. Claudemi da Silva tenha agido de má-fé, quando celebrou o contrato de compra e venda do referido imóvel com os proprietários Edmundo Lisbinski, Luiz Ademir Assis de Souza e Jacira Marta Assis de Souza.

E nem há falar que o autor/apelante havia adquirido o imóvel anteriormente, pois como esclarece o juiz singular, *"os autores não são proprietários do imóvel ora discutido, pois o que se extrai é que eles em momento algum adquiriram a propriedade do referido bem. E não a adquiriram pelo simples fato de não terem registrado na matrícula do imóvel a escritura pública de sua compra e venda, único modo capaz de transferir-lhes a titularidade do direito reclamado, por ato de vontade inter vivos."* (fl. 353).

Portanto, não existindo vício que macule o registro da compra e venda efetuado na matrícula do imóvel em discussão, correto se mostra o indeferimento do pedido de anulação do ato jurídico, que se mostra perfeito e acabado.

Nesse sentido bem expôs a Procuradoria-Geral de Justiça, conforme se observa a seguir:

> Extrai-se dos autos que o apelante pretende a anulação da compra e venda realizada por Edmundo Lisbinski, Luis Ademir de Assis e Jacira Marta de Assis, ao Senhor Claudemi da Silva, por entender tratar-se de venda a non domino.
>
> Verifica-se que laborou com acerto o MM. Juiz de primeiro grau, pois é incontroverso que o autor apesar de ter adquirido o imóvel objeto do presente feito em 10.09.1997 não cuidou de levar o ato ao registro.

> Dessa forma, ao contrário do que acredita o autor ele não é proprietário do imóvel objeto da presente demanda, isso porque o autor sequer chegou a adquirir a propriedade do referido bem.
>
> O Código Civil atual dispõe expressamente em seu art. 1.227 que 'os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por ato entre vivos, só se adquire com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247)'.
>
> [...]
>
> Salienta-se inclusive que o senhor Claudemi e a senhora Maria agiram sempre de boa-fé, não havendo sequer menção a qualquer vício que macule a conduta de ambos.
>
> Portanto, não há que se falar em nulidade da compra e venda firmada entre os réus, é este o entendimento do Conspícuo Superior Tribunal de Justiça, com se afere na seguinte ementa:
>
> CIVIL. VENDA DE IMÓVEL A DUAS PESSOAS DISTINTAS. ANULAÇÃO DE ESCRITURA E DO REGISTRO. IMPROCEDÊNCIA.
>
> É só e só circunstância de ter havido boa-fé do comprador não induza que se anule o registro de outra escritura de compra e venda em que o mesmo imóvel foi vendido a uma terceira pessoa que o adquiriu também de boa-fé.
>
> Se duas distintas pessoas, por escrituras diversas, comprarem o mesmo imóvel, a que primeiro levar a sua escritura a registro é que adquirirá o seu domínio. É o prêmio que a lei confere a quem foi mais diligente. (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1996/0051568-9. Relator Ministro César Asfor Rocha, DJ: 04/09/2000). (fls. 413-416).

3. Conclusão.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação cível, e **nego-lhe** provimento, para manter a sentença recorrida inalterada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Josué de Oliveira.

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

Campo Grande, 10 de julho de 2012.

***

Quarta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2011.027549-8 - Ponta Porã
Relator Des. Josué de Oliveira

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE DEPÓSITO – PROVA CONTRATO ESCRITO – ARMAZENAMENTO DE BEM FUNGÍVEL – DEPÓSITO CLÁSSICO – VIA ADEQUADA – DEBITOS – RECURSO IMPROVIDO.

1. A lei não exige que a inicial da ação de depósito esteja instruída com a prova do contrato escrito, podendo o negócio jurídico ser provado por outros meios. No caso, notas fiscais.

2. A ação de depósito é sim meio hábil para se exigir a entrega dos produtos fungíveis depositados em armazém (Depósito Clássico).

3. Na espécie, a existência de débitos, não pagos pelo autor/apelado, referente às despesas decorrentes do depósito do produto em armazém da apelante, não importa em improcedência do pedido de entrega dos bens depositados, tendo em vista que a recorrente poderá utilizar-se de outros meios para cobrar o suposto débito.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 17 de julho de 2012.

Des. Josué de Oliveira – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Josué de Oliveira

COOAGRI – Cooperativa Agropecuária e Industrial, devidamente qualificada na Ação de Depósito,[1] que lhe ajuíza Veríssimo Luiz Schwerz, interpõe recurso de apelação cível em face da sentença que julgou procedente o pedido formulado na inicial, nos termos dos artigos 901 e 904 do Código de Processo Civil, ressalvada a impossibilidade de prisão; tornou definitiva a apreensão liminar, consolidando nas mão do autor/apelado a propriedade e a posse plena e exclusiva dos produtos apreendidos; e extinguiu o feito, com resolução do mérito, com fulcro no artigo 269, I, do Código de Processo Civil.

Alega, em síntese, que: **a)** é inadequada a via eleita no caso de ajuizamento de ação de depósito sem a apresentação do contrato de depósito; **b)** outros documentos, tais como extratos ou notas fiscais de qualquer espécie, ou ainda instrumentos apócrifos ou assinados por funcionários sem poderes para comprometer a recorrente, não são capazes de suprir a ausência de apresentação do contrato de depósito, que neste caso foi omitido pela parte apelada; **c)** o autor/apelado é carecedor da ação, uma vez que a natureza fungível do bem depositado (Soja) submete a hipótese às regras do mútuo, afastando totalmente o cabimento da ação

de depósito; **d)** não há nenhum tipo de contradição em sua defesa, mas sim argumentos subsidiários em que afirma que não se recusou a devolver o produto depositado em seus armazéns; **e)** mesmo que tivesse se recusado a entregar o produto, objeto desta ação, tal conduta não pode ser considerada injusta ou ilegal, uma vez que a parte autora não comprovou o pagamento das despesas de armazenagem; **f)** cabia exclusivamente a parte recorrida demonstrar que efetuou o pagamento das taxas, até mesmo porque trata-se de afirmação negativa; **g)** este Egrégio Tribunal de Justiça já deixou assentado que não pode alguém reivindicar um direito se não demonstra o cumprimento de sua parte no contrato.

Requer o conhecimento e o provimento do recurso de apelação cível, para que seja extinto o processo, sem resolução do mérito, em face da ausência de interesse de agir da recorrida, ou, que seja julgado improcedente o pedido formulado na inicial.

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo, assim como foi deferido, provisoriamente, à apelante os benefícios da justiça gratuita (fls. 119).

VOTO (EM 10.7.2012)

O Sr. Des. Josué de Oliveira (Relator)

1. Narração dos fatos.

Colhe-se dos autos que, em 09 de outubro de 2008, o apelado ajuizou a presente Ação de Depósito em face da Cooperativa/apelante, visando obrigar a apelante a lhe devolver, definitivamente, 130 sacas de sementes de sojas que havia depositado em seu armazém.

Devidamente citada, a Cooperativa/apelante apresentou contestação (fls. 41-60).

Na data de 09 de março de 2011, o Juiz *a quo* proferiu sentença, na qual julgou procedente o pedido formulado na inicial, nos termos dos artigos 901 e 904 do Código de Processo Civil, ressalvada a impossibilidade de prisão; tornou definitiva a apreensão liminar, consolidando nas mão do autor/apelado a propriedade e a posse plena e exclusiva dos produtos apreendidos; e extinguiu o feito, com resolução do mérito, com fulcro no artigo 269, I, do Código de Processo Civil.

2. Mérito.

O recurso não deve ser provido.

Considerando que o Juiz de Direito, Mauro Nering Karloh, titular da 2ª Vara Cível da Comarca de Ponta Porã, deu adequada solução ao caso concreto, adoto os mesmos fundamentos expostos na sentença para decidir o presente recurso, *in verbis*:

> Das preliminares:
>
> No tocante à falta de interesse processual, eis que ausente contrato de depósito, o que inviabilizaria a adoção desta ação especial, tenho não assistir razão à parte ré.
>
> A este respeito, consigno que o STJ, mormente sua 4ª Turma, vem constantemente reiterando tal desnecessidade, como se deu no Resp 2.579/RS, de lavra do eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, em que a ementa, em parte, ficou assim redigida:
>
> "[...] 3. A lei não exige que a inicial da ação de depósito esteja instruída com a prova do contrato escrito".

Aliás, de tal acórdão reputo conveniente transcrever parte da fundamentação utilizada. Veja-se:

"Não há tal exigência na lei, chegando a doutrina majoritária, firme na distinção entre documento ad solenitatem e documento ad probationem, a afirmar que o depósito existe tenha ou não prova escrita. Como doutrina o talentoso Ernane Fidelis dos Santos, em seus Comentários, pela Forense, invocando Clóvis, Pontes e Serpa Lopes, 'para sua prova é que se exige o escrito', 'pois o que informa a sua realidade é exclusivamente a entrega da coisa para a guarda', lição da qual, acrescente-se, não discrepam Furtado Fabricio, Theotônio Negrão (citando RT 591/129), Couto e Silva, Sahione Fadel e Nelson Hanada, dentre outros" (destaques no original).

Do mesmo modo, quanto ao fato de a coisa depositada ser fungível, isso não se constitui em óbice para a utilização desta especial ação de depósito, já que a armazenagem de bem fungível se caracteriza em depósito, mormente quando, como no caso dos autos, feita em empresa que possui tal destinação social, sem qualquer vinculação a financiamento (Decreto 1.102/1903).

Assim, é plenamente viável a utilização da ação de depósito para compelir a empresa ré ao cumprimento da sua obrigação de devolver as coisas depositadas, mesmo sendo fungíveis, já tendo o STJ, novamente, firmado tal posição em diversas oportunidade.

Em caso símile, relatado pelo Min. Ari Pargendler, assim se pronunciou tal Corte Superior:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE DEPÓSITO. ADEQUAÇÃO. ARMAZENAGEM DE BEM FUNGÍVEL. "A ação de depósito é adequada para o cumprimento da obrigação de devolver coisas fungíveis, objeto de contrato de depósito clássico, ainda que seja o irregular, e não o propriamente dito" (REsp nº 210.674, RS, Relator Ministro César Asfor Rocha, DJ de 27.03.2000). Agravo regimental não provido. (STJ, 3ª Turma, AgRg no Recurso Especial nº 430.849 – RS (2002/0046115-7), Rel. Min. Ari Pargendler, J. 12/08/2008)

Por fim, trago à colação outro acórdão do STJ, no qual foram tratadas estas duas preliminares:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE DEPÓSITO. ADEQUAÇÃO. CONTRATO DE DEPÓSITO CLÁSSICO. DEPÓSITO IRREGULAR. COISAS FUNGÍVEIS. DISPENSABILIDADE DA PROVA DO CONTRATO ACOMPANHANDO A INICIAL.

1. [...]

2. É dispensável, para o aforamento da ação de depósito, que a inicial venha acompanhada com a prova do contrato escrito.

3. O art. 1.280 do Código Civil, ao pontificar que o depósito de coisas fungíveis "regular-se-á pelo disposto acerca do mútuo", não leva à conclusão que o depósito irregular e o mútuo tenham a mesma identidade.

"Dentre as regras jurídicas sobre o mútuo, que o Código Civil diz intocáveis a respeito do depósito irregular,[...] Somente podem incidir, a propósito do contrato de depósito irregular e dos seus efeitos, o que não se choque com o conceito de depósito. Faltou, evidentemente, ao art. 1.280, mas subentende-se, o usual no que for aplicável' (Pontes de Miranda).

A ação de depósito é adequada para o cumprimento da obrigação de devolver coisas fungíveis, objeto de contrato de depósito clássico, ainda que seja o irregular, e não

> o propriamente dito. (STJ, 4ª Turma, REsp nº 50.830/PR, recurso Especial 94/0020253-9, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, J. 07/10/1997, DJ 23/03/1998 pág. 112, RDJTJDFT vol. 57 p. 199, RSTJ vol. 106 p. 313)
>
> Rejeito, pois, as prefaciais suscitadas, apenas ressaltando, por oportuno, que o fato de o julgado acima referir-se ao art. 1.280 do CC/1916 não se constitui em óbice para sua utilização como razão de decidir neste momento, já que o art. 645, do CC/2002, praticamente repete, ipsis literis, a redação do artigo revogado.
>
> No mérito, melhor sorte não assiste à defesa, batendo-se ela precipuamente no fato de não ter se recusado a devolver o produto, inexistindo inadimplência sua, sendo que o autor não teriam comprovado o pagamento das despesas do depósito, originando-lhe o direito de reter o produto.
>
> Antes, porém, consigno que o depósito dos produtos mencionados na inicial junto a empresa ré, além de bem comprovado pelas notas fiscais de fls. 10 e 11 da cautelar em apenso, extrai-se da própria peça de Defesa, pois ao asseverar "que a parte autora não comprovou o pagamento das despesas ocorridas com relação ao depósito, muito menos da remuneração devida à ré, dentre elas a taxa de armazenagem e retirada" (fl. 51), acabou por confessando o recebimento, em seus armazéns, do produto objeto deste pedido, tornando-se tal situação, assim, incontroversa.
>
> No que pertine ao fato de não ter se recusado a devolver o produto, inexistindo inadimplência sua, a alegação conflita com os próprios termos da defesa, onde alega que os produtores passaram a exigir a restituição de seus produtos, "impossibilitando a devolução na forma regular" (fl. 51, item D5).
>
> Evidente, portanto, que a ré quedou-se inadimplente, porquanto tinha a obrigação de restituir a coisa recebida em depósito, assim não o fazendo, cabendo apreciar, todavia, a justificativa para sua conduta, ao mencionar que o autor não teria comprovado o pagamento das despesas do depósito, originando-lhe o direito de reter o produto.
>
> No ponto, também não há razão para a irresignação defensiva, eis que além de não demonstrada pela ré tal situação, ônus que era seu, na medida em que se constitui em fato impeditivo do direito dos autores (CPC, art. 333, II), é evidente que bastaria restituir o produto almejado, descontados os valores correspondentes às despesas contratadas entre as partes, desde que existentes (repito, não houve comprovação delas pela parte ré).
>
> Assim, a procedência do pedido é medida que se impõe, ressaltando apenas, contudo, que a possibilidade de prisão realmente não tem mais cabimento, ante a adoção do Pacto de São José da Costa Rica como regra. (fls. 364-370).

Como bem salientou o Juiz *a quo*, entendo que *"a lei não exige que a inicial da ação de depósito esteja instruída com a prova do contrato escrito."*

De fato, no presente caso, as notas fiscais juntadas na ação cautelar provaram o efetivo depósito dos produtos mencionados na inicial junto à Cooperativa/apelante.

Ademais, em nenhum momento, a Cooperativa/apelante, nega que o autor/apelado tenha depositado em seu armazém a quantia de 130 sacas de soja, chegando a afirmar, na contestação, que *"longe de haver se recusado a entregar **os produtos que mantinha em depósito**, a requerida apenas e tão somente não conseguiu promover no prazo solicitado, o qual foi exíguo"*, e que *"a parte autora não comprovou o pagamento das **despesas ocorridas com relação ao depósito**, muito menos da remuneração devida à ré, dentre elas a taxa de armazenagem e retirada"* (fl. 51).

Por outro lado, ao contrário do que afirma a Cooperativa/apelante, a ação de depósito é sim meio hábil para se exigir a entrega dos produtos fungíveis depositados em armazém da apelante, conforme precedente do Superior Tribunal de Justiça, a seguir:

> RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL. DEPÓSITO DE ARROZ EM ARMAZÉM GERAL. PRODUTO VINCULADO A EMPRÉSTIMO DO GOVERNO FEDERAL - EGF. CABIMENTO DA AÇÃO DE DEPÓSITO. PRECEDENTES.
>
> 1. A falta do prequestionamento explícito não prejudica o exame do recurso especial, uma vez que a jurisprudência desta Corte é uníssona em admitir o prequestionamento implícito. Precedentes.
>
> 2. No caso, uma vez depositada a mercadoria adquirida de diversos produtores rurais (arroz em casca ensacado) em armazém geral, cuja atividade social é exatamente a guarda de produtos dessa natureza, cabível a ação de depósito para obrigar a sua entrega ou o pagamento do equivalente em dinheiro. Precedentes.
>
> 3. Recurso especial provido. (REsp 783.471/GO, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 25/03/2011). (Destaquei).

Com relação à existência de débitos não pagos pelo autor/apelado, referente às despesas decorrentes do depósito do produto em armazém da apelante, é certo que tal circunstância não importa em reforma da sentença, tendo em vista que a recorrente poderá utilizar-se de outros meios legais para cobrar o suposto débito.

3. Conclusão.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação cível, e nego-lhe provimento, para manter a sentença recorrida inalterada.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO REVISOR (DES. PASCHOAL CARMELLO LEANDRO), APÓS O RELATOR NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO. O VOGAL AGUARDA.

VOTO (EM 17.7.2012)

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Revisor).

Após detida análise dos autos, acompanho o relator.

Em situação semelhante já deixei ementado:

> EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE DEPÓSITO – AGRAVOS RETIDOS – IMPROVIDOS - DEPÓSITO IRREGULAR – BEM FUNGÍVEL – PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL – AFASTADA – AUSÊNCIA DO INSTRUMENTO CONTRATUAL – PROVA SUPRIDA POR OUTROS MEIOS PROBATÓRIOS – ALEGAÇÃO DE DESPESAS FEITAS COM A COISA DEPOSITADA – NÃO COMPROVADA – ÔNUS DA DEPOSITÁRIA – APLICAÇÃO DO ART. 333, INCISO II, DO CPC – RECURSO IMPROVIDO.
>
> E cabível a ação de depósito em caso de depósito de bem fungível e consumível.
>
> Malgrado o art. 646 do Código Civil prescrever que o depósito voluntário se comprova por escrito, tal prova poderá ser suprida por outros meios probatórios.

> Cabe ao depositário provar nos autos as despesas realizadas com a conservação da coisa depositada, sob pena de suportar a regra do ônus das prova, prevista no art. 333, inciso II, do Código de Processo Civil.

Diante do exposto, nos termos do voto do relator, nego provimento ao recurso.

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

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Josué de Oliveira.

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

Campo Grande, 17 de julho de 2012.

***

Quarta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2011.031425-7 - Ponta Porã
Relator Des. Josué de Oliveira

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – IMÓVEL GRAVADO DE HIPOTECA – GARANTIA REAL – DESCONSTITUIÇÃO DA PENHORA AFASTADA – ART. 30 DA LEI DE EXECUÇÃO FISCAL – NEGADO PROVIMENTO.

Na espécie o bem gravado com hipoteca pode ser penhorado para satisfazer o débito fiscal, conforme estabelece o artigo 30 da Lei de Execução Fiscal.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 10 de julho de 2012.

Des. Josué de Oliveira – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Josué de Oliveira

Fundação dos Economiários Federais – FUNCEF apela da sentença que julgou improcedente o pedido formulado em Embargos de Terceiro, ajuizados em face do Município de Ponta Porã, MS.

Alega, em síntese, que: a) ao contrário do que consta na sentença, juntou aos autos 2 (duas) matrículas de imóveis em nome da Sra. Rosângela Custódio dos Santos, demonstrando a solvabilidade da devedora; b) havendo outros bens livre e desembargados, a penhora efetivada sobre o bem, objeto de garantia real, deve ser desconstituída; c) se é certo que o crédito tributário possui preferência sobre qualquer outro crédito, também é certo e indiscutível na jurisprudência que se o Credor com garantia real apresenta outros bens livres e desembaraçados, que baste para à satisfação do crédito tributário, o bem garantidor da sua dívida deve ser excluído da constrição judicial; d) o credor hipotecário, pignoratício e anticrético, também se legitima a embargar, a teor do que dispõe expressamente o artigo 1.047, II do Código de Processo Civil.

Requer o conhecimento e provimento do recurso, para que seja reformada a sentença, a fim de tornar insubsistente a penhora realizada nos autos da execução fiscal que recaiu sobre o bem objeto de garantia real, realizada anteriormente à constituição do crédito tributário.

Em contrarrazões, o apelado pugna pela manutenção da sentença recorrida.

VOTO

O Sr. Des. Josué de Oliveira (Relator)

1. Fatos.

Trata-se de embargos de terceiro, ajuizado pela Fundação/apelante contra o Município/apelado, pelo qual visa, a apelante, tornar insubsistente a penhora realizada nos autos da execução fiscal, que o Município/apelado move em face de Rosangela Custódio dos Santos.

Para tanto, afirma na inicial dos embargos que o bem contristado possui hipoteca a seu favor, referente à Escritura Pública de Compra e Venda de Terreno, mútuo com pacto adjeto de hipoteca e outras obrigações, referente a um financiamento habitacional.

Na data de 21 de janeiro de 2008, o Juiz determinou que a fundação/apelante indicasse a existência de outros bens em nome da executada, para demonstrar ser o devedor solvente (fl. 34).

A apelante juntou aos autos, comprovante da existência de 2 (duas) matriculas de imóveis, em nome da executada Rosângela Custódio dos Santos.

Devidamente citado o Município apresentou impugnação.

Em sentença, a Juíza da causa julgou improcedente o pedido formulado pela autora.

Dessa decisão é que se recorre.

Considerando que a Juíza de Direito, Liliana de Oliveira Monteiro, titular da 3ª Vara Cível da Comarca de Ponta Porã, MS, deu adequada solução ao caso concreto, adoto os mesmos fundamentos expostos na sentença para decidir o presente recurso, *in verbis*:

> Como cediço, o meio processual próprio para a defesa do proprietário alheio à relação processual que tem seus bens constritos em execução da qual não é parte são os embargos de terceiro (CPC, art. 1046).
>
> Nesse sentido, leciona Vicente Greco Filho que "os embargos de terceiro nada mais são do que uma ação de "procedimento especial de jurisdição contenciosa, que tem 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 (in, Direito Processual Civil Brasileiro, 16 ed. São Paulo: saraiva, p. 254-255).
>
> No caso em comento, o embargante fundamenta seu pedido na condição de credor hipotecário, afirmando que tal fato obsta a constrição judicial que recaiu sobre os bens.
>
> Inobstante os argumentos contidos na inicial, tal tese não prevalece.
>
> Primeiro, porque o credor hipotecário só pode intentar embargos de terceiro para obstar eventual alienação do bem constritado, quando demonstrar que o devedor possui outros bens livres para garantir a dívida. Caso contrário, só lhe será permitido discutir a preferência de pagamento em eventual concurso de credores.
>
> E na hipótese, o embargante não se desincumbiu desse ônus, pois os documentos que apresentou (f. 49/56), sequer apontam a solvabilidade do executado.

> Segundo, porque nos termos que dispõe o art. 186 do Código Tributário Nacional, o crédito tributário prefere a qualquer outro, independentemente de sua natureza ou do tempo de sua constituição, com exceção dos créditos trabalhistas. É essa, aliás, a regra contida no art. 711 do CPC. A constituição de hipoteca não impede, portanto, a penhora nem é oponível ao Fisco.
>
> Por fim, levando em conta a natureza da obrigação tributária (propter rem"), é certo que a penhora pode se efetivar sobre os imóveis, pois a dívida decorrente do IPTU é daquelas que acompanham a coisa.
>
> Assim, se o embargante pretende discutir a preferência de pagamento de seu crédito, deverá fazê-lo na pela via própria e no momento oportuno, não se constituindo os embargos de terceiro na medida processual adequada para tanto. (fls. 93-95).

Escorreita se mostra a sentença apelada.

O fato de o imóvel, em nome da executada, Rosângela Custódio dos Santos, encontrar-se gravado de hipoteca, em favor da Fundação/apelante, não impede que o bem seja penhorado para satisfazer o débito fiscal do Município/apelado.

É o que estabelece o artigo 30 da Lei 6830/80 (Lei de Execução Fiscal):

> Art. 30 - Sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei, responde pelo pagamento da Divida Ativa da Fazenda Pública a totalidade dos bens e das rendas, de qualquer origem ou natureza, do sujeito passivo, seu espólio ou sua massa, inclusive os gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, seja qual for a data da constituição do ônus ou da cláusula, excetuados unicamente os bens e rendas que a lei declara absolutamente impenhoráveis.

No mesmo sentido, assim versa o artigo 184 do Código Tributário Nacional, *in limine*:

> Art. 184. Sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei, responde pelo pagamento do crédito tributário a totalidade dos bens e das rendas, de qualquer origem ou natureza, do sujeito passivo, seu espólio ou sua massa falida, inclusive os gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, seja qual for a data da constituição do ônus ou da cláusula, excetuados unicamente os bens e rendas que a lei declare absolutamente impenhoráveis.

A jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça, firmou entendimento de ser possível a penhora de bens gravados de hipoteca nos casos de créditos sujeitos a cobrança via execução fiscal, até mesmo quando as hipotecas são constituídas por cédulas de crédito rural, industrial e comercial (uma vez que nessas hipóteses, há lei específica que impõe a impenhorabilidade do bem gravado de hipoteca), conforme se observa dos arestos a seguir:

> TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA DE BEM VINCULADO A CÉDULAS DE CRÉDITO INDUSTRIAL E COMERCIAL. CABIMENTO. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DOS EMBARGOS.
>
> 1. A Primeira Seção desta Corte firmou sua jurisprudência no sentido de que "os bens gravados com hipoteca oriunda de cédula de crédito podem ser penhorados para satisfazer o débito fiscal" (REsp 222.142/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 29.11.1999).

> Isso porque a impenhorabilidade de que trata o art. 57 do Decreto-Lei 413/69 não é absoluta, cedendo à preferência concedida ao crédito tributário pelo art. 184 do CTN.
>
> 2. Recurso especial provido." (REsp 1117706/MS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 28/09/2010).
>
> RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PENHORA DE BEM OBJETO DE GARANTIA DE CÉDULA COMERCIAL. IMPENHORABILIDADE RELATIVA. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PREFERÊNCIA. ARTS. 184 E 186 DO CTN. RECURSO PROVIDO.
>
> 1. Este Superior Tribunal de Justiça consagrou entendimento no sentido de que "os bens gravados com hipoteca oriunda de cédula de crédito podem ser penhorados para satisfazer o débito fiscal" (REsp 222.142/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 29.11.1999).
>
> Isso porque a impenhorabilidade de que trata o art. 57 do Decreto-Lei 413/69 não é absoluta, cedendo à preferência concedida ao crédito tributário pelo art. 184 do CTN.
>
> 2. "O privilégio constante de tal preceito, segundo o qual o detentor da garantia real tem preferência sobre os demais credores na arrematação do bem vinculado à hipoteca, é inoponível ao crédito fiscal. Além disso, de acordo com o artigo 186 do Código Tributário Nacional, o crédito tributário goza de preferência sobre os demais, à exceção dos de natureza trabalhista. A Fazenda Pública não participa de concurso, tendo prelação no recebimento do produto da venda judicial do bem penhorado, ainda que esta alienação seja levada a efeito em autos de execução diversa". Ademais, "é firme a orientação desta Corte no sentido de que a impenhorabilidade dos bens vinculados a cédula industrial não se opõe aos créditos tributários, tendo em vista que a hipótese prevista no art. 57 do Decreto-Lei 413/69 não se inclui na ressalva do art. 184 do CTN. Com efeito, tendo o Código Tributário Nacional status de lei complementar, suas disposições prevalecem sobre a disposição do referido Decreto, não podendo a impenhorabilidade que prescreve prevalecer sobre as regras contidas no primeiro, sob pena de violação do princípio da hierarquia das leis" (REsp 672.029/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 16.5.2005).
>
> 3. Recurso especial provido. (REsp 681.402/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/08/2007, DJ 17/09/2007, p. 211)

Igualmente ao que expôs a juíza, entendo que seria possível a substituição da penhora, caso o embargante tivesse comprovado a existência de outros bens em nome da executada.

Na espécie, embora a Fundação tenha afirmado, nas razões recursais, que havia juntado prova da existência de duas matrículas de imóveis em nome da executada, observa-se que um dos imóveis se refere ao próprio bem penhorado, enquanto que o outro também se encontra gravado de hipoteca, em favor dela.

Portanto, inexistem motivos plausíveis para desconstituir a penhora realizada nos autos da Execução Fiscal que o Município move em face de Rosângela Custódio dos Santos.

Ante o exposto, conheço do recurso, mas **nego-lhe** provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Josué de Oliveira.

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

Campo Grande, 10 de julho de 2012.

***

Quarta Seção Cível
Mandado de Segurança n. 2012.011968-1 - Tribunal de Justiça
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINARES – ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM E AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA – REJEITADAS – MÉRITO – IMPORTAÇÃO DE AERONAVE COM ARRENDAMENTO MERCANTIL – ICMS – NÃO INCIDÊNCIA - INEXISTÊNCIA DA OPÇÃO DE COMPRA E VENDA – CONDENAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA EM DEVOLUÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS ADIANTADAS PELA IMPETRANTE – POSSIBILIDADE – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – INCABÍVEL – SEGURANÇA CONCEDIDA.

Se o Secretário de Fazenda encampa a causa, defendendo o mérito do ato coator, cristaliza-se a pertinência subjetiva para figurar no *mandamus*.

Afasta-se a preliminar de ausência de prova pré-constituída, uma vez que as provas carreadas aos autos pelos impetrantes demonstram de plano, a existência de direito líquido e certo, revelando-se, assim, suficientes à demonstração do direito invocado.

A Primeira Seção, em 24/3/2010, quando do julgamento do Recurso Especial repetitivo n. 1.131.718/SP, da relatoria do Ministro Luiz Fux, ratificou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não incide ICMS na importação de aeronaves sob o regime de arrendamento mercantil (leasing).

Em consonância com a jurisprudência do STF, não constitui fato gerador de ICMS a importação de aeronave mediante arrendamento mercantil (leasing) sem que haja efetiva circulação de mercadoria, ante a inexistência da transferência de titularidade.

Sucumbente a Fazenda Pública, deverá ressarcir a impetrante das despesas processuais por ela adiantadas.

Não cabe, no processo de mandado de segurança, a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios. (art. 25, da Lei 12.016/2009 e Súmulas nº 512 do STF e 105 do STJ).

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, rejeitar as preliminares, no mérito, conceder a segurança, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 23 de julho de 2012.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

FSW Agro-Pecuária S.A., impetra o presente mandado de segurança preventivo com pedido de liminar contra ato perpetrado pelo Secretário (a) de Estado de Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul com a pretensão de que seja suspensa a exigibilidade do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços eventualmente incidente sobre qualquer das etapas da operação de arrendamento internacional da Aeronave Bombardier Challenger 300, modelo BD-100-1A10, ano fabricação 2012, com número de série do fabricante 20339, e marca registro PR-FMW (reservada na ANAC), motores Honeywell HTF7000, nºs de série p118824 e p118822, APU Honeywell, modelo 36-150BD, nº de série P-452, uma vez que inexiste opção de compra da aeronave.

Afirma que a autoridade coatora vem reiteradamente exigindo o recolhimento do (ICMS) sobre as operações de arrendamento mercantil internacional (*leasing* internacional), mesmo na modalidade operacional (sem opção de compra – simples aluguel) a despeito do fato dessa modalidade de operação não se subsumir ao fato gerador do referido imposto, motivo pelo qual requer a concessão de liminar para a suspensão dessa exigibilidade.

Sustenta que a Lei Complementar n.º 87/96 (Lei Kandir) que regulamenta o ICMS, no artigo 3º, inciso VIII e da mesma forma, o artigo 7º, XII, da Lei Estadual n.º 1.810/97, não fazem qualquer distinção quanto ao fato da procedência do bem objeto de arrendamento mercantil ser nacional ou estrangeira, bem como faz clara divisão acerca da natureza do negócio que é ou não fato gerador do tributo, ou seja, sendo o arrendamento na modalidade de simples locação (sem a opção de compra do bem), o imposto é indevido.

Argumenta que sendo a operação de arrendamento mercantil o negócio jurídico que dá ensejo à transferência da posse do bem, não incide ICMS sobre tal negócio, independentemente, da origem desse bem, posto que a hipótese de não incidência do imposto é taxativo nas normas supra mencionadas.

Assenta ainda que a previsão contida no artigo 2º, §1º, inciso I, da Lei Complementar n.º 87/96, artigo esse que recebeu a mesma redação da Emenda Constitucional n.º 33/01, pretende assegurar a incidência do ICMS sobre a mercadoria importada, qualquer que seja sua destinação, ou seja, quando destinada à atividade fim ou quando empregada em atividade de apoio do importador, entretanto, tal dispositivo não se aplica no presente caso em que não há circulação de mercadoria.

Assegura que o ato de exigir o ICMS nessas operações afronta o princípio da igualdade tributária e o da especialidade.

Salienta que o Estado de Mato Grosso do Sul editou a lei n.º 2.534/02, com base na alteração do art. 155, § 2º, IX, da Constituição Federal introduzida pela EC 33/01, antes da edição da LC n.º 114/02, ensejando em sua inconstitucionalidade.

Alega assim, estarem presentes os requisitos autorizadores, motivo pelo qual roga pela concessão da liminar *inaudita altera parts* para a suspensão da exigibilidade do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços eventualmente incidente sobre qualquer das etapas da operação de arrendamento mercantil internacional de aeronave.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 27-189 TJ/MS.

A liminar foi deferida (fls. 191-195 TJ/MS).

O impetrante pediu desistência e, posteriormente, rogou pelo prosseguimento do feito. (fls. 197-198; 202 e 209).

O Secretário de Estado de Fazenda do Mato Grosso do Sul, ao se manifestar sobre o presente *mandamus*, suscita, preliminarmente, pelo deferimento do pedido de ingresso do Estado de MS na qualidade de litisconsorte passivo, uma vez que irá sofrer os efeitos das decisões que serão proferidas pelo Poder Judiciário nesse *writ*.

Ainda em preliminar, suscita a ilegitimidade passiva *ad causam* e a ausência de prova pré-constituída.

No mérito, salienta que a regra de incidência do ICMS na importação independe da natureza da operação, sendo que a regra de não-incidência do inc. VIII, do art. 3º, da LC n.º 87/96 tem âmbito de aplicação restrito aos casos de leasing ocorridos em operações internas, não de importação.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo não acolhimento das preliminares e, no mérito pelo conhecimento do *mandamus* e concessão da segurança pleiteada.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator)

Trata-se de Mandado de Segurança preventivo com pedido de liminar impetrado por FSW Agro-Pecuária S.A. contra ato perpetrado pelo Secretário (a) de Estado de Fazenda do Estado de Mato Grosso do Sul com a pretensão de que seja suspensa a exigibilidade do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços eventualmente incidente sobre qualquer das etapas da operação de arrendamento internacional da Aeronave Bombardier Challenger 300, modelo BD-100-1A10, ano fabricação 2012, com número de série do fabricante 20339, e marca registro PR-FMW (reservada na ANAC), motores Honeywell HTF7000, nºs de série p118824 e p118822, APU Honeywell, modelo 36-150BD, nº de série P-452, uma vez que inexiste opção de compra da aeronave.

Inicialmente, defiro o ingresso do Estado de Mato Grosso do Sul na condição de litisconsorte passivo necessário e, assim passo a apreciar as preliminares suscitadas pelo impetrado.

PRELIMINARES

A – ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA.

Afirma que é flagrante a ilegitimidade passiva do Secretário de Estado de Fazenda, pois os atos administrativos da Fiscalização Tributária são da competência funcional dos servidores públicos avocados em concurso público para tais funções, além de inexistir norma legal que determine a avocação desses atos fiscais ao Secretário.

Primeiramente, ressalto que o presente *mandamus* foi manejado de forma preventiva, ou seja, a liminar foi deferida sem que existisse qualquer ato concreto (auto de infração) apto a identificar a autoridade coatora (fiscal tributário).

Ainda que assim não fosse, se o Secretário de Fazenda encampa a causa, defendendo o mérito do ato coator, cristaliza-se a pertinência subjetiva para figurar no *mandamus*.

A doutrina abalizada nos revela que:

> Coator é a autoridade superior que pratica ou ordena concretamente e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado e responde pelas suas conseqüência administrativas; executor é o agente subordinado que cumpre a ordem por dever hierárquico, sem se responsabilizar por ela. Exemplificando: numa imposição fiscal ilegal, atacável por mandado de segurança, o coator não é nem o Ministro ou o Secretário da Fazenda que expede instruções para a arrecadação de tributos, nem o funcionário subalterno que cientifica o contribuinte da exigência tributária; o coator é o chefe do serviço que arrecada o tributo e impõe sanções fiscais respectivas, usando o seu poder de decisão (Hely Lopes Meirelles, in "Mandado de Segurança, Ação Popular,[...]", 28ª ED., atualizada por Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, Malheiros Editores, São Paulo, 2005, pág. 63)

A propósito:

> MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM – TEORIA DA ENCAMPAÇÃO – AFASTADA – MÉRITO – APREENSÃO DE MERCADORIAS PELO FISCO ESTADUAL – LIBERAÇÃO CONDICIONADA AO RECOLHIMENTO DOS TRIBUTOS DEVIDOS – ILEGALIDADE – CONFRONTO COM A SÚMULA N. 323, DO STF – SEGURANÇA CONCEDIDA. Se a autoridade apontada como coatora, ao prestar informações, adentra no mérito da causa e defende a legalidade do ato, passa ela a ter legitimidade para figurar no pólo passivo do mandamus, por aplicação da teoria da encampação. [...] (Mandado de Segurança n.º 2009.004459-7, Rel. Des. Ildeu de Souza Campos, 2ª Seção, j. 13.07.09)
>
> MANDADO DE SEGURANÇA – APREENSÃO ILEGAL DE MERCADORIAS – ARGUIÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SECRETÁRIO DE FAZENDA – APLICAÇÃO DA TEORIA DA ENCAMPAÇÃO – MÉRITO – INCIDÊNCIA DO VERBETE 323 DO STJ – CONCESSÃO DA ORDEM QUE SE IMPÕE. Conforme a jurisprudência do STJ, o Secretário da pasta Estatal é parte legítima para figurar no polo passivo da impetração, caso preste informações defendendo o mérito do ato impugnado, aplicando-se à hipótese a teoria da encampação. (Mandado de Segurança n.º 2009.010367-1, Rel. Des. Rêmolo Letteriello, 1ª Seção, j. 1º.06.09)"
>
> Ainda que o Chefe do Posto Fiscal fosse a autoridade mais adequada para figurar no pólo passivo do mandamus, certo é que o Secretário de Estado também pode ser considerado como parte legítima porque possui condições para defender o ato impugnado e determinar a sua correção. (Mandado de Segurança – n. 2005.005900-8/0000-00 – Paranaíba – Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay – j. 19.9.2005)

Assim sendo, rejeito a indigitada preliminar.

B – DA AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA.

Afirma que o presente *mandamus* deve ser extinto por ausência de prova pré-constituída, uma vez que os documentos redigidos em língua estrangeira juntados neste *writ* estão desacompanhados de sua tradução e registro.

A irresignação não prospera.

A uma, porque a autoridade apontada como coatora não discrimina ou elucida qual documento trazido com a inicial do presente *mandamus* deveria ser traduzido e registrado em cartório.

Segundo, porque se extrai que o contrato de arrendamento acostado ás fls. 54-155 e o aditivo para retificar a descrição do modelo da aeronave (f. 156-158) estão devidamente traduzidos para o nosso idioma,

por tradutora pública juramentada e intérprete comercial devidamente registrada na JUCESP sob o n.º 719 – idioma Inglês. (f. 155).

Por fim, o Estatuto Social da empresa impetrante, bem como suas alterações encontram-se devidamente arquivados na JUCEMS.

Sob a questão, bem elucidou o membro do *parquet* Estadual quando da elaboração de seu parecer (fls. 239-240), cujos fundamentos, os utilizo como razões de decidir, *verbis:*

> [...] O art. 159, § 6º, da Lei 6.015/73 exige o registro dos documentos de procedência estrangeira para produzirem efeitos perante as repartições da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios ou em qualquer instância, juízo ou tribunal, tendo a Súmula 259, do STF a orientação de que não é necessária a inscrição no Registro Público de tais documentos autenticados por via consular.
>
> Fato é que não consta dos autos o contrato de arrendamento mercantil em língua estrangeira, a exigir o registro ou a autenticação consular, nos termos do citado art. 129, § 6º, da lei 6.015/73, mas, tão-somente, sua tradução para o vernáculo, cuja análise não encontra óbice, já que fora devidamente traduzido por tradutora juramentada, constando, ainda, à f. 157, cópia do registro do documento original e a autenticação das firmas das partes contratantes, sendo, por isso, documento cabal a comprovar o que de direito, não havendo se falar, pois, em ausência de prova pré-constituída, senão por formalismo exacerbado. Assim, não possui guarida a presente preliminar. [...]

Portanto, afasta-se a preliminar de ausência de prova pré-constituída, uma vez que as provas carreadas aos autos pelos impetrantes demonstram de plano, a existência de direito líquido e certo, revelando-se, assim, suficientes à demonstração do direito invocado.

Passo a apreciação do mérito mandamental.

Extraí-se dos autos que a impetrante é pessoa jurídica de direito privado, atuando especialmente no setor da pecuária e, para consecução de seus fins estatutários, necessita importar uma aeronave, sob o regime de admissão temporária, por meio de contrato de arrendamento operacional.

Sustenta que a referida aeronave permanecerá, durante a vigência do contrato, na propriedade da Arrendante, uma empresa de aviação estrangeira, posto inexistir opção de compra da aeronave por parte da empresa impetrante.

Assegura que o ato de exigir o ICMS nas operações de arrendamento mercantil afronta o princípio da igualdade tributária e o da especialidade.

O impetrado aduz, nas informações prestadas, que a regra de incidência do ICMS na importação independe da natureza da operação.

Nessa vertente, o thema decidendum gira em torno de saber se incide ou não ICMS sobre operação de arrendamento mercantil internacional.

A irresignação fazendária posta nas informações não comporta acolhimento.

Os fatos descritos na petição inicial, comprovados documentalmente pela empresa impetrante, não permitem conclusão de que houve circulação econômica do bem arrendado, pressuposto básico da incidência do tributo estadual em análise.

Com efeito, a impetrante celebrou contrato de arrendamento mercantil operacional, sem opção de compra, conforme se observa a fls. 54/155, com empresa sediada em Londres na Inglaterra, tendo por objetivo a aeronave "Bombardier Challenger 300 número de série do fabricante 20339 e marca registro PR-FMW".

Assim sendo, não havendo opção de compra da coisa móvel pactuada, tem-se que, ao término do avençado, a arrendatária deverá devolver à arrendadora a aeronave, inexistindo, destarte, a transferência de titularidade do bem que poderia autorizar a exigibilidade do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços.

O artigo 3º, inciso VIII, da Lei Complementar nº 87/1996 preceitua que o tributo estadual em comento não incide nas *"operações de arrendamento mercantil, não compreendida a venda do bem arrendado ao arrendatário"*, o que corrobora, note-se, a fundamentação jurídica até aqui exposta.

Ressalte-se que o texto trazido pela Emenda Constitucional n° 33, de 11 de dezembro de 2001, não alterou o fato gerador do ICMS, que continua a ter a sua base no inciso II do artigo 155 da Constituição Federal, exigindo a *"circulação de mercadoria"* para sua caracterização.

Logo, a sua incidência pressupõe a efetiva circulação do bem, com a necessária transferência de sua titularidade. E essa transferência somente ocorre no arrendamento mercantil quando o arrendatário opta pela compra do bem ao término do contrato.

Ressalto que o arrendamento mercantil é uma operação em que há a concessão de uso dos equipamentos, mediante quantia, não havendo transferência de titularidade do domínio do bem arrendado.

Assim, este não será incorporado ao patrimônio do impetrante, além de seu objeto não se enquadrar no conceito de mercadoria, não ocorrendo o fato gerador do tributo.

A circulação constitucionalmente prevista deve ser jurídica, ou seja, na qual há transmissão dos direitos de disposição das mencionadas mercadorias, e não pela mera entrada destas.

Destarte, tratando-se de arrendamento mercantil e não havendo circulação de mercadoria, não há que se falar em fato gerador de ICMS.

E a jurisprudência dos Tribunais Superiores, em sua grande maioria, comunga desta mesma tese jurídica, valendo mencionar os seguintes julgados a respeito da matéria:

No Supremo Tribunal Federal (1ª e 2ª Turmas):

> EMENTA: TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPORTAÇÃO DE AERONAVES. CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. NÃO INCIDÊNCIA DO ICMS. PRECEDENTES DA CORTE. AGRAVO IMPROVIDO. I - A jurisprudência da Corte é no sentido de que não incide ICMS sobre as importações de aeronaves, por meio de contrato de arrendamento mercantil, quando não haja circulação do bem, caracterizada pela transferência de domínio (RE 461.968/SP, Rel. Min. Eros Grau, Plenário). II - Agravo regimental improvido. (AI 686970 AgR/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 23/06/2009, Primeira Turma)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ICMS. NÃO-INCIDÊNCIA. ENTRADA DE MERCADORIA IMPORTADA DO EXTERIOR. ARTIGO 155, II, DA CB. LEASING DE AERONAVES E/OU PEÇAS OU EQUIPAMENTOS DE AERONAVES. OPERAÇÃO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. 1. A importação de aeronaves e/ou peças ou equipamentos que as componham em regime de leasing não admite posterior transferência ao domínio do arrendatário. 2. A circulação de mercadoria é pressuposto de incidência do ICMS. O imposto --- diz o artigo 155, II da Constituição do Brasil --- é sobre "operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior". 3. Não há operação relativa à circulação de mercadoria sujeita à incidência do ICMS em operação de arrendamento mercantil contratado pela indústria aeronáutica de grande porte para viabilizar o uso, pelas companhias de navegação aérea, de aeronaves por ela construídas. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 460814 AgR/SP, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 24/06/2008, Segunda Turma)

RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Contrato de arrendamento mercantil. Leasing. Inexistência de opção de compra. Importação de aeronaves. Não incidência do ICMS. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Não incide ICMS sobre as importações, do exterior, de aeronaves, equipamentos e peças realizadas por meio de contrato de arrendamento mercantil quando não haja circulação do bem, caracterizada pela transferência de domínio, ainda que sob a égide da EC nº 33/2001. (STF, RE 553663 AgR/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 18/12/2007)

No Superior Tribunal de Justiça, o entendimento não é diferente:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPORTAÇÃO DE AERONAVE. ARRENDAMENTO MERCANTIL LEASING. ICMS. NÃO INCIDÊNCIA. ENTENDIMENTO FIRMADO NO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL 1.131.718/SP, SUBMETIDO AO REGIME DOS RECURSOS REPETITIVOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. 1. É descabido o sobrestamento do recurso especial em decorrência do conhecimento da repercussão geral de matéria constitucional pelo STF, pois o art. 328-A do Regimento Interno daquela Corte determina o sobrestamento, tão somente, do juízo de admissibilidade dos Recursos Extraordinários e dos Agravos de Instrumento contra o despacho denegatório a eles relacionados. 2. A Primeira Seção, no julgamento dos EResp 783.814/RJ, da relatoria do Ministro Herman Benjamin, sessão de 15.9.2008, decidiu que, tratando-se de arrendamento mercantil acordado no exterior: i) deve incidir ICMS quando o bem for destinado ao ativo fixo; ii) com a exceção de que não deve incidir ICMS no caso de leasing de aeronaves, equipamentos e peças adquiridos por empresas de transporte aéreo, hipótese esta que cuida ser o caso dos autos. 3. Tal questão também foi julgada em sede de repetitivo por meio do paradigma REsp 1.131.718/SP, tendo-se reiterado o entendimento de que para a incidência do ICMS, mesmo em se tratando de importação, pressupõe-se operação de circulação de mercadoria (transferência da titularidade do bem), o que não ocorre nas hipóteses de arrendamento em que há "mera promessa de transferência pura do domínio desse bem do arrendante para o arrendatário", como é o caso de "arrendamento mercantil, contratado pela indústria aeronáutica de grande porte para viabilizar o uso, pelas companhias de navegação aérea, de aeronaves por ela construídas, não constitui operação relativa à circulação de mercadoria sujeita à incidência do ICMS". 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AI nº 1319462/RS, Min. Benedito Gonçalves, T1, julgado em 16/12/2010)

O ICMS incide sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exterior, desde que atinente a operação relativa à circulação desse mesmo bem ou mercadoria, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, ex vi do disposto no artigo 155, § 2º, IX, "a", da Constituição Federal

de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional 33/2001 (exegese consagrada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal nos autos do RE 461.968/SP, Rel. Ministro Eros Grau, julgado em 30.05.2007, DJ 24.08.2007).

Com efeito, a natureza jurídica da operação de leasing não se confunde com uma compra e venda mercantil, posto não haver a transferência da titularidade do bem e, sim, transferência pura da posse e domínio desse bem do arrendante para o arrendatário.

Neste sentido corrobora a jurisprudência dominante dos Tribunais Pátrios:

> RECURSOS OFICIAL E DE APELAÇÃO - ARRENDAMENTO MERCANTIL INTERNACIONAL, SEM OPÇÃO DE COMPRA - ICMS - ISENÇÃO - POSSIBILIDADE. 1. Preliminar de inadequação da via eleita afastada. 2. Modalidade contratual em que não há transferência de titularidade da coisa móvel, fato este que poderia autorizar a exigibilidade do ICMS. 3. Inteligência do artigo 3º, inciso VIII, da Lei Complementar nº 87/1996, que isenta de recolhimento do tributo na hipótese de operação de arrendamento mercantil, não compreendida a venda do bem arrendado ao arrendatário. 4. Irrelevância de que o bem objeto do contrato de arrendamento mercantil tenha origem no exterior, porque a legislação estadual não faz qualquer restrição quanto a este aspecto. 5. Precedentes do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal de Justiça. 6. Sentença mantida. 7. Recursos oficial e de apelação desprovidos. (TJ-SP; APL 9225460-71.2008.8.26.0000; Ac. 5592541; Guarulhos; Quinta Câmara de Direito Público; Rel. Des. Francisco Bianco; Julg. 05/12/2011; DJESP 30/01/2012)

> PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. ARRENDAMENTO MERCANTIL (LEASING) INTERNACIONAL. ICMS. INCIDÊNCIA. EXCEPCIONALIDADE NÃO DEMONSTRADA. ORIENTAÇÃO DO E. STF. CONDENAÇÃO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO EM CUSTAS REMANESCENTES. POSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. REEXAME NECESSÁRIO PREJUDICADO. 1 - A correta exegese dos precedentes firmados pelo e. Supremo Tribunal Federal no julgamento dos recursos extraordinários 206069 (Rel. Min. Ellen gracie) e 461968 (Rel. Min. Eros grau) permite concluir que o ICMS não incide de maneira automática sobre a entrada de mercadoria estrangeira no território nacional, uma vez que, também nesses casos, é imprescindível a ocorrência da circulação jurídica do bem. Precedentes do e. STF, do c. STJ, deste eg. Tribunal de justiça e de diversos tribunais pátrios. 2 - Tratando-se de arrendamento mercantil (leasing) internacional, a mera opção final de compra constante do contrato não permite presumir a circulação jurídica do bem, que, nesse caso, é futura e eventual. 3 - A Lei só exime o estado do Espírito Santo de adiantar o recolhimento das custas processuais, inexistindo isenção legal. Logo, sucumbente o estado, impõe-se sua condenação em custas e, quando cabíveis, honorários advocatícios. Precedentes deste egrégio tribunal de justiça. 4 - Recurso conhecido e improvido. Prejudicado o reexame necessário. (TJ-ES; AC 024080309834; Primeira Câmara Cível; Rel. Des. Carlos Simões Fonseca; DJES 29/06/2011; Pág. 26)

Por derradeiro, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no Superior Tribunal de Justiça que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida.

Conclusão

Em face do exposto, acolhendo o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, rejeito as preliminares e, no mérito, concedo a segurança para, tornando definitiva a liminar deferida às fls.191-195,

suspender a exigibilidade do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços incidente sobre qualquer das etapas da operação de arrendamento mercantil internacional da aeronave Bombardier Challenger 300, modelo BD-100-1A10, ano fabricação 2012, com número de série do fabricante 20339, e marca registro PR-FMW (reservada na ANAC), motores Honeywell HTF7000, nºs de série p118824 e p118822, APU Honeywell, modelo 36-150BD, nº de série P-452.

Deixo de condenar o impetrado ao pagamento dos honorários advocatícios, por expressa vedação legal (art. 25, da Lei 12.016/2009 e Súmulas nºs 512 do STF e 105 do STJ).

Condeno o Estado a reembolsar as custas e despesas processuais adiantadas pela impetrante.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E, COM O PARECER, REJEITARAM AS PRELIMINARES, NO MÉRITO, CONCEDERAM A SEGURANÇA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Sideni Soncini Pimentel, Vladimir Abreu da Silva, Luiz Tadeu Barbosa Silva e Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 23 de julho de 2012.

***

Quinta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.018813-6 - Nova Andradina
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – AÇÃO MONITÓRIA – COMPROVANTE DE DEPÓSITO BANCÁRIO – ADMISSIBILIDADE – ÔNUS DO DEVEDOR DE FATO IMPEDITIVO, MODIFICATIVO OU EXTINTIVO DO DIREITO DO AUTOR – NÃO DEMONSTRAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE DÍVIDA – PREQUESTIONAMENTO EXPRESSO – DESNECESSÁRIO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 5 de julho de 2012.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Gazzetta & Gazzetta Ltda - Ltda interpõe o presente Recurso de Apelação, inconformada com a sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Nova Andradina que, nos autos da Ação Monitória ajuizada por **Maria Luiza Gazzetta**, julgou parcialmente procedente o pedido inicial para constituir título executivo em favor da requerente, em R$ 2.900,00, correspondente ao empréstimo feito por meio de depósito bancário.

Em suas razões, alega a apelante que o comprovante de depósito é prova unilateral e início de prova escrita e, ainda, que desconhece a existência de dívida.

Assevera que não produziu prova em audiência justamente pelo fato de que apenas negou ter recebido o empréstimo, não alegando nenhum fato extintivo ou modificativo do direito da autora que ensejasse a atração do ônus da prova.

Ao final, apresenta prequestionamentos referentes ao art. 330 do CPC e quanto ao título hábil para constituir título executivo judicial.

Contrarrazões aforadas às fls. 79/81.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator)

Conforme relatado **Gazzetta & Gazzetta Ltda - Ltda** interpõe o presente Recurso de Apelação, inconformada com a sentença proferida pelo juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Nova Andradina que, nos autos da Ação Monitória ajuizada por **Maria Luiza Gazzetta**, julgou parcialmente procedente o pedido inicial para constituir título executivo em favor da requerente, em R$ 2.900,00, correspondente ao empréstimo feito por meio de depósito bancário.

A apelante, em suma, alega que o comprovante de depósito é prova unilateral e início de prova escrita e, ainda, que desconhece a existência de dívida.

Assevera ainda, que não produziu prova em audiência justamente pelo fato de que apenas negou ter recebido o empréstimo, não alegando nenhum fato extintivo ou modificativo do direito da autora que ensejasse a atração do ônus da prova.

Ao final, apresenta prequestionamentos referentes ao art. 330 do CPC e quanto ao título hábil para constituir título executivo judicial.

A magistrada singular assim observou em seu *decisum* fls. 64/67:

> [...] Diferentemente, entretanto, a situação do documento acostado à f. 11 dos autos. Tal documento, cuja posse era da autora, demonstra que efetivamente foram depositados R$ 6.000,00 na conta bancária da primeira ré, pessoa jurídica (Gazzetta & Gazzetta Ltda ME).
>
> A parte ré, por sua vez, simplesmente negou ter recebido o empréstimo, entretanto, não fez prova capaz de modificar ou extinguir o direito clamado pela autora. Antes, pugnou expressamente pelo julgamento antecipado da lide, desistindo de realizar ulteriores provas.
>
> Os documentos acostados pelas rés às f. 24-38 não afastam a pretensão da autora de receber os valores descritos na inicial, pois não dizem respeito ao empréstimo em si, ou eventual pagamento parcial ou ainda quitação.
>
> Como afirmado acima, o documento de f. 11 comprova a entrada a entrada dos valores descritos na inicial na conta da primeira requerida, sendo certo que a própria autora reconheceu pagamento parcial de tais valores, pleiteando a diferença de R$ 2.900,00, atualizada.

O ônus da prova incumbe a quem alega e, ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito. No caso em tela, a apelada cumpriu com a determinação do Código de Processo Civil, o que acarreta a comprovação da veracidade de suas alegações, ao juntar aos autos o comprovante do depósito bancário, identificado à apelante.

Por outro lado, na ação monitória cabe ao embargante, em sua defesa, o ônus de desconstituir o documento que sustenta a inicial.

Apresentado o comprovante pela ora recorrida, era da apelante, o ônus da prova da inexistência do débito.

Contudo, no caso em exame, a embargante não apresentou qualquer comprovante de pagamento do saldo remanescente referente à diferença do valor devido, considerando que a própria apelada admite que já havia recebido parte do valor, restando apenas R$ 2.900,00.

Logo, no caso em apreço inexiste provas aptas a desconstituir a presunção de relação jurídica, não havendo comprovante de quitação, persistindo a obrigação da devedora. Vejamos:

> EMENTA: AÇÃO MONITÓRIA. TÍTULO. PRESUNÇÃO RELATIVA. EMBARGOS. ÔNUS DA PROVA. DEVEDOR. AÇÃO MONITÓRIA. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA. VENCIMENTO DO TÍTULO. [...] O título apto a instruir a procedimento monitório goza de presunção relativa quanto à sua certeza e liquidez, para efeitos processuais, cabendo ao devedor, caso ofereça resistência ao pagamento, produzir prova de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. [...]. (TJMG - Número do processo: 1.0024.06.024612-1/001(1), Relator: IRMAR FERREIRA CAMPOS, Data da Publicação: 23/11/2006) (destaquei).

Dessa forma, entendo que a apelante não fez provas do pagamento do empréstimo recebido, restando pendente o valor de R$ 2.900,00 para seu pagamento integral, conforme alegado pela autora, ora recorrida.

Nesse sentido esta 5ª Turma Cível:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO MONITÓRIA – [...] – ÔNUS DA PROVA DA INEXISTÊNCIA DA DÍVIDA A CARGO DO REQUERIDO – [...] – RECURSO IMPROVIDO.
>
> [...]
>
> Em sede de ação monitória instruída com cheque prescrito, mostra-se desnecessária deduzir a causa debendi, porquanto o título de crédito sem força executiva, por si só, satisfaz os requisitos exigidos pelo artigo 1.102a do Código de Processo Civil, cabendo à parte ré o ônus probandi de inexistência da dívida. (Precedentes do STJ).
>
> [...] (TJMS - Apelação Cível - Execução - N. 2009.002278-0/0000-00 - Campo Grande, Relator - Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Quinta Turma Cível, 27.8.2009)

Quanto à alegação de que não se configura título hábil o comprovante de depósito bancário, mais uma vez está fadada ao insucesso a recorrente, considerando o entendimento jurisprudencial:

> MONITÓRIA. Requisitos. Petição inicial instruída com comprovante de depósito bancário. Admissibilidade. Não se exige que o documento tenha sido subscrito pelo devedor. Inteligência do art. 1.102a, do CPC. Preliminar de extinção do processo rejeitada. Agravo retido improvido. MONITÓRIA. Ausência de provas do alegado contrato de mútuo. Hipótese em que restou demonstrado que o depósito efetivado na conta corrente da apelada se deu em razão da existência de uma sociedade de fato entre as partes, constituída com o objetivo de explorar comercialmente uma loja de roupas em shopping center. Embargos procedentes. Recurso improvido. (TACSP 1; AI 845396-9; Décima Primeira Câmara; Rel. Juiz Luis Antonio Vasconcellos Boselli; Julg. 26/06/2003) CPC, art. 1102ª

Assim, em não havendo prova capaz de retirar a eficácia do título executivo anexado aos autos, forçosa a sua constituição em título executivo no valor ora observado na sentença *a quo*.

Por fim, quanto ao prequestionamento "*É necessário salientar que o magistrado, para corretamente motivar suas decisões, não precisa se manifestar exaustivamente sobre todos os pontos argüidos pelas partes, caso sejam irrelevantes à formação de sua convicção, na medida que incapazes de determinar o julgamento da causa em sentido diverso*" (Ministro Luis Felipe Salomão AgRg no Ag 1.203.778/RJ).

Ante as razões delineadas, despiciendas tornam-se maiores considerações.

Dispositivo

Diante do exposto, conheço do recurso, mas **NEGO-LHE PROVIMENTO**, mantendo inalterada a r. decisão 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. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Vladimir Abreu da Silva e Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 5 de julho de 2012.

***

Quinta Câmara Cível
Reexame de Sentença n. 2012.019325-4 - Corumbá
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA – AFASTADA – INFRAÇÃO DE TRÂNSITO – APREENSÃO DE VEÍCULO – LIBERAÇÃO CONDICIONADA AO PAGAMENTO DE MULTA – IMPOSSIBILIDADE – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL – ARTIGO 5º, INCISOS LIV E LV DA CF – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 26 de julho de 2012.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

O Juízo da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da cidade de Corumbá/MS submete ao reexame, por este Tribunal, a sentença de fls. 96/102 que concedeu a segurança para determinar à autoridade coatora – Chefe da 11ª CIRETRAN do Município de Corumbá DETRAN MS que liberasse o veículo descrito na inicial, independentemente do pagamento de multas e taxas de estadia, sob a condição de que houvesse a comprovação de quitação do licenciamento e IPVA do veículo antes de ser liberado.

Não houve interposição de recurso voluntário.

A Procuradoria-Geral de Justiça, às fls. 126/133, opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso obrigatório.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator)

Trata-se de reexame necessário da sentença proferida pelo magistrado da Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da cidade de Corumbá/MS, o qual concedeu a segurança para determinar à autoridade coatora – Chefe da 11ª CIRETRAN do Município de Corumbá DETRAN MS que liberasse o veículo descrito na inicial, independentemente do pagamento de multas e taxas de estadia, sob a condição de que houvesse a comprovação de quitação do licenciamento e IPVA do veículo antes de ser liberado.

Consta do caderno probatório que o impetrante aviou o presente writ com o objetivo de obter a concessão da segurança para determinar a liberação de seu veiculo marca/modelo Toyota/Bandeirante, ano 1995, Placa CAK 8246 – Campinas-SP, apreendido pela autoridade policial de trânsito em razão do Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo – CRLV do veículo e da CNH estarem vencidos, e mantido no pátio do órgão de trânsito local, sob o argumento de que o bem encontra-se registrado em nome de terceiros.

O magistrado singular, após analisar os autos, proferiu a seguinte decisão:

> Diante das argumentações acima lançadas, tenho que houve violação ao direito líquido e certo do impetrante, motivo pelo qual deve a segurança ser concedida. Diante do exposto, CONCEDO A SEGURANÇA pretendida pelo impetrante, assegurando-lhe o direito líquido e certo de proceder à liberação do veículo descrito da inicial, independentemente do pagamento de multas ou taxas de estadia, desde que haja a comprovação de quitação do licenciamento e IPVA do veículo antes de ser liberado.

Pois bem. A meu ver, a sentença a quo deve ser mantida na íntegra.

Da preliminar de ilegitimidade ativa

Verifica-se que a matéria sustentada pelo réu na demanda, no que tange a ilegitimidade ativa, foi muito bem analisada e fundamentada pela autoridade judiciária de primeiro grau. Sendo assim, a fim de evitar tautologia, utilizo-me dos fundamentos expostos na decisão singela como razões de decidir:

> De início, verifico que a parte impetrada levantou preliminar de ilegitimidade ativa do impetrante, tendo em vista que o veículo estaria registrado no Detran em favor do Instituto de Biologia e Conservação.
>
> Entrementes, tal preliminar não deve ser acolhida, pelo fato de que o documento de f. 21/23 revela ao Juízo que direitos reais referentes ao veículo foram alienados ao impetrante, sem contar o fato de que, quando da apreensão do veículo, este era conduzido pelo impetrante.
>
> Desta forma, manifesta sua legitimidade para a propositura na demanda, motivo pelo qual afasto a preliminar levantada pela parte impetrada.

Assim, sem mais delongas, afasto a preliminar aventada em primeiro grau.

Do mérito

A meu ver, a sentença a quo deve ser mantida na íntegra, eis que o condicionamento da liberação do veículo ao pagamento de multas, segundo a jurisprudência dominante, é abusivo e ilegal, mormente porque o ato, utilizado como meio de coação, viola o direito de propriedade garantido constitucionalmente (artigo 5º, inciso XXII, da CF).

É sabido que a ordem constitucional vigente obriga a obediência ao devido processo legal, bem como dos princípios do contraditório e da ampla defesa (artigo 5°, incisos LIV e LV, da CF) para que, então, possa haver a regular expropriação de bens.

Desta forma, forçoso concluir pela concessão da segurança, da forma como foi decidido pelo magistrado a quo, pois, do contrário, restringiríamos direito fundamental de assento constitucional.

Não destoa desse entendimento este Egrégio Tribunal de Justiça. Vejamos:

> EMENTA – REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – APREENSÃO DE VEÍCULO – LIBERAÇÃO DO BEM INDEPENDENTEMENTE DO

PAGAMENTO DA MULTA E DESPESAS COM CONDUÇÃO E ESTADA – REEXAME NECESSÁRIO IMPROVIDO.

Mesmo sendo lícita a apreensão do veículo, não se pode condicionar sua liberação ao prévio pagamento de multas e despesas de estada, sob pena de violação ao princípio constitucional do direito de propriedade, restringindo o direito de usar, gozar e dispor do bem. (TJMS; Reexame de Sentença - N. 2008.037990-9/0000-00 – Camapuã; Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva; Quinta Turma Cível; Julgamento: 27/08/2009)

EMENTA – RECURSO OBRIGATÓRIO – APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA – VEÍCULO ESTACIONADO INADEQUADAMENTE NA VIA – LIBERAÇÃO DE VEÍCULO – PAGAMENTO DE MULTA – IMPOSSIBILIDADE – LICENCIAMENTO – PAGAMENTO INEXISTENTE – APREENSÃO DO VEÍCULO ATÉ REGULARIZAÇÃO DO DOCUMENTO DE PORTE OBRIGATÓRIO – RECURSOS IMPROVIDOS.

Fere disposição constitucional condicionar a liberação de veículo ao pagamento de multa, violando o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. (TJMS; Apelação Cível - Lei Especial - N. 2008.021643-2/0000-00 - Campo Grande; Des. Rubens Bergonzi Bossay; Terceira Turma Cível; Julgamento: 22/09/2008).

Ademais, com bem observado pela Procuradoria Geral de Justiça, nota-se que um dos motivos iniciais expostos para a apreensão do veículo, na realidade, não se verificou, tendo em vista que o documento anexado às fls. 60 do caderno probatório corrobora que o licenciamento do veículo não estava com a data de validade vencida à época dos fatos.

Importante ressaltar, por fim, a aplicação, de forma analógica, na hipótese dos autos, da Sumula 323 do Superior Tribunal Federal, a qual dispõe que: *"É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos."*

Destarte, por tais razões, entendo como correta a decisão proferia em instância singela.

Mérito

À luz de todo o exposto, conheço do reexame necessário, contudo **nego-lhe provimento**, mantendo intacta a r. Sentença de primeiro grau.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, AFASTARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Sideni Soncini Pimentel e Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 26 de julho de 2012.

***

Segunda Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.012726-2 - Três Lagoas
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – DANOS MATERIAIS – ROUBO DE AERONAVE EM HANGAR ABERTO SEM QUALQUER DISPOSITIVO DE SEGURANÇA – FALHA NO SERVIÇO NÃO DEMONSTRADA – HOMENS FORTEMENTE ARMADOS – FORÇA MAIOR – RECURSO PROVIDO.

O cliente que tem o avião roubado em hangar sem portas, vigia noturno ou qualquer outro dispositivo de segurança não pode alegar desconhecimento da precária situação do local e requerer indenização por danos materiais.

Ação criminosa realizada por homens fortemente armados e com violência refogem à normalidade e se equipara à força maior.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 3 de julho de 2012.

Des. Julizar Barbosa Trindade – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

Serma S.C. Ltda. interpõe *apelação* contra sentença (f. 333/354) que, na *ação de indenização por danos materiais* movida por Jairo Queiroz Jorge, julgou procedente o pedido para condená-la ao pagamento de R$ 201.799,00 (duzentos e um mil, setecentos e noventa e nove reais), corrigidos monetariamente pelo IGPM/FGV desde o evento danoso e juros de mora de 1% ao mês a partir da citação. Custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre a condenação, a cargo da recorrente.

Alega ser uma empresa especializada em manutenção de aviões, permitindo que alguns de seus clientes guardem em seu pátio suas aeronaves apenas para protegê-las das intempéries do tempo, cobrando para tanto valores irrisórios, sem a mínima intenção de salvaguardá-las de qualquer outro dano, razão pela qual jamais firmou contrato escrito com quem quer que fosse nesse sentido.

Aduz que as testemunhas ouvidas disseram ter ciência dos riscos que corriam e que em nenhum momento acharam que ela se responsabilizaria pela segurança dos bens. E nem poderia ser diferente, pois tal fato está fora do seu alcance estrutural e financeiro e o apelado tinha pleno conhecimento disso.

Salienta que a atitude dele em manter sua aeronave na Serma, que nem ao menos tem portas, deixa claro sua opção por pagar um preço baixo (R$ 250,00 por mês) em detrimento da segurança. Pondera que uma pessoa não pode contradizer o seu próprio comportamento, após ter produzido em outrem uma determinada expectativa que, no caso, era de que a empresa protegeria as aeronaves contra o tempo e nada mais. Continua, argumentando que a proibição do *venire contra factum proprium* é a impossibilidade de inesperada mudança de atitude, vedando-se a incoerência da conduta, tal como ocorreu neste caso em que o apelado, grande empresário de Três Lagoas, ciente do contrato que realizou, tenta responsabilizar a apelada por algo pela qual ela nunca se comprometeu.

Afirma que o proprietário da empresa, Sr. Nelson, com 80 anos de idade, mais da metade deles dedicado à sua pequena empresa onde hoje trabalha com a ajuda de uma única pessoa, não tinha como impedir o ocorrido, fato confirmado pelo depoimento das testemunhas.

Diz que o roubo foi praticado por um grande número de bandidos, fortemente armados, o que configura caso fortuito e força maior, além de ser absolutamente inevitável, ensejando a exclusão de sua responsabilidade.

Sustenta que o julgador considerou o recibo de pagamento do avião de f. 139, no valor de R$ 110,00 (cento e dez mil reais) completo, com todas as especificações do bem, inclusive data de fabricação, assinaturas do comprador e vendedor reconhecidas em cartório mas, inexplicavelmente, reputou válido o recibo de f. 58, no valor de R$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais).

Ao final, pleiteia o provimento do apelo.

Contrarrazões em que requer o conhecimento e julgamento preliminar do agravo retido de f. 253-6, caso seja dado provimento ao apelo. No mais, pela manutenção da sentença (f. 419/429).

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator)

O apelado ajuizou ação pleiteando o ressarcimento dos danos materiais sofridos em decorrência do roubo de sua aeronave, modelo CESSNA SYLANE, 182P, prefixo PT-KQY, ocorrido na madrugada do dia 03 de julho de 2009, no hangar da apelante.

Irresignada com a sentença em que se julgou procedente o pedido, condenando-a ao pagamento de R$ 201.799,00 (duzentos e um mil e setecentos e noventa e nove reis), interpôs o apelo com as teses relatadas.

Cinge-se a questão em saber se a Serma S.C. Ltda., oficina especializada na manutenção e recuperação de aeronaves (estatuto social registrado em cartório - f. 165/7) e estabelecida há quarenta anos no aeroporto Eloy Chaves em Três Lagoas, é responsável civilmente pelo furto do avião de propriedade do apelado, que desde meados de 2006 ficava estacionado em suas dependências (f. 3).

Embora haja uma relação de consumo entre as partes, ao contrário do que concluiu o juízo de primeiro grau, entendo que não houve falha na prestação do serviço, pois, ainda que o avião estivesse

estacionado em seu hangar, os depoimentos colhidos (f. 276-8 e 282) e as fotos juntadas aos autos (f. 132-6), bem como as circunstâncias fáticas que envolvem o caso, levam a crer que em momento algum a empresa se responsabilizou ou assumiu a obrigação pela guarda e vigilância da aeronave contra assaltos, fato que o recorrido tinha plena ciência.

De efeito, revelam as fotos que a parte da frente do hangar é totalmente aberta e não há sequer uma corrente para impedir o acesso ao seu interior. Além disso, inexiste segurança por ela contratada no local, sendo certo que dos dois vigias que estavam na ocasião, um trabalha em *uma empresa que presta serviços no aeroporto* e o outro é *funcionário da prefeitura* (f. 146) e as testemunhas ouvidas, inclusive uma dela indicada pelo próprio recorrido, foram enfáticas quanto a ausência de responsabilidade da apelante pelo infortúnio:

- José Carlos de Souza Prata Tibery (arrolada por ambas as partes): [...] *que o avião era guardado no hangar para não tomar sol;* [...] *afirma que contratou o hangar apenas quanto à intempéries do tempo e que não esperava desse contrato estar garantido contra roubos.* (f. 276).

- Antônio Carlos Pancote (arrolada apenas pelo autor): [...] *afirma que não mantinha contra prestação com a requerida para manter seu avião no hangar;* [...] *que nunca manteve contato com o Sr. Nelson acerca de manter vigia no local para evitar roubos ou furtos;* [...] *acredita que o hangar da Serma não é seguro; afirma que quando colocou o seu avião naquele local acreditava ser mais seguro do que no tempo.* (f. 278).

- José Natal de Carvalho (arrolada por ambas as partes): [...] *afirma que mantinha o avião no hangar do Sr. Nelson apenas para segurança em relação ao tempo já que ele é todo aberto e o mesmo no hangar da Triunfo pois também não tinha vigia e que bastava quebrar uma porta para entrar; que no local havia apenas um guarda municipal e ele apenas cuidava do patrimônio do município;* [...] *que não considerava o hangar da empresa requerida um local seguro.* (f. 282).

Tais fatos coadunam com a tese sustentada pela defesa da apelante de que seu compromisso era somente proteger os aviões das intempéries, nada além disso.

Também não se revela crível que o apelado, *conhecido pecuarista* (f. 03) de Três Lagoas não tenha percebido a total falta de segurança do hangar, imaginando que ao custo de apenas R$ 250,00 por mês, seu bem estaria protegido contra toda espécie de malefícios.

Acresça-se que a qualquer cidadão comum não é de esperar que em um local aberto, sem guarda noturno, alarme, cerca elétrica ou qualquer outro tipo de dispositivo de segurança houvesse condições de impedir o ocorrido, motivo pelo qual não há falar em falha no serviço prestado, nos termos do Código de Defesa do Consumidor[1].

Sendo evidente a precariedade do hangar no quesito de segurança, não há dúvidas que o apelado se submeteu às regras e condições do estabelecimento, não podendo pretender que seja responsabilizado pelos danos materiais sofridos.

1 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.
§ 1° O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais. (destacado).

Na verdade, pelo relato das testemunhas e até mesmo do depoimento do apelado, constata-se que os proprietários procuravam a Serma para realização de consertos e manutenções de suas aeronaves, lá deixando-as em um segundo momento, como opção barata, diga-se de passagem, para salvaguarda-las da chuva e do sol.

Mas não é só. O assalto foi realizado em circunstâncias que refogem à normalidade, eis que cinco ou seis homens fortemente armados com pistolas e uma arma calibre 12 renderam o vigia do aeroporto, apontando-lhe uma arma para a cabeça e amarrando-lhe pés, mãos e boca (f. 55).

Nesse contexto, o assalto à mão armada deve ser equiparado à força maior (excludente de responsabilidade), pois realizado com emprego armas, ameaça e violência que nem mesmo o próprio dono da aeronave teria condições de evitar.

Aliás, em situações desse jaez, as autoridades competentes recomendam não esboçar nenhum tipo de resistência, sob pena de causar um mal maior do que aquele a ser evitado.

Veja-se:

> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ROUBO À MÃO ARMADA EM ESTACIONAMENTO DE SUPERMERCADO. NÃO CONFIGURAÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR. Ausência de nexo de causalidade entre o evento danoso e a conduta dos apelados, considerando que o roubo à mão armada corresponde à força maior, excludente da responsabilidade. Configuração de impossibilidade de agir dos recorridos, diante de situação de violência contra a pessoa, sob pena de, com a reação, causar um mal maior do que aquele a ser evitado, inclusive, com recomendação das autoridades competentes nesse sentido. Dever de segurança fica circunscrito ao compromisso de diligenciar as providências e cautelas normais. Em que pese a jurisprudência ter reconhecido a responsabilidade dos comerciantes pelo furto de automóveis nos estacionamentos de suas lojas, a teor da Súmula nº 130 do STJ, o assalto do consumidor nesse local não é situação equivalente. Apelo desprovido. (Ap. Cível nº 70006784441, 6ª Câm., TJRS, Rel. Ney Wiedemann Neto, j. em 25.08.2004).

Agravo retido interposto pelo apelado Jairo Queiroz Jorge

Em agravo retido insurge-se o apelado contra a decisão (f. 219) que indeferiu o pedido de perícia para constatação do valor do avião subtraído, para fins de arbitramento do valor indenizatório.

Com o provimento deste apelo, reconhecendo a inexistência do dever de indenizar, resta prejudicada a análise deste recurso.

Conclusão

Ante o exposto, voto por se dar provimento ao recurso para reformar a sentença de primeiro grau, julgando improcedente o pedido de indenização por danos materiais.

Inverte-se o ônus sucumbencial e, nos moldes do § 4º do artigo 20 do CPC, fixa-se os honorários em R$. 5.000,00-(cinco mil reais).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, JULGARAM PREJUDICADO O AGRAVO RETIDO E DERAM 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, Marcos José de Brito Rodrigues e Paulo Alfeu Puccinelli.

Campo Grande, 3 de julho de 2012.

***

Segunda Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.015228-9 - Campo Grande
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS E LUCROS CESSANTES – PROPRIETÁRIO DE AGÊNCIA DE TURISMO – *E-MAIL* ENCAMINHADO A DIVERSOS ASSOCIADOS COM EXPRESSÃO OFENSIVA – PREJUÍZO À IMAGEM – DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO – *QUANTUM* MANTIDO – RECURSO NÃO PROVIDO.

Mensagem eletrônica de caráter ofensivo gera dano extrapatrimonial, cujo valor deve ser mantido quando fixado com prudência e moderação.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 10 de julho de 2012.

Des. Julizar Barbosa Trindade – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

ABAV/MS - Associação Brasileira de Agências de Viagens de Mato Grosso do Sul interpõe apelação contra sentença (f. 249/256) que, na *ação de indenização por danos morais e lucros cessantes* movida por André Luiz Ricarte de Oliveira, julgou procedente o pedido para condená-la ao pagamento de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) por danos extrapatrimoniais, corrigidos monetariamente pelo IGPM-FGV desde a sentença e juros de mora de 1% ao mês a partir do envio da mensagem eletrônica em 7 de maio de 2009. Em razão da sucumbência recíproca, as custas processuais e os honorários advocatícios, estes fixados em R$ 1.500,00, serão divididos entre os litigantes na proporção de 50% para cada, permitida a compensação com relação aos honorários.

Aduz que o conteúdo do e-mail repassado aos associados da ABAV/MS é verdadeiro, tendo o próprio apelado reconhecido que utilizou indevidamente o símbolo da associação em seus documentos e *vouchers*, e deixou de pagar à agência Jaó Tur. Pondera que o termo estelionatário não foi atribuído ao apelado, pois utilizado apenas no terceiro parágrafo do texto sem fazer referência direta a ele.

Salienta que os depoimentos das testemunhas confirmam a inexistência do dano moral, sendo certo que os fatos não passaram de mero aborrecimento, pelo que a parte adversa está tentando beneficiar-se de sua própria torpeza. Requer o provimento do apelo ou a redução do *quantum* indenizatório para valor equivalente a um salário-mínimo.

Contrarrazões às f. 285/291.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator)

Insurge-se a ABAV/MS contra sua condenação ao pagamento de danos morais no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), por ter enviado *e-mail* a várias agências de turismo a ela associadas (f. 14) com o seguinte teor:

> Prezadas Agências Abavianas,
>
> Se encontra no Mercado de Turismo uma agência de nome Sainana Turismo, tendo sua sede à Rua Pedro Celestino, nº 2495, Centro, representada por seu sócio proprietário Sr. ANDRÉ LUIZ RICARTE DE OLIVEIRA.
>
> Esta agência não é abaviana, mas usa do símbolo da ABAV no cartaz de sua sede e em seus vouchers, porém, já lhe foi enviado, uma notificação extrajudicial para que a mesma não mais utiliza-se do símbolo da ABAV, sob pena de sofrer ação judicial.
>
> Ocorre que, esta agência é de um estelionatário que deu golpe na agência abaviana Jaó Tur de quase R$ 40.000,00 (quarenta mil reais) em apenas 04 meses!
>
> As medidas adotadas foram uma Ação Monitória no cível e uma Queixa Crime realizada na 1ª DP.
>
> Esta agência propõe parcerias com a finalidade de trazer clientes para a agência e acertar os lucros em 50%, o que obviamente não ocorre.
>
> Posto isso, com a finalidade de alertar todas as agências abavianas para não cair no golpe dessa agência, que através de seu sócio proprietário causa prejuízos financeiros à sérias, honestas como o caso da empresa JAÓ TUR.
>
> Estou à disposição para maiores esclarecimentos.
>
> Att.
>
> Tatiana. (Destacado)

A sentença objurgada não está a merecer reparos.

É que a partir da querela entre as agências de turismo *Sainana* e *Jaó Tur,* sobre a qual já havia sido ajuizada ação cível (autos n. 001.09.0212186), a apelante encaminhou a mensagem eletrônica acima reproduzida para seus associados, atribuindo claramente ao Sr. André Luiz a pecha de estelionatário.

O direito de informar seus associados do suposto golpe aplicado pela *ex adversa* não significa dizer que ela possa achincalhar com a imagem do recorrido, maculando-lhe a honra justamente perante seus colegas de profissão, com o nítido propósito de obstar-lhe negócios.

Ao agir como agiu, dúvidas não há de que a ABAV extrapolou os limites do direito de informação, adentrando na seara do ilícito.

A veracidade do *e-mail* quanto à existência da dívida no valor de quase quarenta mil, bem como a utilização da sigla ABAV sem ser associado não legitima sua ação, porque para tanto era preciso uma condenação judicial pelo crime de estelionato. Logo, sua intenção era bem mais do que simplesmente alertar os colegas e sim denegrir a honra do recorrido perante a classe turística.

Em caso semelhante:

> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - DIVULGAÇÃO DE CARTA ABERTA COM CONTEÚDO DIFAMATÓRIO E INJURIOSO - ABUSO DO PODER - EXCESSO NO DIREITO DE INFORMAR - DANO MORAL CONFIGURADO - DEVER DE INDENIZAR EXISTENTE. A divulgação de carta aberta por parte do sindicato aos seus sindicalizados com conteúdo difamatório e injurioso em desfavor do autor configura ato ilícito ofensivo à honra deste, desafiando, via de conseqüência, o dever de indenizar. (Ap. n. 1.0024.06.935480-1, TJMG, Rel. Des. Adilson Lamounier, j. em 28.08.2008).

Em suma, a mensagem realmente desbordou do comportamento ético recomendado, gerando o dever de indenizar.

O valor da compensação do dano moral deve ser arbitrado com cautela e prudência, atendendo às peculiaridades próprias do caso concreto, de modo que não seja elevado a ponto de resultar em aumento patrimonial indevido ao lesado, nem inexpressivo que não sirva ao seu fim pedagógico.

Nesta ordem de idéias, tem-se que o valor arbitrado em R$ 5.000,00 é condizente com as circunstâncias fático-jurídicas do caso, pois atento à natureza e extensão do dano, aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como à situação econômico-financeira das partes.

A propósito:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA – MATÉRIA VEICULADA EM JORNAL COM CARÁTER OFENSIVO À HONRA, À IMAGEM E À DIGNIDADE DA PESSOA – ABUSO DO DIREITO DE INFORMAR – DANO MORAL CONFIGURADO – QUANTUM INDENIZATÓRIO – PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – RECURSO IMPROVIDO. [...] A condenação ao pagamento de indenização por danos morais é medida que, entre outros, possui caráter pedagógico e compensatório, devendo ser mantido o valor fixado na instância singela se observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. (Ap. Cível n. 2008.019376-3, 4ª Câm. Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, j. em 26.10.2010).

Conclusão

Diante do exposto, voto por se negar provimento ao apelo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Julizar Barbosa Trindade, Marcos José de Brito Rodrigues e Paulo Alfeu Puccinelli.

Campo Grande, 10 de julho de 2012.

***

Segunda Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.018669-9 - Campo Grande
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – ANÚNCIO DE VEÍCULO EM SÍTIO DA *INTERNET* DO BANCO – LEGITIMIDADE PASSIVA – RESPONSABILIDADE PERANTE O CONSUMIDOR – RECURSO PROVIDO.

O banco, ao disponibilizar em seu sítio na *internet* serviços de venda de veículos, torna-se responsável pelos fornecedores anunciantes.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 31 de julho de 2012.

Des. Julizar Barbosa Trindade – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

Alessandro Brito Ferreira interpõe apelação (f. 132-41) contra sentença (f. 112-5) que, na ação de indenização por danos materiais e morais movida em face do Banco Panamericano S.A., julgou extinto o processo sem resolução do mérito por reconhecer a ilegitimidade do recorrido e condenou-o ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 1.000,00 (art. 20, § 4º, CPC), ressalvado o disposto no artigo 12 da Lei 1.060/50.

Sustenta a legitimidade do apelado, pois no seu sítio virtual oferece a potenciais consumidores o financiamento de veículos novos e usados, restando explícita sua intermediação, porquanto, além de oferecer o empréstimo, também apresenta carros aptos ao negócio.

Aduz que a empresa prestadora de serviços que mantém mercado virtual de financiamentos de veículos é responsável pela segurança das operações ocorridas na internet, e qualquer falha na prestação do serviço perpetrada por terceiro enseja a responsabilidade objetiva e solidária pela reparação dos danos causados ao consumidor, com base na teoria do risco. Ao final, prequestiona dispositivos legais e, requer provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator)

Conforme relatado, o recorrente se insurge contra a sentença em que se extinguiu sem resolução do mérito a pretensão de indenização por danos materiais e morais em face do reconhecimento da ilegitimidade do recorrido.

Revelam os autos que o autor, em dezembro de 2010, objetivando comprar um automóvel usado, acessou o sítio do recorrido que oferece serviços de divulgação de anúncios de veículos automotores, bem como o financiamento para compra.

Interessado por um dos carros anunciados, entrou em contato pelo telefone fornecido no anúncio, tendo sido atendido por uma pessoa que se identificou como representante da empresa Martins Veículos, a qual exigiu o envio de cópia de seus documentos pessoais e comprovante de residência para que pudesse aprovar o cadastro para o financiamento.

Ao retornar a ligação após o envio da documentação, foi informado que o negócio havia sido aprovado, oportunidade em que se exigiu o pagamento de 50% da entrada (R$ 2.600,00 + 350,00 do frete), tendo o recorrente depositado R$ 1.500,00 em conta de pessoa indicada (Alessandra Teixeira de Oliveira) pelo vendedor Raimundo. Posteriormente foi-lhe exigida a outra metade da entrada (R$ 1.450,00) sob o argumento de que o motorista do frete não poderia viajar sem uma quantia em dinheiro para as despesas, o que foi prontamente satisfeito.

Decorrido o prazo da entrega do veículo e não obtendo mais contato com o vendedor, foi informado pelo Departamento de Polícia de Mococa-SP que teria sido vítima de estelionato, e como foi atendido por vendedor que se encontrava cadastrado no sítio da Autopan que, por sua vez, se encontrava dentro do endereço eletrônico do Banco PanAmericano, pleiteia em face deste, o ressarcimento dos danos materiais e morais.

Razão lhe assiste.

Na hipótese, verifica-se a vinculação do Banco na relação jurídica celebrada verbalmente entre o recorrente e a empresa Martins Veículos.

Como ele relata na inicial e se comprova nos documentos colacionados (f. 32), no sítio da *internet* da instituição financeira encontravam-se vários ícones, como, por exemplo, SBT, BAÚ, Telesena, PanAmericano Viagens e AutoPan, sendo que neste último disponibilizavam-se anúncios de automóveis para venda, de forma que representa, sim, liame entre a empresa que vendeu o bem e o recorrido, eis que, apesar deste não ser revendedor de veículos, ao dispor em seu sítio este serviço, tornou-se responsável pelos fornecedores anunciantes.

O recorrente, baseado na confiança de acessar serviços anunciados no sítio do Banco, adquiriu um veículo de empresa estelionatária, de sorte que fica vinculado aos danos sofridos, aplicando a responsabilidade solidária prevista no Código de Defesa do Consumidor para a reparação pretendida, sendo, portanto, parte legítima para figurar no polo passivo.

E tanto é vero que hoje, ao acessar o sítio do Banco (www.panamericano.com.br), constata-se que não mais está disponível o ícone da AutoPan.

Considerando que o processo está em condições de imediato julgamento, passa-se a análise do seu mérito, nos termos do § 3º, do art. 515, do CPC.

Do dever de indenizar

No caso, 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 dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.*

Não há dúvida de que o Banco tem a responsabilidade de indenizar o recorrente na medida em que ficou cabalmente demonstrado que o serviço por ele prestado é falho, pois não garantiu ao consumidor a segurança necessária, permitindo a concretização de negócio por usuária cadastrada em seu sítio e reconhecidamente estelionatária, que descumpriu a negociação realizada ao receber o dinheiro e não enregar o veículo.

Saliente-se que, em razão da atividade que exerce, é sua a obrigação de precaver-se ao máximo na verificação dos produtos e serviços que disponibiliza, uma vez que sua responsabilidade é objetiva.

Desse modo, como restou evidenciada a má prestação de serviços, deve responder pelos danos materiais, estes consistentes no valor que depositou a título de entrada, e morais, eis que não há dúvidas que a conduta indevida causou mais do que desconforto e não se pode considerar como razoavelmente esperado que o apelado, renomada instituição bancária, incorra em tal espécie de falha, acarretando transtornos ao consumidor, gerando-lhe danos que projetam além de simples aborrecimentos.

Do *quantum* indenizatório

Quanto aos danos materiais, o banco deve ser responsabilizado pelo ressarcimento de R$ 2.950,00 (entrada de R$ 2.600,00 + 350,00 do frete) referentes à entrada dada no negócio, conforme os recibos de depósito juntados à f. 27.

Relativamente aos morais, devem ser fixados em termos razoáveis, não justificando que venha a se constituir em meio de enriquecimento sem causa para o ofendido, com manifestos abusos e exageros, e nem para o desprestígio do Poder Judiciário, com condenação em valores irrisórios, devendo operar-se com moderação e proporcionalidade ao grau de culpa, à extensão do dano e à condição social dos envolvidos.

Logo, a quantia de R$ 8.000,00 (oito mil reais), observados os princípios acima, especialmente por se tratar de empresa de grande porte, afigura-se suficiente para a reparação. Além disso, não refoge ao limite normalmente adotado por este Tribunal.

Conclusão

Diante do exposto, voto por se dar provimento ao recurso de Alessandro Brito para tornar insubsistente a sentença e, nos termos do artigo 515, § 3º c.c. 269, II, do CPC, julgar procedentes os pedidos formulados para condenar o Banco recorrido ao pagamento de R$ 2.950,00 (dois mil, novecentos e cinquenta reais) a título de danos materiais corrigido pelo IGPM/FGV desde a data dos depósitos (f. 27) mais R$ 8.000,00 (oito mil reais) de danos morais, corrigidos pelo IGPM/FGV da data desta decisão e juros de mora, em ambos os casos, da data da citação.

Em consequência, condena-se o recorrido ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 15% sobre a condenação, conforme § 3º do artigo 20 do CPC.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO E JULGARAM PROCEDENTE O PEDIDO, 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, Marcos José de Brito Rodrigues e Paulo Alfeu Puccinelli.

Campo Grande, 31 de julho de 2012.

***

Quinta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.014787-9 - Nova Andradina
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – MODIFICAÇÃO DO VEÍCULO SEM AUTORIZAÇÃO PRÉVIA DO ÓRGÃO DE TRÂNSITO - MULTA E PONTUAÇÃO DE RESPONSABILIDADE DO PROPRIETÁRIO DO VEÍCULO - AUSÊNCIA DE PROVA CONVINCENTE DE QUE AO TEMPO DA AQUISIÇÃO PELO IMPETRANTE A MODIFICAÇÃO PRÉ-EXISTIA – DECLARAÇÃO DO TRANSMITENTE DESPROVIDA DE ROBUSTEZ – RECONHECIMENTO DE FIRMA CHANCELA A AUTENTICIDADE DA ASSINATURA E NÃO DO TEOR DA DECLARAÇÃO – RECURSO IMPROVIDO.

Carente os autos de prova do direito líquido e certo alegado, inviável a concessão da segurança, posto que, segundo arts. 98 e § 2º do art. 257 do CTN, qualquer alteração na característica do veículo só pode ser feita depois de aprovado pelo órgão de trânsito e a multa respectiva é de responsabilidade do proprietário. A declaração do vendedor de que foi ele responsável pela modificação, ainda que com firma reconhecida, não tem, ao menos na via estreita do *mandamus,* a robustez que o impetrante busca atribuir-lhe.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 12 de julho de 2012.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Inconformado com a sentença denegando segurança para o fim de suspender efeitos de multa lançada sobre a permissão provisória, com a consequente determinação de expedição da CNH definitiva, proposta em desfavor do Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul – DETRAN-MS, Fernando José Dan Lourenço interpõe recurso de apelação.

Sustenta que, ao contrário do entendimento da magistrada, há nos autos prova suficiente de que a adulteração do veículo foi realizada pelo proprietário anterior. A declaração firmada por este e juntada as f. 18, é prova cabal deste fato e, ainda que obtida unilateralmente tem ela [...] *reconhecida firma em Cartório Extrajudicial, portanto deve ser levado em consideração, o que não o foi* (f. 100).

Pondera a ilegalidade da autuação e registro de pontos na sua habilitação provisória posto que, ao tomar ciência do fato, 16.07.2009, requereu sua regularização junto ao apelado, corroborado pelo de que [...] *não tentasse regularizar a situação do veículo junto ao Detran/MS, jamais teriam ciência da*

adulteração do mesmo, eis que o proprietário jamais foi multado por estar dirigindo veículo adulterado ou por ter adulterado o veículo sem prévia autorização (f. 101).

Requer a reforma da sentença no sentido de declarar [...] *a dos efeitos da multa equivocadamente imposta ao Apelante, fazendo recair sobre o antigo proprietário Sr. Hélio Marcos da Silva, confirmando o direito a obtenção da CNH definitiva, posto que aprovado no período de permissão estabelecido no CTB* (f.101-102), com inversão da sucumbência.

Contrarrazões (f. 114-117).

Parecer (f. 123-127) opinando pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator)

Para denegar a ordem ponderou a sentenciante:

> O impetrado demonstrou que o veículo foi vendido ao impetrante em 8/7/2009, conforme autorização para transferência anexada à f. 71. Razão lhe assiste, portanto, quando afirma que houve tempo bastante para que o novo proprietário realizasse as alterações constatadas, quais seja, a mudança da grade frontal, faróis e para-choque dianteiro do veículo F250 XL, ano 2001, já que a multa foi lavrada em 16/07/2009 (f. 13).
>
> A questão a ser enfrentada refere-se a quem deverá recair a responsabilidade pela alteração das características iniciais do veículo, se ao antigo ou ao atual proprietário.
>
> Como é cediço, o proprietário não pode realizar alterações nas características de fábrica de seu veículo sem prévia autorização (art. 98, CTN). Além disso, é obrigatória a expedição de novo Certificado de Registro de Veículo (CRV) quando for alterada qualquer característica do veículo.
>
> No pesente caso, não se demonstrou que as alterações implementadas no veículo foram precedidas de autorização. Além disso, não há prova de que qualquer dos proprietários, seja o anterior ou o atual, tenha tentado regularizar a situação.
>
> Examinando os autos, entendo que a segurança não deva ser concedida, pois não está presente a liquidez e a certeza do direito, exigidas nesta espécie de demanda.
>
> Ora, não está provado, de plano, que não foi o impetrante quem efetuou as alterações nas características originais do veículo. Como salientado pelo impetrado, o veículo foi transferido de fato para o impetrante cerca de 8 dias antes da autuação da infração, tempo esse suficiente para que procedesse às alterações.
>
> Apenas a declaração do vendedor (f. 18), assumindo a responsabilidade pelas alterações, n]ao é suficiente para a concessão da segurança, já que tal declaração foi obtida unilateralmente e fora do alcance do Poder judiciário, necessitando, pois, ser corroborada em juízo.
>
> Assinalo, ainda, que a conduta penalizada pelo CTB é a de conduzir veículo com a cor ou característica alterada (art. 230, II). Sendo assim, o simples fato de estar dirigindo o veículo com caracteristicas alteradas já pode indicar a ocorrência de infração, pouco importando se o condutor seja ou não o proprietário.

> Doutro norte, não há prova nos autos de que o impetrante estivesse conduzindo o veículo no momento da autuação da infração.
>
> Como se sabe, em sede de mandado de segurança, há a necessidade de comprovação imediata de tudo quanto alegado na inicial. No caso em testilha, não está comprovado pelo autor, por exemplo, que desconhecia as alterações do bem no ato da compra. Pelo contrário, afirmou na inicial que o despachante estava cuidando da situação, o que vem a demonstrar que, ao menos, tomou conhecimento da existência das indevidas alterações, mesmo que tenham sido implementadas pelo proprietário anterior.
>
> Caso tenha adquirido, inocentemente, o veículo já com as alterações e tomado conhecimento de sua existência posteriormente, tais fatos carecem de prova nos autos e deverão ser demonstrados pela via cabível, mais ampla que os estreitos limites desta ação (f. 88-90).

A sentença de fato não merece reforma.

E tenho está convicção com arrimo no conteúdo do art. 98 do CTN, a saber:

> Nenhum proprietário ou responsável podera, sem prévia autorização da autoridade competente, fazer ou ordenar que sejam feitas no veículo modificações de suas características de fábrica.

Como anota Arnaldo Rizzardo[1] *[...] é imprescíndivel que se consiga, antecipadamente, a autorização pela autoridade competente*.

Seno assim, para que a segurança pode ser concedida ao apelante necessário se fazia a comprovação desta autorização requerida pelo então proprietário do veículo.

A declaração de f. 18, ainda que reconhecida a firma, não tem o condão de atribuir a veracidade do seu conteúdo. O ato formal tem o desiderato de atestar que a assinatura é da pessoa que a subscritou.

Não há como não atribuir ao apelante a responsabilidade pela infração porque, nos termos do § 2º do art. 257, infração desta natureza é ao proprietário a responsabilidade. Veja-se:

> Art. 257. As penalidades serão impostas ao condutor, ao proprietário do veículo, ao embarcador e ao transportador, salvo os casos de descumprimento de obrigações e deveres impostos a pessoas físicas ou jurídicas expressamente mencionados neste Código.
>
> [...]
>
> § 2º Ao proprietário caberá sempre a responsabilidade pela infração referente à prévia regularização e preenchimento das formalidades e condições exigidas para o trânsito do veículo na via terrestre, conservação e inalterabilidade de suas características, componentes, agregados, habilitação legal e compatível de seus condutores, quando esta for exigida, e outras disposições que deva observar.

O autor citado ao comentar este dispositivo faz a seguinte informação:

> Há exigências quanto à circulação de veículos que são da órbita exclusiva dos proprietários. Assim quanto às infrações referentes à prévia regularização e preenchimento das formalidades e condições exigidas para o trânsito do veículo em vias terrestres, conservação e inalterabilidade de suas características, componentes, agregados, habilitação

1 *in. Comentários ao Cód. Brasil. de Trânsito,* 8ª ed., RT: São Paulo, 2010, p. 220.

> legal e compatível de seus condutores. Eles respondem pelas consequências, eis que decorrem as irregularidades de sua ineficiência ou omissão. A eles compete colocar os veículos e condições de trafegabilidade.[2]

Na espécie, conforme provas dos autos, em 8.7.2009 o apelante passou a detentor da propriedade do veículo. A autuação foi lavrada no dia 16.07.2009.

A única forma de endereçar a responsabilidade ao proprietário anterior do veículo, pelo menos na via escolhida pelo apelante, seria através de documento deixando evidente a modificação do veículo à época em que a propriedade era do vendedor. Inexistindo esta, mas apenas uma declaração deste, e assim mesmo firmada após a venda, não há como extrair a responsabilidade do apelante, ao menos pela via eleita cujo direito deve, necessariamente, ser comprovado de plano.

Conclusão

Pelas razões expostas, e de acordo com o parecer, conheço do recurso mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Luiz Tadeu Barbosa Silva, Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 12 de julho de 2012.

***

2 idem, p. 507.

Quinta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.015971-9 - Nova Andradina
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – CONTRATO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA COM GARANTIA DE VEÍCULO – GRAVAME COMUNICADO AO ÓRGÃO DE TRÂNSITO ANTES DA VENDA A TERCEIRO – DÍVIDA EM ABERTO – EXCLUSÃO DO GRAVAME AFASTADA – RECURSO IMPROVIDO.

Não prospera os embargos promovido por terceiro, com o propósito de anular gravame existente em veículo adquirido após a constituição da restrição, em contrato de confissão de dívida devidamente informado ao órgão de trânsito.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 5 de julho de 2012.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Colina Agência de Viagens e Turismo Ltda – ME interpõe recurso de apelação objetivando reformar a sentença que julgou improcedente pedido de declaração de ineficácia do gravame de reserva de domínio feita no documento emitido pelo Detran/Nova Andradina, do veículo PAS/Ônibus, Mercedes Benz, ano e modelo 1989, chassi nº 9BM384098KB848107, placa HOO-7683, em favor de Douradiesel S.A., formulado nos autos de embargos de terceiro proposta em desfavor desta.

Alega depreender dos autos *[...] que a Apelada por não possuir nenhuma espécie de documentação plausível, optou por simplesmente negar os fatos explanados na exordial. Deteve-se, a juntar às fls. 97/98, um extrato do sistema nacional de gravame, no entanto, olvidou-se de carrear aos autos o extrato do sistema MEGADATA, onde supostamente deveria constar que inclusão do gravame se deu em outubro de 2005, tal como aduz em sua peça de resistência. Porém, no extrato do sistema Megadata do DETRAN-MS, o documento de fls. 25, colacionado pela Apelante, consta que a inclusão se deu em 17/10/2007, ou seja, após a aquisição do veículo*, e que *estivesse inserido junto ao DETRAN-MS no mês de dezembro de 2005, porque a Apelada não trouxe aos autos nenhum documento nesse sentido, sequer uma declaração do órgão ou a cópia do contrato de alienação averbado* (f. 258), sendo, deste modo, adquirente de boa-fé.

Contrarrazões às f. 266-269.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator)

Trata-se de recurso objetivando a reforma da sentença que julgou improcedente pedido de declaração de ineficácia de reserva de domínio gravado em ônibus adquirido de Endrigo da Silva Pires – ME pela apelante.

A sentença, ao contrário do afirmado pela apelante, não merece reparos.

Extrai-se dos autos que o gravame está instituído no veículo em questão desde 15.09.2005, quando Endrigo da Silva Pires – ME, ajustando com a apelada Instrumento Particular de Confissão de Dívida com Garantia Pignoratícia (doc. de f. 15-18 dos autos da execução em apenso) com propósito de quitar débitos entre aqueles, ofertou o bem como garantia.

A apelada, como lhe cabia, fez a comprovação do seu direito através do documento de f. 97, ou seja, efetuou a comunicação ao órgão de trânsito da constituição do gravame, nos termos da Resolução nº 159/2004 (revogada pela de n. 320/2009), tanto que a inclusão efetivou-se no dia **06.10.2005**, anterior, inclusive, à aquisição do veículo pela apelante.

À apelada incumbia a comunicação ao órgão de trânsito do gravame.

O fato de não constar do Certificado de Registro, documento de f. 19, trazido pela apelante, a informação da alienação é, neste contexto, irrelevante, mesmo porque, nos termos do art. 123 do CTB, não há exigibilidade da expedição de novo CRV quando a hipótese for de gravame.

Ainda que seja relevada a baixa no dia 17.01.2006, o documento de f. 98 comprova que no mesmo dia o gravame foi reconstituído, antecedendo, também, o reconhecimento da firma do vendedor.

Assim, como bem registrou a sentenciante:

> *[...] não obstante sustente a embargante* (ora apelante) *que por ocasião da compra e venda ocorrida em 11/12/2005 não pendia nenhuma restrição sobre o veículo PAS/ ÔNIBUS, marca Mercedes Bens, ano e modelo 1989, placa HOO-76893 (sic) prova o contrário. É que pela documentação acostada Pas f. 97-98, vê-se claramente que a reserva de domínio em favor da empresa Douradiesel S/A foi feita em 06/10/2006 e cancelada em 17/01/2006, data essa em que foi posteriormente reincluído o gravame.*

A par dos documentos trazidos aos autos pela apelada, há o depoimento da testemunha Juarez Severino da Silva (f. 179), asseverando a transação e o respectivo registro do gravame junto ao órgão de trânsito, veja-se:

> [...] trabalhou na empresa embargada por doze anos; que deixou a empresa em abril de 2.006. [...] Que sabe que a embargada realizou contrato de confissão de dívida com a executada; que a inclusão do gravame do veículo deve ter ocorrido no início de outubro de 2.005 pois o contrato foi realizado aqui em Nova Andradina e encaminhado para Navirai; que tem conhecimento que foi dado baixa no gravame e a reinclusão do mesmo pela empresa embargada; que a reinclusão foi feita imediatamente após a baixa. [...] Que a baixa do gravame foi feito a pedido da pessoa de Edson e Emdrigo, pai e filho, posto que estes haviam pedido a substituição do bem que havia sido dado em garantia por um outro em razão da venda do mesmo, sendo que o gravame foi novamente efetivado pois o bem que iria substituir não correspondia as informações prestadas pelo devedor.

Conclusão

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. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Luiz Tadeu Barbosa Silva, Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 5 de julho de 2012.

***

Quinta Câmara Cível
Agravo Regimental em Agravo n. 2012.017632-0/0001-00 - Ribas do Rio Pardo
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – PEDIDO DE ALVARÁ PARA VENDA DE SEMOVENTES – OITIVA DOS HERDEIROS – IMPOSIÇÃO LEGAL – ART. 992 DO CPC – MANIFESTAÇÃO JUDICIAL DE MERO IMPULSO PROCESSUAL – IRRECORRIVEL – PEDIDO DE ADMINISTRAÇÃO LIVRE DOS BENS DESTINADOS À MEEIRA – IMPOSSIBILIDADE – INDIVISIBILIDADE ATÉ PARTILHA – ADMINISTRAÇÃO PELA INVENTARIANTE, COM PRESTAÇÃO DE CONTAS – RECURSO IMPROVIDO.

1. A manifestação do juiz no sentido da oitiva dos herdeiros quanto ao pedido da inventariante de vendas de semoventes não é desafiada por recurso, por ser ato de mero impulso do processual, aliado ao fato de ser providência legal.

2. Os bens adquiridos na constância do casamento são levados ao espólio e administrados pela inventariante. A meação só será definida ao tempo da partilha, sendo inadmissível a antecipação de fruição exclusiva à conjuge sobrevivente. Até então, a gerência do espólio dar-se-á pela inventariante, inclusive mediante prestação de contas.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 9 de agosto de 2012.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Rosilene Zornio Dutra interpõe agravo regimental com o propósito de ver reconsiderada a decisão deste relator, proferida no agravo de instrumento nº 2012.017632-0, que não conheceu da matéria relativa à expedição de alvará para venda de bovino arguida, conhecendo, no entanto, da matéria relativa ao usufruto antecipado da meação, mas negando seguimento ao dito recurso por entendê-lo improcedente.

Argumenta que a oitiva dos demais herdeiros sobre o pleito da venda de bovino refoge do mero despacho de expediente, por trazer em seu bojo carga decisória e dotada de lesividade, dada a imperiosa necessidade de vacinação do rebanho quer por determinação legal e administrativa quer pelo *[...] iminente risco a própria subsistência dos animais [...] justificando a concessão da medida "inaudita altera pars"* (f. 180-181).

No tocante à fruição de sua meação, diz ser equivocada a premissa do relator, tanto quanto foi a do juiz porque, mesmo considerando a existência da ação de reconhecimento de união estável que propusera, não pode ser olvidado que o imóvel cuja meação busca exercer plenamente foi adquirido na constância do seu casamento com o *de cujus,* mesmo porque, além da meação é detentora de mais 20% da área, cuja aquisição está comprovada nos autos e registrado nas matrículas do imóvel, circunstância que afasta a hipótese de antecipação da cota hereditária, mas meação propriamente dita, que não se confunde com a administração da herança, nos termos do art. 1.991 do Código Civil.

Pondera que também não pode ser levado em conta a ação de sobrepartilha intentada por terceira pessoa pelo mesmo motivo da situação anterior, qual seja, sua condição de meeira e não de herdeira. A sobrepartilha pesa sobre bens partilháveis por força da sucessão, mesmo porque sua intenção não é desfazer-se do bem, mas, como dito, o pleno exercício do direito de usar, gozar e fluir dos bens que lhes pertence, garantindo, inclusive, sua própria sobrevivência, a dignidade da pessoa humana.

Requer a reconsideração da decisão agravada ou remessa ao Colegiado, para deferir os pedidos negados pelo juiz *a quo*.

Mantenho a decisão pelos próprios fundamentos.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator)

A decisão cuja profligação é pretendida foi projetada nos seguintes termos, por este relator:

> Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Rosilene Zornio Dutra em face da decisão interlocutória que, diante da provocação da inventariante, ora recorrente, quanto ao pedido de alvará para venda de bovino, determinou abertura de vista aos demais herdeiros, indeferindo o pedido de fruição antecipada da cota hereditária ou pessoal. Eis o conteúdo do decisum interlocutório, verbis:
>
> "[...]
>
> 3 – Com relação ao pedido de alvará para venda de bovino, abra-se vista aos demais herdeiros. Como são todos condôminos, devem arcar com as responsabilidades e riscos de sua eventual discordância na venda do gado.
>
> 4 – Indefiro o pedido da inventariante de fruição antecipada de sua cota hereditária ou pessoal, tendo em vista que tramitam neste juízo uma ação proposta por ela visando o reconhecimento de união estável, e ainda, uma outra ação proposta por terceira pessoa, visando sobrepartilha dos bens deixados pelo finado, alegando que quando se separou houve sonegação de bens[...]"
>
> 1. Alvará para venda de bovino
>
> Reza o art. 504 do Código de Processo Civil, in verbis: "Dos despachos não cabe recurso."
>
> A respeito do dispositivo em comento, o Professor Nelson Nery Junior,[1] preleciona que:

1 *Código de Processo Civil Comentado*, Editora Revista dos Tribunais, 9ª Edição, pág. 724.

"3. Irrecorribilidade dos despachos. O art. 162, § 3º define despacho como o ato judicial ordinatório destinado a dar andamento ao processo. Porque desprovido de conteúdo decisório, não tem aptidão para causar gravame, sendo, conseqüentemente, irrecorrível." (destaquei).

No caso em tela, verifico que juízo a quo apenas determinou a abertura de vista aos demais herdeiros quanto ao pedido de expedição de alvará para autorização de venda de gado bovino a ser realizada pela inventariante, aqui recorrente, tratando-se, destarte, de despacho de mero expediente, sendo incabível a interposição de qualquer recurso.

A respeito, vejamos o posicionamento do Tribunal do Estado de Minas Gerais:

"Contra despacho sem cunho decisório, em que o Juízo apenas postergou o exame do pedido liminar para depois da citação e resposta do réu, não cabe recurso. Trata-se de despacho de mero expediente, portanto, irrecorrível." (TJMG 1.0024.08.245863-9/001(1), Rel. Des. José Flávio de Almeida, j. 18.02.2009).

No mesmo sentido, os precedentes deste Tribunal:

"AGRAVO REGIMENTAL AGRAVO AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO DESPACHO SEM CONTEÚDO DECISÓRIO IRRECORRÍVEL RECURSO IMPROVIDO.

Não cabe recurso de ato judicial desprovido de conteúdo decisório, nos termos do art. 504 do CPC" (TJMS. Agravo Regimental em Agravo n. 2011.000282-6/0001, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, 3ª Câmara, j. 08.02.2011).

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - NEGATIVA DE SEGUIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO DE MERO EXPEDIENTE - AUSÊNCIA DE CARGA DECISÓRIA – IRRECORRIBILIDADE - DECISÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.

O despacho que não ostenta carga decisória, configurando-se como de mero expediente, não admite a interposição de agravo de instrumento" (TJMS. Agravo Regimental em Agravo n. 2011.017277-6/0001, Rel. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, 4ª Câmara, j. 09.08.2011).

Portanto, conclui-se pelo não conhecimento da matéria alusiva ao pedido de expedição de alvará, tendo em vista a ausência de decisão.

2. Usufruto antecipado de meação

Já quanto a esta matéria, mantenho a decisão recorrida.

Como bem salientado pelo juízo a quo, a fruição antecipada da cota hereditária ou pessoal, que se trata de imóvel rural descrito na ação de inventário, se mostra impertinente no presente caso, porquanto tramita na comarca de Ribas do Rio Pardo ação proposta pela inventariante, ora recorrente, onde se pretende o reconhecimento de união estável com o falecido, e também uma outra ação proposta por terceira pessoa, visando sobrepartilha dos bens deixados pelo de cujus, onde se alega sonegação.

Ademais, o pedido de fruição antecipada de cota hereditária, ao que parece e ao contrário do sustentado pela agravante, não tem por finalidade única a obtenção de recursos para fazer frente às despesas do espólio, mas, sim, de antecipar os efeitos da partilha, em benefício exclusivo da inventariante, ora recorrente, o que não se pode admitir, sob pena de eventual prejuízo para os demais herdeiros.

> Isto posto, conheço em parte do recurso e, na parte conhecida, nego-lhe seguimento, nos termos do art. 557, caput, 2ª figura do CPC. (f. 174-175).

Os argumentos da agravante não me convencem de que mereça reforma a referida decisão monocrática.

1. Do alvará para venda de gado

A oitiva dos herdeiros para falar sobre o expedição de alvará para venda do gado é procedimento de mero expediente. A carga lesiva adviria pela expedição da ordem sem que os demais herdeiros manifestassem a respeito. A vacinação do gado, de fato, é uma exigência dos órgãos sanitários. Todavia, não é por isso que deve o magistrado agir sem o poder geral de cautela em relação ao direito dos herdeiros.

A administração dos bens do espólio pela inventariante é procedida com olhos voltados ao bem de todos, com preservação do direito dos co-herdeiros.

O art. 992 do CPC exige a oitiva de todos os interessados sempre que a inventariante necessitar *"fazer as despesas necessárias com a conservação e o melhoramento dos bens do espólio"* (inc. IV).

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero,[2] comentando o referido dispositivo, registram que:

> Se qualquer dos atos mencionados no art. 992 do CPC, é realizado sem a prévia oitiva dos interessados e sem a autorização do juiz, há possibilidade de nulificá-los (STJ-3ª Turma, Resp 140.369/RS, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 22.09.1998, DJ 16.11.1998, p. 87). São nulos. [...].

2. Administração de meação

Neste contexto, como consta das razões de agravo de instrumento, a agravante intentou ação declaratória de reconhecimento de união estável derivada de concubinato cumulada com partilha dos bens havidos em comum, com o propósito de buscar o reconhecimento judicial de sua meação em relação aos bens adquiridos na constância da convivência com o *de cujus*.

Ora, se a ação adrede ao direito de família está em curso, não há se falar, ao menos neste momento, em administração de meação, mas de todo o acervo do espólio.

Quanto aos bens de propriedade da agravante, evidentemente que não se há falar em composição do monte, eis que não pertence ao espólio, e sob a administração da agravante já se encontra, quer por força do direito de propriedade quer por força do encargo da inventariança.

Como a intenção da agravante é gerir de forma ampla e irrestrita os bens relativos à meação e não somente aqueles que ela detem a propriedade, evidentemente que agiu com acerto o magistrado singular no indeferir a pretensão manifestada nos autos de inventário pela agravante, na medida em que, enquanto não for partilhado os bens do acervo, os bens encontram-se indiviso.

De ver-se, por outro ângulo, que a meação não deve ser separada antes da partilha. É que, estando o bem imóvel em **comum**, obviamente não se há falar em *separação* da meação antes da partilha. É justamente na partilha que haverá ou a partilha material do bem ou a partilha em percentual (em comum). Isso, no entanto, não impede a agravante de alienar a parte da qual já é proprietária ou da parte de que detém a meação no referido inventário: basta que o faça ou através de compra e venda ou de cessão de direitos de meação, respectivamente, assegurado aos condôminos o direito de preferência.

2 *in, Cód. Proc. Civil comentado art. por art.*, 3ª tir., RT: São Paulo, 2009, p. 882.

Em resumo e por exemplo: se num imóvel a mulher detém 20% na propriedade e, no inventário da área ideal correspondente a 80% ela, mulher, questiona ser proprietária da meação desse percentual, continuará ela com a propriedade exclusiva dos 20%, podendo inclusive alienar essa parte ideal, assegurados aos demais condôminos a preferência na aquisição. Enquanto não ultimada a partilha, ela, mulher, na condição de inventariante, **administrará o espólio**, com a incumbência de prestar contas, sem que tenha a liberdade de alienar livremente a parcela que disputa e que, obviamente, se encontra *sub judice*.

Conclusão

Isto posto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Luiz Tadeu Barbosa Silva, Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 9 de agosto de 2012.

***

Quinta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.017794-4 - Sonora
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – AÇÃO INTENTADA EM NOME DE PESSOA FALECIDA – MANDATO – FINALIZAÇÃO COM O FALECIMENTO – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ CARACTERIZADA – INC. II, ART. 17, CPC – RECURSO IMPROVIDO.

Carece de capacidade processual a parte que propõe ação utilizando-se de procuração cujos poderes cessaram com o falecimento do outorgante. Má-fé caracterizada.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 12 de julho de 2012.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Joya Agropastoril Ltda. interpõe recurso de apelação, manifestando inconformismo com a sentença que julgou extinto sem resolução de mérito (inc. IV do art. 267, CPC), os embargos de terceiro interpostos em desfavor de Rosa Bachi de Souza, Ângelo Fernandes Cano e sua mulher Dulce Gimenes Fernandes Cano, Espólio de Hercules Flávio dos Reis, Ermano Flávio dos Reis e sua mulher Maria Aparecida Volutto dos Reis e Walter Acosta Fernandes, e lhe condenou à pena de litigância de má-fé.

Sustenta ter Amadeu Gersio Pieroni, em 18.08.1989, conferido poderes a Antonio Luiz Lamacchia e José Roberto Lamacchia para, *em conjunto ou isoladamente, vender ou compromissar a venda, ceder, transferir ou por qualquer outra forma alienar a "Gleba I – Parte do Lote Penassimom, no Município de Sonora – MS", com área de 4.431ha 9.896m2, podendo estes representá-los ampla e irrestritamente na prática de todos os (sic) quaisquer atos necessários ao bom e fiel cumprimento do mandado* (f. 273).

Como a posse da área adquirida necessitou ser defendida em juízo, os adquirentes perderam contato com o vendedor, mas detinham procuração com amplos poderes, e da procuração dela serviram-se para o mister. No entanto, como no curso da lide o outorgante faleceu, requereu emenda à *[...] inicial com propósito de promover a substituição do primitivo autor da demanda pela empresa requerente, atual proprietária do imóvel por força de Escritura Pública de Compra e Venda firmada em 29/11/2001* (f. 273).

Diz que, por não ter feito no pedido qualquer alusão que *[...] a morte do Sr. Amadeu era conhecida anteriormente ao ingresso da demanda, não há considerar nulos os atos processuais praticados enquanto a morte de tal mandante era desconhecida, sendo equivocada também, por consequência, a condenação à multa por litigância de má-fé* (f. 274), mesmo porque o instituto da substituição é destinado à legitimação do sucessor pelo sucedido, já que adquire a titularidade.

Requer provimento do recurso para deferir-se a substituição processual e extirpar a pena de litigância de má-fé.

Sem contrarrazões, embora intimados os apelados (f. 283-284).

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator)

Trata-se de embargos de terceiro ajuizados em 03.05.2011 por Amadeu Gersio Pieroni em desfavor de Rosa Bachi de Souza, Ângelo Fernandes Cano e sua mulher Dulce Gimenes Fernandes Cano, Espólio de Hercules Flávio dos Reis, Ermano Flávio dos Reis e sua mulher Maria Aparecida Volutto dos Reis e Walter Acosta Fernandes, em defesa de posse mansa e pacífica desde meados de 1989, e propriedade desde 20.07.2001, transmitida pelo Departamento de Terras e Colonização do Estado de Mato Grosso do Sul, sob o argumento de turbação proveniente do trabalho demarcatório realizado nos autos 055.81.500006-0.

A inicial vem acompanhada de diversos documentos, dentre os quais a procuração *ad judicia* outorgada ao advogado João Magno N. Porto por Amadeu Gérsio Pieroni [...] *representado por seu procurador, Sr. Antonio Luiz Lamacchia,* em 06.10.2010 (f. 15), cujos poderes foram a este e a José Roberto Lamacchia outorgados por Amadeu Gersio Pieroni e sua mulher através de instrumento público, lavrado no 8º Tabelionato de Notas de São Paulo em 18.08.1989.

Ao responder os termos da ação, a embargada Rosa Bachi de Souza arguiu preliminar de nulidade absoluta do processo em razão do uso do *nome do falecido* ***Amadeu Gérsio Pieroni*** *para figurar na petição inicial elaborada neste ano de 2011, embora ele tenha morrido em São Paulo (SP) aos 15.03.2005*, juntando, como prova, a certidão de óbito (f. 125).

Posteriormente Joya Agropastorial Ltda., a ora recorrente, requereu ao juízo condutor do feito o seu ingresso na lide em substituição do autor originário, dizendo que *[...] por força de documentação apresentada pelo réu da Ação Declaratória 039.11.000097-6, em trâmite pela Comarca de Pedro Gomes – MS, o procurador Antônio Luiz Lamacchia, acabou tomando conhecimento do falecimento do outorgante, Sr. Amadeu Gersio Pieroni, fato este que, por consequência, também acaba por implicar na necessidade de se emendar a petição inicial [...] haja vista que, conquanto sejam válidos os atos praticados pelo mandatário que desconhecia a morte do mandante (art. 689 do Código Civil), para o regular prosseguimento do feito, mostra-se necessária a imediata substituição processual do falecido (art. 43 do Código de Processo Civil), até porque, como se sabe, com a morte a pessoa natural deixa de existir (art. 6º do Código Civil)* (f. 188-189).

Conclusos os autos, a juíza *a quo* proferiu sentença, extinguindo o processo sem resolução de mérito, por ausência de capacidade processual do autor-embargante (f. 232-233), gerando o presente recurso.

A irresignação da apelante é, no entanto, desprovida de razão.

O art. 43 do CPC, que trata da substituição processual, é de clareza solar ao admiti-la a partir do momento em que haja *[...] a morte de qualquer das partes,* ou seja, posterior ao ingresso da ação.

Não é o que ocorreu na espécie.

Os documentos dos autos comprovam o falecimento de Amadeu Gersio Pieroni (o pseudo *autor* da presente ação) em **15.03.2005**. Como poderia ele demandar em **03.05.2011**? Afinal, a procuração por ele outorgada, com poderes *ad judicia*, já estava, de há muito, extinta, dada a inexistência da pessoa natural.

O art. 6º do Código Civil deixa a claro quanto ao término da *pessoa natural com a morte.*

Não há dúvida quanto a substituição das partes pela superveniência da morte de qualquer delas. A possibilidade decorre, no entanto, desde que, como já dito, a ação já tenha sido proposta. Em casos tais, o art. 265 do CPC determina a suspensão para que haja então a habilitação dos sucessores.

O inc. II do art. 682 do Código Civil também não deixa margem de dúvida quanto a cessação do mandato pela morte de uma das partes.

O falecimento de Amadeu Gersio Pieroni fez cessar o mandato por este outorgado, como fez cessar também a sua capacidade processual.

Em casos assemelhados a jurisprudência pauta-se exatamente por este entendimento, veja-se:

> Falecido o executado antes do ajuizamento da execução fiscal, impossível a regularização do pólo passivo da demanda. (TJMS, Apelação Cível N. 2012.014239-8, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, j. 31.5.2012, Quinta Câmara Cível).
>
> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL – EXECUTADO FALECIDO ANTES DA PROPOSITURA DA DEMANDA – CDA EMITIDA EM NOME DO DE CUJUS – IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DO PÓLO PASSIVO DA AÇÃO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (TJMS, Apelação Cível N. 2012.008261-4, Rel. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, j. 26.4.2012, Quinta Câmara Cível).
>
> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – PARTE JÁ FALECIDA QUANDO DO AJUIZAMENTO – IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO – ART. 43 DO CPC – EXTINÇÃO DA CAPACIDADE JURÍDICA COM A MORTE – EXTINÇÃO DO PROCESSO – RECURSO NÃO PROVIDO.
>
> Conforme estabelece o art. 43 do CPC, admite-se a substituição de parte no processo somente quando o falecimento ocorrer em seu curso.
>
> Sendo a capacidade de ser parte um dos pressupostos processuais, o ajuizamento de ação em face de pessoa já falecida leva à extinção do processo sem julgamento do mérito. (TJMS, Apelação Cível N. 2011.033706-6, Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade, j. 6.12.2011, Segunda Turma Cível).

Quanto a pena de litigância de má-fé, foi ela aplicada à apelante sob o seguinte fundamento:

> Diante da análise da inicial, demais documentos e afirmativas apresentadas na petição de fls. 188/190, entende-se que o postulante alterou a verdade dos fatos, de modo que considera-se litigante de má-fé, conforme disposto no art. 17, II, do Código de Processo Civil.

> Pelo exposto,[...] condeno o postulante de má-fé (Joya Agropastoril Ltda) a pagar aos demandados multa de 1% do valor da causa. (f. 233).

Também com acerto agiu a sentenciante.

Vislumbra-se dos autos que o falecimento de Amadeu Gersio Pieroni foi comprovado pela apelada Rosa Bachi em junho de 2011 (f. 125-130 e 132). No entanto, a apelante, em julho de 2011, requereu a substituição do polo ativo com alegação inconsistente de que somente por força da informação da apelada é que o procurador daquele tomou ciência de seu falecimento.

O argumento é pueril. Assim o vejo porque, como a própria apelante alega, adquiriu a área em questão do falecido em 29.11.2001 e mesmo assim, em 03.05.2001 propôs a ação de embargos de terceiros em nome do transmitente vendedor. Evidente a falta de lealdade da apelante. O § 1º do art. 1.046 do CPC é de clareza solar quanto a legitimidade para a propositura quer pelo titular do domínio quer por *terceiro senhor e possuidor, ou apenas possuidor*.

Logo, o proceder da apelante refoge da lealdade e boa fé orientados pelo art. 14 do CPC.

Ao comentar esse artigo, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero[1] trazem ensinamento impar quanto ao dever das partes:

> 1. Probidade Processual. O processo civil está pautado pela necessidade de observância da probidade em todos os seus atos. Trata-se de preocupação de fundo ético, que se busca atender com a previsão de deveres éticos ao longo de todo o processo. O art. 14, CPC, prevê deveres. Não se trata de ônus. Eventual desatendimento gera sanção (arts. 14, parágrafo único, 16, 18 e 35, CPC).
>
> 2. Dever de Veracidade. O dever de veracidade contém em si o dever de completitude. Não o satisfaz, simplesmente, que os participantes do processo exponham as alegações de fato de forma veraz e não as alterem intencionalmente. A exposição deve ser completa: atenta igualmente contra o dever de verdade quem omite alguma alegação de fato que pode dar lugar à improcedência de seu pedido, ou a um de seus pedidos, ou mesmo que dê ensejo à reconvenção da outra parte. As partes podem escolher quais as alegações de fato que hão de levar ao processo. Levando-as, contudo, devem expô-las em conformidade com a verdade e de maneira completa.
>
> 3. Dever de Lealdade e de Boa-fé. Lealdade, aqui, está no sentido de sinceridade, fidelidade, honestidade. A lealdade que se exige é a consciência de não agir de modo manifestamente contrário a direito. Não se trata, pois, de permitir que se aja em juízo apenas quando se tem razão: basta para o atendimento ao dever de lealdade que os participantes do processo tenham em si expectativas mais ou menos firmes de provimentos favoráveis às suas aspirações (que há possibilidade no pleito, que a hipótese aventada não é absurda ou grosseira). Está de boa-fé no processo aquele que se comporta de forma aceitável, segundo padrões de conduta socialmente adequados.

Interposto os embargos de terceiro por quem já não era detentor da posse e, o mais grave, utilizando-se de procuração desprovida de efeitos, evidente a falta de lisura processual por parte da apelante (inc. II, art. 17, CPC).

Conclusão

Isto posto, conheço do recurso mas nego-lhe provimento.

1 in, Cód. Proc. Civil Comentado art. por art., 3ª tir., RT: São Paulo, 2009, p. 112

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Luiz Tadeu Barbosa Silva, Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 12 de julho de 2012.

***

Terceira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.013204-3 - Campo Grande
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REVISÃO DE CONTAS TELEFÔNICAS COM PEDIDO DE DANOS MORAIS – FATURAS EMITIDAS APÓS TRANSFERÊNCIA DAS LINHAS PARA OUTRA OPERADORA, EM FACE DA PORTABILIDADE – AUSÊNCIA DE PROVA DA EFETIVA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO, A CARGO DA OPERADORA – COBRANÇA INDEVIDA – SENTENÇA MANTIDA NESSA PARTE – DANOS MORAIS – INEXISTÊNCIA DE PROVA E EXTENSÃO DO DANO PELA SIMPLES EMISSÃO DE CONTAS TELEFÔNICAS – MERO DISSABOR – DANOS MORAIS NÃO DEVIDOS – REFORMA DA SENTENÇA NO PARTICULAR – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Compete à operadora de telefonia comprovar a prestação do serviço, de forma que, emitindo faturas sem discriminação e não comprovando a efetiva utilização dos terminais pela consumidora, impõe-se a declaração de não exigência dos valores cobrados, sobretudo após a data de transferência da portabilidade numérica para outra concessionária.

O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar de dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige, ainda que pessoa jurídica.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 26 de junho de 2012.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson

14 Brasil Telecom S/A, inconformada com a sentença (f. 105-106-verso) que julgou parcialmente procedente a ação revisional de contas telefônicas que lhe promove Exclusiva – Limpeza Comercial e Industrial Ltda, interpõe recurso de apelação postulando sua reforma nesta instância.

A sentença em questão julgou inexistentes as cobranças das faturas alusivas aos meses de outubro e novembro de 2008 e condenou a apelante ao pagamento de danos morais no importe de R$ 18.660,00, deixando de condenar a apelante ao pagamento em dobro do valor cobrado ante a comprovação da falta dos pagamentos respectivos.

Em suas razões (f. 111-151), a recorrente aduz ser legítima a cobrança das faturas descritas na inicial, uma vez que a portabilidade das linhas se deu de forma regular, dentro do período indicado, não havendo prova em contrário no sentido de que as ligações faturadas tenham decorrido de erro da operadora, conforme demonstram as telas apresentadas relativas ao consumo dos meses em discussão.

Por outro lado, ressalta que na espécie não se pode falar em danos morais, eis que não comprovados, de forma que a prevalecer a sentença recorrida estar-se-á privilegiando o enriquecimento sem causa e dando vazão à indústria do dano moral, hoje disseminada na cultura jurídica do País em casos de mero aborrecimento da parte.

Na sequência, para o caso de ser negado provimento ao apelo, pugna pela redução do valor arbitrado para os danos morais, aduzindo que o *quantum* fixado encontra-se em desconformidade com os princípios que norteiam situações dessa natureza.

Contrarrazões às f. 161-163, nas quais a apelada manifesta-se pela manutenção da sentença objurgada.

VOTO

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

Os autos dão conta de que a recorrida Exclusiva – Limpeza Comercial e Industrial Ltda, contratou com a apelante 14 Brasil Telecom S/A a instalação em seu estabelecimento comercial de diversas linhas telefônicas agrupadas nos contratos juntados às f. 87-91, denominados de PLANO BRASIL EMPRESA.

Ocorre que, ainda segundo os autos, depois da implantação da chamada portabilidade numérica, a recorrida transferiu, em agosto de 2008, as linhas telefônicas para outra operadora e, nada obstante, continuou a receber da 14 Brasil Telecom S/A, faturas de meses subsequentes (setembro/2008 a novembro/2008).

Diante dessas cobranças, a autora/apelada teria entrado em contato com o *call Center* da apelante, onde não logrou êxito em resolver a narrada situação de cobrança indevida. Alegou que esse contato foi feito através do protocolo nº AC027315500/2008 (cf. f. 04).

Diante desse quadro, ajuizou a presente ação que denominou de revisional de contas telefônicas, em cuja inicial também requereu a condenação da operadora e compor danos morais (cf. f. 15, item "d") e a pagar em dobro os valores cobrados.

Instruído o feito com a prova carreada pelas partes na inicial e defesa, o magistrado *a quo* julgou em parte procedentes os pedidos contidos na inicial, declarando a inexigibilidade das faturas emitidas após agosto de 2008 e condenando a apelante a pagar danos morais da ordem de R$ 18.660,00. Deixou de acolher o pedido relativo à devolução em dobro porque a interessada não comprovou que havia quitado as indigitadas faturas.

Assim exposta a situação jurídica envolvendo as partes e examinando o conteúdo probatório dos autos, tenho que assiste parcial razão à recorrente no que diz respeito à prova do dano moral, uma vez que os fatos gravitaram em torno da cobrança indevida e, por reflexo, o dever de indenização por danos morais.

Mas primeiramente examina-se a questão da emissão de faturas em meses posteriores à transferência (mediante portabilidade) para outra operadora que, segundo alegado, ofereceu maiores vantagens à consumidora, bem como se as cobranças foram legais.

Nesse aspecto a sentença mostra-se irrepreensível por uma simples razão: a apelante em nenhum momento logrou contrariar a alegação da inicial no sentido de que a transferência se dera em agosto, mostrando-se de total irrelevância a apresentação de cópias de telas de computador após a prolação da sentença.

Aqui, evidentemente, a prova dos fatos desconstitutivos, extintivos ou modificativos do direito reclamado, cabia à requerida, eis que possui condições técnicas privilegiadas sobre os lançamentos das ligações ocorridas entre setembro de novembro de 2008 e que a portabilidade se deu após esses meses.

Demais disso, veja-se a seguinte orientação do STJ:

> A inversão do ônus da prova pode decorrer da lei (‘ope legis’), como na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14 do CDC), ou por determinação judicial (‘ope judicis’), como no caso dos autos, versando acerca da responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC).
>
> Inteligência das regras dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, e. 6º, VIII, do CDC.
>
> A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes, pautando, conforme o ônus atribuído a cada uma delas, o seu comportamento processual (aspecto subjetivo). Doutrina. (REsp 802832, j. em 13.4.2011, 2ª Seção, rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, DJe 21.9.2011 – in site do STJ).

Além do entendimento da jurisprudência, a doutrina de Humberto Theodoro Júnior assim qualifica a prova:

> Prova no sentido objetivo, é o meio hábil para demonstrar a existência de um fato (documentos, testemunhas, perícias). No sentido subjetivo é a certeza (estado psíquico) que se originou do fato demonstrado, ou seja, a convicção formada no espírito do julgador em torno do referido fato” (In Curso de Direito Processual Civil, Forense, vol I, 44ª edição, p. 456, n. 414).

Destarte, incumbia à prestadora do serviço comprovar a legalidade das faturas discutidas nos autos. Não o fazendo de forma objetiva e segura, impõe-se a manutenção da sentença no particular, mesmo porque tem o dever de zelar, até porque maior interessada na relação, pela legalidade de cobranças, observando o estrito consumo da consumidora.

Dos danos morais

Nada obstante ser possível a ocorrência de dano moral à pessoa jurídica, esse dano necessita ser exaustivamente comprovado pela própria interessada, não havendo que se falar, nesse caso específico, em inversão do ônus, eis que se cuida de direito personalíssimo, nada havendo que justifique a uma condenação *in re ipsa*.

A bem da verdade, o que se vê dos autos são meras e vazias alegações sobre dano ao patrimônio moral da apelante, sem comprovação de qualquer prejuízo dessa ordem às suas atividades normais, no relacionamento com credores, devedores e fornecedores que pudessem indicar abalo só porque não recebeu o atendimento que esperava.

De há muito, nossos tribunais vem sistematizando essa questão, no sentido de que qualquer aborrecimento ou transtornos cotidianos impliquem, ipso facto, em dano moral. Ora, o dano moral, como vem sendo visto pela doutrina e pela jurisprudência, é aquele que atinge o íntimo, o âmago do patrimônio

moral de alguém, inda que pessoa jurídica, quando então se exige que a prova seja concludente em todos os sentidos.

Inexistindo esses elementos de prova, pedidos dessa natureza caem na vala comum do enriquecimento sem causa.

Demais disso, a jurisprudência predominante, objetivando evitar a banalização de pedidos dessa natureza, tem assentado a seguinte orientação:

> O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar de dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige. (REsp 215666, 4ª Turma STJ, rel. Min. Cesar Rocha, in RSTJ 150/382).

Enfim, o dano moral é aquele reputado como sendo a dor, o vexame, o sofrimento ou a humilhação que, fugindo da realidade, interfere no comportamento psicológico do indivíduo, causando angústia e desequilíbrio em seu bem estar social e afetivo.

Veja-se que no caso concreto houve o restabelecimento do *statu quo ante,* mediante a determinação judicial de cancelamento das faturas, sem quaisquer outras implicações relevantes.

Demais disso, inexistem nos autos provas consistentes acerca de qualquer dano à imagem, à honra ou ao relacionamento comercial ou de serviços da apelada, de que se possa extrair o dano moral por ela reclamado.

Conclusão

Em face do exposto, conheço do recurso e lhe dou parcial provimento para afastar da sentença profligada a condenação por danos morais, mantendo-a nos demais tópicos.

Por força da sucumbência e tendo presente que cada parte foi vencedora e vencida, nos termos do artigo 21 do CPC, condeno cada uma delas a pagar honorários advocatícios no valor de R$ 1.000,00, facultada a compensação nos termos do referido dispositivo legal.

Pagarão as partes, cada uma, 50% de custas e despesas do processo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

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

Campo Grande, 26 de junho de 2012.

***

Terceira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.015723-4 - Bandeirantes
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – EMBARGOS DE TERCEIRO – IMÓVEL PENHORADO – AQUISIÇÃO MEDIANTE COMPROMISSO PARTICULAR DE COMPRA E VENDA FIRMADO COM PESSOAS ESTRANHAS AO PROCESSO DE EXECUÇÃO – PROVA DA POSSE DEMONSTRADA – LIBERAÇÃO DO BEM DA CONSTRIÇÃO JUDICIAL – FRAUDE À EXECUÇÃO – AFASTADA – RECURSO DO EMBARGANTE CONHECIDO E PROVIDO.

Demonstrado nos autos que o embargante adquiriu o imóvel penhorado mediante contrato particular de compra e venda, celebrado com pessoas estranhas à execução, que por sua vez, o adquiriram de forma legal do anterior proprietário do bem, impõe-se que os embargos de terceiro sejam julgados procedentes para o fim de desconstituir a constrição judicial havido nos autos da execução.

Ocorrendo a alienação dos bens em momento anterior ao ajuizamento de ação capaz de reduzir o executado à insolvência, não há que se falar em fraude à execução.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 26 de junho de 2012.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho– Em substituição legal.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson

Delso Nogueira Menezes, inconformado com a sentença que julgou improcedente o pedido nos autos de embargos de terceiro nº 025.10.000222-0 que move em face de Gilberto Gonçalves de Oliveira e outros, interpôs a presente apelação cível.

Em suas razões recursais, alegou em síntese que de acordo com a originária matrícula nº 10.093, fls. 17, em sua cadeia dominial, o imóvel objeto dos autos, inicialmente pertenceu a Elena Aparecida Gonçalves de Oliveira, no período compreendido entre 16/5/1990 a 15/9/1998, ocasião em que foi vendido ao Sr. Rubilam Marcos Vedovatte. Este, por sua vez, o transferiu em 23/2/2000, através de escritura pública de compra e venda ao Sr. Herculano Cabrita de Lima e seus filhos (menores de idade).

Argumentou que o contrato particular de compra e venda que demonstra a aquisição do imóvel em nome de Herculano Cabrita de Lima é datado de 16.11.1999, portanto, por se tratar de documento particular, foi automaticamente substituído pelo documento público (escritura Pública de Compra e

venda), lavrada três meses depois, em 23.2.2000. Alegou que a omissão desse fato induziu o juiz a erro, eis que entendeu ser o imóvel ainda de propriedade do Sr. Herculano em 2005 (data da propositura da ação), quando já não o era mais.

Asseverou que em decorrência dos distratos das permutas realizadas entre Herculano Júnior, Kelly e o Sr. Jorge Peralta; bem como entre o Sr.Jorge Peralta e Delso, em outubro de 2007, o ora apelante adquiriu o domínio direto do imóvel através de contrato particular de compra e venda de imóvel rural.

Aduziu ser o legítimo possuidor e proprietário do imóvel objeto da presente ação, e ainda, ter juntado aos autos, documentos que comprovam a compra e seu pagamento.

Disse, também, que tanto a prova documental como a prova testemunhal produzida nos autos demonstram a veracidade dos fatos narrados na inicial.

Ao final, pugnou pelo conhecimento e provimento do recurso.

Devidamente intimados, os apelados apresentaram contrarrazões ao recurso de apelação (f. 387/393).

VOTO

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

Trata-se de apelação cível que Delso Nogueira Menezes, interpôs em face da sentença que julgou improcedente o pedido nos autos de embargos de terceiro nº 025.10.000222-0 que move em face de Gilberto Gonçalves de Oliveira e outros.

Em suas razões recursais, alegou em síntese que de acordo com a originária matrícula nº 10.093, fls. 17, em sua cadeia dominial, o imóvel objeto dos autos, inicialmente pertenceu a Elena Aparecida Gonçalves de Oliveira, no período compreendido entre 16/5/1990 a 15/9/1998, ocasião em que foi vendido ao Sr. Rubilam Marcos Vedovatte. Este, por sua vez, junto com sua esposa, o transferiu em 23/2/2000, através de escritura pública de compra e venda ao Sr. Herculano Cabrita de Lima e seus filhos (menores de idade).

Argumentou que o contrato particular de compra e venda que demonstra a aquisição do imóvel em nome de Herculano Cabrita de Lima é datado de 16.11.1999, portanto, por se tratar de documento particular, foi automaticamente substituído pelo documento público (escritura Pública de Compra e venda), lavrada três meses depois, em 23.2.2000. Alegou que a omissão desse fato induziu o juiz a erro, eis que entendeu ser o imóvel ainda de propriedade do Sr. Herculano em 2005 (data da propositura da ação), quando já não o era mais. Asseverou que em decorrência dos distratos das permutas realizadas entre Herculano Júnior, Kelly e o Sr. Jorge Peralta, bem como entre o Sr.Jorge Peralta e Delso, em outubro de 2007, o ora apelante adquiriu o domínio direto do imóvel através de contrato particular de compra e venda de imóvel rural. Aduziu ser o legítimo possuidor e proprietário do imóvel objeto da presente ação, e ainda, ter juntado aos autos, documentos que comprovam a compra e seu pagamento. Disse, também, que tanto a prova documental como a prova testemunhal produzida nos autos demonstram a veracidade dos fatos narrados na inicial. Ao final, pugnou pelo conhecimento e provimento do recurso.

O magistrado de primeiro grau julgou improcedente o pedido (f. 314/317) entendendo que houve fraude à execução praticada por Herculano Cabrita, em desfavor de Gilberto Gonçalves de Oliveira.

DOS FATOS

Inicialmente, para uma melhor compreensão do caso, faz-se necessária, uma breve digressão dos fatos narrados nos autos.

Segundo se denota dos autos, o imóvel denominado Fazenda Morrinho, de propriedade do Sr. Rubilan Marcos Vedovatte (f.17), foi vendido ao Sr. Herculano Cabrita Lima e sua esposa, através de um contrato particular de compra e venda firmado entre as partes em 16/11/1999(f. 68/70). Como pagamento, foi entregue ao vendedor o imóvel localizado à Rua Dr. Bezerra de Menezes, nº 178, Vila Planalto, nesta Capital.

Ao escriturarem a referida venda perante o Cartório de Registro de Imóveis competente, em 23/2/2000, os negociantes fizeram constar como compradores do domínio direto da Fazenda Morrinho, os menores, Kelly Viega de Lima e Herculano Cabrita de Lima Júnior e como comprador do domínio útil, o Sr. Herculano Cabrita de Lima (f. 23/26).

Com base na referida escritura, o ora embargante, adquiriu através de contrato particular de compra e venda, firmado em 06/10/2007, a propriedade da Fazenda Morrinho (f. 18/22).

O magistrado de primeiro grau, entendendo que houve fraude à execução praticada pelo executado, Sr. Herculano Cabrita, determinou a penhora do referido imóvel, razão pela qual, o embargante, ora apelante, ingressou com os presentes embargos de terceiro.

Da fraude à execução

A prova documental, bem como testemunhal produzida nos autos, demonstra que o Sr. Rubilan Marcos Vedovatte, juntamente com sua esposa Cassia Aparecida Martins de Assis Vedovatte, venderam o imóvel objeto do litígio através de contrato de compra e venda de imóvel, firmado em 16/11/1999 com o executado, Sr. Herculano Cabrita de Lima. Todavia, no ato da escrituração da venda, em data de 23/2/2000, fizeram constar como compradores do domínio direto do imóvel, os filhos do executado, Kelly Viega de Lima e Herculano Cabrita de Lima Júnior (f. 23/26).

Da oitiva dos depoimentos das testemunhas arroladas nos autos, Sr. Rubilan Marcos Vedovatte e Sra. Cássia Aparecida Martins de Assis vedovatte, não há dúvida de que o imóvel foi comprado pelo Sr. Herculano Cabrita de Lima e pago através da entrega de um imóvel residencial localizado na cidade de Campo Grande.

Todavia, não pode ser desconsiderada no caso, como entendeu o magistrado de primeiro grau, a existência da escritura pública de compra e venda de imóvel de f. 23/26, que por se tratar de documento lavrado com fé pública, possui presunção de veracidade e idoneidade.

Ademais, um simples contrato particular de promessa de compra e venda, por estampar direitos de caráter pessoal, não pode sobrepor-se à escritura pública que goza de presunção de veracidade quanto ao conteúdo e eficácia.

Eventuais dúvidas acerca da existência de vícios de consentimento na escritura pública firmada em 23 de fevereiro de 2000 entre os vendedores Rubilan Marcos e sua esposa e os compradores do domínio direto, Herculano Cabrita de Lima Junior e Kelly Viega de Lima, deverão ser suscitadas, pela parte interessada, se assim o desejar, em sede de ação anulatória, não cabendo ao juiz de primeiro grau, de ofício, manifestar-se nos autos, acerca da validade e eficácia daquele negócio jurídico.

Em verdade, o que se discute nos autos é apenas a ocorrência de fraude à execução.

Como é cediço, a fraude à execução, instituto de direito processual, dá-se, a teor do artigo 593, do Código de Processo Civil, quando, na pendência do processo, devedor aliena ou onera seus bens, frustrando a cobrança ou a execução e impedindo a satisfação do credor mediante a expropriação.

Isso é o que se dessume do artigo 593, do Código de Processo Civil:

> Art. 593. Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens:
>
> I – quando sobre eles pender ação fundada em direito real;
>
> II – quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzir à insolvência;
>
> III – nos demais casos expressos em lei.

Comentando o mencionado dispositivo legal, adverte Carlos Alberto Carmona:

> Não é preciso lembrar que a fraude de execução em verdade pode ocorrer bem antes da existência da demanda executiva: basta a citação para o processo de conhecimento condenatório para que desde logo possa ser cogitada a existência da fraude, sendo certo porém que somente no processo de execução (ou no momento do cumprimento da sentença condenatória de entrega de coisa, que não depende mais de execução no sentido estrito) será reconhecida a ineficácia da alienação ou da oneração de bens. (In Marcato, Antonio Carlos. Código de Processo Civil Interpretado, São Paulo: Editora Atlas, 2004, p. 1753)

Assim se vê que, quando se trata de alienação de bens, para a configuração da fraude à execução, a teor do inciso II, do artigo 593, II, do CPC, apenas se exige a prova de que a venda foi feita ao tempo em que pendia demanda capaz de levar o alienante à insolvência, sendo dispensável, nesse caso, a prova do *consilium fraudis*.

Assim, caberia ao magistrado, simplesmente observar se à época em que houve a transferência do imóvel penhorado (fazenda Morrinho), pelo Sr. Rubilan e esposa, aos filhos de Herculano Cabrita de Lima, pendia demanda capaz de levar o alienante à insolvência, em seu desfavor. E como no caso, a ação de rescisão contratual cumulada com perdas e danos e obrigação de entrega de coisa indeterminada ajuizada por Gilberto Gonçalves de Oliveira em face de Herculano Cabrita de Lima, que deu origem à execução de título judicial em apenso foi ajuizada apenas em 12/4/2002 (f. 28, apenso), ou seja, muito após a lavratura da escritura pública de compra e venda de f. 23/26, não há que se falar em fraude à execução.

E mesmo que se considerasse como válido o contrato particular de compra e venda firmado em novembro de 1999 (f. 68/70) com o Sr. Herculano Cabrita de Lima, ou seja, de que este detinha a posse e domínio da Fazenda Morrinho a partir daquela data, nada o impedia de transferi-lo aos seus filhos àquela época, já que inexistente o ajuizamento de ação capaz de levá-lo à insolvência. No máximo, o que poderia ser feito, seria o ajuizamento de ação de fraude contra credores, caso existentes os requisitos autorizadores para tanto.

Da mesma forma, perfeitamente válida a compra do imóvel pelo ora embargante, realizada em outubro de 2007, através do contrato particular de compra e venda de imóvel de f. 18/22, já que firmado com pessoas estranhas ao processo de execução, que adquiriram o imóvel de forma lícita, através de escritura pública de compra e venda, lavrada, até prova em contrário, legalmente pelo Cartório Notarial competente.

Ressalta-se, ainda, que no caso ficou comprovada, através das provas documentais e testemunhais - colhidas por sistema de gravação de áudio e vídeo, sem degravação, mas ouvidas e analisadas por este

Relator - a posse do embargante sobre o referido imóvel, o que por si só, possibilita a oposição de embargos de terceiros, sendo desnecessária a demonstração da quitação integral do preço pactuado no contrato particular de compra e venda, discussão que deve se limitar apenas aos contratantes.

A propósito, veja-se o seguinte aresto deste Sodalício:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – INDEFERIMENTO DA INICIAL – LEGITIMIDADE – ALEGAÇÃO DE PROPRIEDADE E POSSE - RECURSO PROVIDO.
>
> Tanto proprietário quanto o mero possuidor que forem atingidos em seu patrimônio por ato de constrição judicial decorrente de relação processual da qual não façam parte podem opor embargos de terceiro, a fim de defender sua posse ou propriedade sobre o bem. (Apelação Cível n. 2012.003902-2/0000-00. Segunda Câmara Cível. Relator: Des. Julizar Barbosa Trindade. Julgado em 06.03.2012. Publicado em 13.03.2012)

DISPOSITIVO FINAL

Por estas razões, o voto é pelo conhecimento e provimento do apelo para o fim de reformar a sentença de primeiro grau, julgando procedente o pedido nos autos de ação de embargos de terceiro que Delso Nogueira Menezes move em face de Gilberto Gonçalves de Oliveira e Herculano Cabrita de Lima, determinando o levantamento da penhora que recai sobre o imóvel denominado Fazenda Morrinho, objeto da matrícula nº 10.093, do Registro de Imóveis da Comarca de Bandeirantes.

Consequentemente, inverte-se o ônus da sucumbência.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO REVISOR (DES. RUBENS BERGONZI BOSSAY). O RELATOR DAVA PROVIMENTO AO RECURSO. O VOGAL AGUARDA.

VOTO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Revisor)

Trata-se de apelação cível interposta por Delso Nogueira Menezes, por não se conformar com a sentença prolatada pelo Juiz da Vara Única da Comarca de Bandeirantes, nos autos dos Embargos de Terceiro que move em face de Gilberto Gonçalves de Oliveira, objetivando a reforma da sentença que julgou improcedentes os embargos, condenando o ora apelante ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, em 10% sobre o valor atribuído à causa.

O Relator dá provimento ao recurso, para julgar procedentes os embargos de terceiro opostos pelo ora apelante, determinando o levantamento da penhora que recai sobre o imóvel denominado Fazenda Morrinho, objeto da matrícula n.º 10.093, do Registro de Imóveis da Comarca de Bandeirantes e, consequentemente, invertendo o ônus sucumbencial.

Após a análise dos autos, firmei entendimento no sentido de acompanhar o voto prolatado pelo e. Relator.

Como é cediço, os embargos de terceiro, previstos no art. 1.046 do Código de Processo Civil, aplicam-se a:

> Quem, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, seqüestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer lhe sejam manutenidos ou restituídos por meio de embargos.
>
> § 1º. Os embargos podem ser de terceiro senhor e possuidor, ou apenas possuído.

No caso dos autos, vê-se que o executado Herculano Cabrita de Lima, em 16 de novembro de 1999, realizou contrato de compra e venda com os Srs. Rubilan Marcos Vedovatte e sua esposa Cassia Aparecida Martins de Assis Vedovatte, para adquirir o imóvel denominado Fazenda Morrinho, com área de 151has. (f. 68/70).

Entretanto, em 23 de fevereiro de 2000, os outorgantes vendedores Sr. Rubilan Marcos Vedovatte e sua esposa Cássia Aparecida Martins de Assis Vedovatte, lavraram escritura pública de compra e venda "de uma área de terras com 151 ha. 0.088,25m² (cento e cinquenta e uma hectares, oitenta e oito metros quadrados e vinte e cinco centímetros quadrados), denominado Quinhão n.º 04, das Fazendas Córrego Seco, Retiro Maracajú e Angico, que passa a denominar-se Fazenda Morrinho", imóvel devidamente registrado sob o n.º 03/10.093, Livro 02, ficha 01, no Registro de Imóveis da Comarca de Bandeirantes, tendo como comprador do domínio útil Herculano Cabrita de Lima e, como compradores do domínio direto seus filhos Kelly Viega de Lima e Herculano Cabrita de Lima Junior. (fls. 23/26)

Vê-se da escritura pública, que quem detém a faculdade de dispor o imóvel objeto da penhora são os filhos do executado, pois são eles os titulares do imóvel, ou seja, os detentores do domínio direto.

Sobre domínio útil e domínio direto, trago à baila a doutrina de Orlando Gomes, in Direitos Reais, 19.ª edição. Editora Forense, p. 115:

> [...] A dissociação revela-se através do binômio domínio eminente + domínio útil. O titular do primeiro concede o direito de utilização econômica do bem e recebe, em troca, serviços ou rendas. Quem tem o domínio útil perpetuamente, embora suporte encargos, possui, em verdade, uma propriedade paralela.

Oportuna é a doutrina de Cristiano Chaves de Farias e Nelso Rosenvald, in Direitos Reais, 3.ª Edição, p. 186:

> [...] Em síntese, percebemos que nem sempre o proprietário terá consigo os poderes de uso, fruição e disposição. Essa dissociação eventualmente surgirá quando o proprietário pode dispor juridicamente da coisa, mas está provado de lhe conceder exploração econômica imediata (v.g. usufruto), ou quando possa obter frutos e produtos, mas esteja inibido de dispor (v.g. cláusula de inalienabilidade). Esta separação de poderes dominiais não ofende a essência do direito subjetivo de propriedade, que continua pertencendo exclusivamente a seu titular.

No caso, como bem fundamentou o E. Relator, quando a escritura pública de compra e venda do imóvel denominado Fazenda Morrinho foi realizada, não exista a ação que deu origem a execução judicial (f. 27/28 do feito n.º 025.04.550149-6), porquanto, enquanto a escritura pública foi lavrada em 23.02.2000, a ação de rescisão contratual c/c perdas e danos e obrigação de entrega de coisa indeterminada foi ajuizada em 12.04.2002.

Aliás, peço vênia para transcrever exceto do voto proferido pelo E. Relator:

> Assim se vê que, quando se trata de alienação de bens, para a configuração da fraude à execução, a teor do inciso II, do artigo 593, II, do CPC, apenas se exige a prova

de que a venda foi feita ao tempo em que pendia demanda capaz de levar o alienante à insolvência, sendo dispensável, nesse caso, a prova do *consilium fraudis*.

Assim, caberia ao magistrado, simplesmente observar se à época em que houve a transferência do imóvel penhorado (fazenda Morrinho), pelo Sr. Rubilan e esposa, aos filhos de Herculano Cabrita de Lima, pendia demanda capaz de levar o alienante à insolvência, em seu desfavor. E como no caso, a ação de rescisão contratual cumulada com perdas e danos e obrigação de entrega de coisa indeterminada ajuizada por Gilberto Gonçalves de Oliveira em face de Herculano Cabrita de Lima, que deu origem à execução de título judicial em apenso foi ajuizada apenas em 12/4/2002 (f.28, apenso), ou seja, muito após a lavratura da escritura pública de compra e venda de f. 23/26, não há que se falar em fraude à execução.

E mesmo que se considerasse como válido o contrato particular de compra e venda firmado em novembro de 1999 (f. 68/70) com o Sr. Herculano Cabrita de Lima, ou seja, de que este detinha a posse e domínio da Fazenda Morrinho a partir daquela data, nada o impedia de transferi-lo aos seus filhos àquela época, já que inexistente o ajuizamento de ação capaz de levá-lo à insolvência. No máximo, o que poderia ser feito, seria o ajuizamento de ação e fraude contra credores, caso existentes os requisitos autorizadores para tanto.

Da mesma forma, perfeitamente válida a compra do imóvel pelo ora embargante, realizada em outubro de 2007, através do contrato particular de compra e venda de imóvel de f. 18/22, já que firmado com pessoas estranhas ao processo de execução, que adquiriram o imóvel de forma lícita, através de escritura pública de compra e venda, lavrada, até prova em contrário, legalmente pelo Cartório Notarial competente.

Ou seja, a venda do imóvel foi feita antes da propositura da ação de rescisão contratual ajuizada por Gilberto Gonçalves de Oliveira em face de Herculano Cabrita de Lima (23.02.2000), não havendo, portanto, fraude a execução

Ademais, conforme pode se verificar, a escritura pública de compra e venda acostada aos autos (f.23), também foi realizada antes do ajuizamento da ação de rescisão contratual, e, por sua vez, não possui como proprietário o executado Herculano Cabrita de Lima.

Assim sendo, acompanho o relator para dar provimento ao recurso, a fim de que seja julgado procedente o pedido nos autos dos embargos de terceiro opostos por Delso Nogueira Menezes, determinando o levantamento da penhora que recai sobre o imóvel denominado Fazenda Morrinho, objeto da matrícula n.º 10.093, do Registros de Imóveis da Comarca de Bandeirantes.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO VOGAL (DES. FERNANDO MAURO MOREIRA MARINHO). O RELATOR E O REVISOR DAVAM PROVIMENTO AO RECURSO.

VOTO

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

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível - Ordinário interposto por Delso Nogueira Menezes contra decisão proferida pelo Juiz da Vara Única da Comarca de Bandeirantes, nos autos dos Embargos de Terceiro opostos contra Gilberto Gonçalves de Oliveira.

Após detida análise dos autos, hei por bem acompanhar os ilustres Relator e Revisor destes autos, para dar provimento ao recurso, julgando procedentes os embargos, pelos motivos que passo a expor:

O imóvel em discussão nestes autos é objeto de registro perante o 1º Ofício de Registro de Público e de Protesto de títulos Cambiais do Registro de Imóveis da Comarca de Bandeirantes, matriculado sob o nº 10.093 e denominado *"Fazenda Morrinho"*.

Inicialmente, esclareço que a cópia do Registro acostada à f. 164-165 do feito executivo em apenso, diverge da de f. 17 dos embargos. Em cada uma delas, há uma linha sucessória.

O documento de f. 17, o imóvel inicialmente pertencia a Elena Aparecida Gonçalves de Oliveira que, em setembro de 1998, o alienou à Rubilan Marcos Vedovante.

Já o anexado no feito executivo dá conta de que em 11 de novembro de 1998, o embargado Gilberto Gonçalves de Oliveira transmitiu o imóvel à Rubilan Marcos Vedovante, através de Escritura Pública de Compra e Venda com Parceria Pecuária e Garantia Hipotecária. Na sequência, encontramos o registro da Escritura Pública de Compra e Venda e Transferência de Parceria Pecuária com Garantia Hipotecária firmada entre Rubilan Marcos Vedovante e sua esposa e Herculano Cabrita de Lima e respectiva cônjuge.

Porém, tal fato não altera a solução dos embargos, uma vez que as alienações cuja possível fraude será objeto de análise, ocorreu entre a transferência do bem de Rubilan para os filhos de Herculano.

A documentação acostada aos autos, dá conta de que Rubilan Marcos Vedovante transferiu o bem à Herculano Capreta Lima em novembro de 1999 através de instrumento particular de contrato de compra e venda, sendo que em 23.02.2000 foi lavrada escritura pública – que automaticamente substitui o contrato particular – onde constou que aqueles transferiram a propriedade do imóvel aos filhos desses, menores à época, Herculano Cabrita de Lima Junior e Kelly Viega de Lima.

Em outubro de 2007, os então proprietário da Fazenda Morrinho – Kelly e Herculano Junior – venderam o imóvel ao ora apelante, Delso Nogueira Menezes, não tendo tal transação sido objeto de registro definitivo. Porém, tal restou devidamente comprovada nos autos.

A ação rescisória de contrato de compra e venda com parceria pecuária movida pelo embargado Gilberto Gonçalves de Oliveira contra Herculano Cabrita de Lima e sua esposa, foi protocolizada tão somente em abril de 2002 (f. 27), quando estes não mais eram proprietários do imóvel em questão. E mais, discutia a ausência de cumprimento dos termos da parceria (f. 11)

Dessa forma, somente será possível a constrição do imóvel caso devidamente comprovada a fraude quando da transferência do imóvel aos filhos de Herculano.

Não se olvide que a fraude à execução é instituto de direito processual que se configura como ato atentatório à dignidade e à administração da Justiça, pois mesmo antes de assegurar os direitos do credor exeqüente a constrição judicial visa garantir a própria efetividade do processo de execução.

Nesse sentido, leciona o sempre festejado ARAKEN DE ASSIS, em sua conhecida obra *Manual do Processo de Execução*, p. 348/349:

> Em que pese ausente dos números do art. 593 do CPC, a alienação ou a oneração do bem objeto de penhora ou de arresto, com redobradas razões, também se afigura ineficaz. Mas é preciso, em casos tais, acentuou a 4ª Turma do STJ, que a penhora tenha se efetivado; do contrário, mesmo que citado o executado, a hipótese reflui ao preceituado art. 593, II, e se revela imprescindível a prova da insolvência.

Destaco os requisitos para a configuração da fraude à execução utilizando-me do aresto sufragado no STJ, como segue:

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ALIENAÇÃO JUDICIAL DE BEM NA PENDÊNCIA DE EXECUÇÃO FISCAL. FRAUDE À EXECUÇÃO CONFIGURADA.
>
> 1. A fraude à execução consiste na alienação de bens pelo devedor, na pendência de um processo capaz de reduzi-lo à insolvência, sem a reserva - em seu patrimônio - de bens suficientes a garantir o débito objeto de cobrança. [...] 6. Recurso Especial desprovido. (Resp. 684925/RS, Min. Luiz Fux, Dj. 24.10.2005).

Como visto alhures, o imóvel foi registrado em nome dos filhos de Herculano em meados do ano 2000, ou seja, 2 (dois) anos antes do ajuizamento da ação rescisória pelo embargado Gilberto, que levaria Herculano Cabrita de Lima à insolvência.

E mais, não há nos autos qualquer indício de que tal alienação tenha sido fraudulenta, pois, como bem salientado pelo insígne Relator deste feito, Des. Marco André Nogueira Hanson, nada impedia que Herculano Cabrita de Lima transferisse o imóvel a seus filhos ou o adquirisse em nome deles, principalmente considerando que se tratavam de menores à época da escritura.

Muito menos há indícios de fraude com relação à transferência para o embargante, já que firmado com pessoas que não integraram o pólo passivo da demanda rescisória.

Nesse ponto, vale lembrar que o cumprimento de sentença de ação de rescisão de contrato não possui efeito *erga omnes*[1], mas sim *inter partes*[2]. Assim, considerando que Herculano Cabrita de Lima Junior e Kelly Viega de Lima não foram partes da ação rescisória, não há se falar em fraude.

Ex positis, acompanho o preclaro Relator para dar provimento ao recurso, julgando procedentes os embargos de terceiro opostos por Delso Nogueira Menezes, determinando, por conseguinte, o levantamento da penhora que recai sobre o imóvel denominado Fazenda Morrinho, objeto da matrícula n. 10.093 do 1º Ofício de Registro de Público e de Protesto de títulos Cambiais do Registro de Imóveis da Comarca de Bandeirantes.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marco André Nogueira Hanson, Rubens Bergonzi Bossay e Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 26 de junho de 2012.

***

1 "Oponível a todos", ou seja, quando atinge a todos em uma mesma situação específica.

2 Restrito àqueles que participaram da respectiva ação judicial.

Terceira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.016332-3 - Campo Grande
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – TRATAMENTO MÉDICO COM REALIZAÇÃO DE PROCEDIMENTO COMPLEXO – CÂNCER NO RIM – PLANO DE SAÚDE – CASSEMS – PRELIMINAR DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA – AFASTADA – APLICAÇÃO DO CDC – COBERTURA CONTRATUALMENTE AJUSTADA – OBRIGATORIEDADE DE DISPONIBILIZAÇÃO E CUSTEAMENTO – DIREITO À SAÚDE – DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – AÇÃO PROCEDENTE – SENTENÇA CONFIRMADA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Incidem as normas do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de plano de saúde, ainda que referidas operadoras não tenha fins lucrativos, como é o caso da Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul (Cassems).

A dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, encontra sua expressão máxima no direito à vida, consagrado no caput do art. 5º da CF, que se irradia, consequentemente, a vários outros dispositivos constitucionais, e é de observância obrigatória não só na relação entre cidadãos e Poder Público, mas também entre particulares, o que caracteriza a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, afastar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 26 de junho de 2012.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho– Em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson

Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul – CASSEMS, inconformada com a sentença (f. 166-170) que julgou procedente o pedido contido na ação de obrigação de fazer que lhe promove Lídia Gil de Queiroz, interpõe recurso de apelação objetivando sua reforma nesta instância.

A sentença em questão, ratificando concessão de tutela específica de urgência, reconheceu o dever da apelante a dar cobertura a um procedimento, denominado PET ESCAN, a que se submeteu a apelada, portadora de câncer renal a direita – CID: C 64.

Em suas razões (f. 177-227), a recorrente aduz que o magistrado a quo agiu de forma paternalista ao conceder à apelante um direito que ela não tem, sensibilizando-se com sua hipossuficiência, sem atentar para o liame contratual existente entre as partes.

Aduz que a lide teve seus limites circunscritos ao cumprimento do rol de procedimentos de cobertura obrigatória expedido pela Agência Nacional de Saúde – ANS, conforme determinações preconizadas na lei de regência da matéria (9.656/98 – Lei dos Planos Privados de Assistência à Saúde Suplementar) e ainda na Lei n. 9.961/2000, que criou a ANS e delegou competência para elaboração do rol de procedimentos de cobertura obrigatória dos planos privados de assistência à saúde, às quais a sentença teria negado vigência. Sugere, nesse passo, que a sentença é nula por cerceamento de defesa.

Na sequência, a apelante traça o seu perfil jurídico e o alcance de sua função social, ressaltando sua forma de custeio e os respectivos limites contratuais, de forma que não pode ser obrigada a cumprir com o que não prometeu (CF, art. 5º, II) mesmo porque o PET SCAN trata-se de um procedimento que não é indicado para a patologia da recorrida, conforme auditoria na qual se fundou para negar à paciente sua realização.

Refere, outrossim, que a CASSEMS é uma associação civil sem fins lucrativos, impondo-se, por isso, a limitação contratual, por se cuidar de entidade de autogestão, consoante entendimentos da doutrina e jurisprudência que transcreve, destacando a modicidade da contribuição da apelada frente ao custo do exame pretendido, bem como que não cabe ao Poder Judiciário interferir nas suas relações com os servidores do Estado.

Discorre, em seguida, sobre a prevalência das leis de regência sobre o Código de Defesa do Consumidor, realçando que sua atitude não feriu a lei consumerista ao excluir contratualmente a cobertura reclamada pela aderente.

Prequestiona violação a dispositivos constitucionais e infraconstitucionais e conclui postulando a reforma da sentença a fim de o pedido inicial seja julgado improcedente, em face da legalidade da questionada exclusão contratual do indigitado exame PET SCAN.

Contrarrazões às f. 235-240, nas quais a apelada bate-se pela manutenção da sentença recorrida.

VOTO

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

Consoante relatado, a apelada sofre de câncer Renal e, ao lado do tratamento medicamentoso a que é submetida, às expensas da apelante, foi-lhe indicado por médico especialista a realização de um procedimento conhecido como PET SCAN, para averiguar a necessidade ou não de nova cirurgia (cf. f. 34), sendo certo que a doença detectada cuidou-se de recidiva, posto que já havia feito cirurgia para retirada de um dos rins.

Do alegado cerceamento de defesa

A insurgente, sem declinar objetivamente em que consistiria a dilação probatória que alega como necessária, sustenta que a sentença é nula por cerceamento de defesa.

Todavia, a matéria em foco nos autos é manifestamente de direito, justificando o julgamento sem realização de outras provas que não a constante dos autos.

Veja-se que a discussão, ao contrário do que alega a recorrente, cinge-se em determinar se o plano de saúde está ou não obrigado a cobrir o tratamento da apelada segundo o procedimento prescrito pelo seu médico e por força do contrato existente entre as partes, de sorte que sob essa ótica é que deve ser dirimida a controvérsia.

O juiz sentenciante, inclusive com suporte no Enunciado da Súmula 469 do STJ, que preceitua como aplicável o CDC nos contratos de plano de saúde, houve por bem atender o pleito inserto na exordial, proclamando o dever da apelante em disponibilizar e custear o tratamento indicado.

Nesse contexto, extrai-se da jurisprudência que:

> Dispondo o juiz de elementos aptos a formar SUS convicção, desnecessária se torna a extensão do procedimento instrutório. Neste contexto, o antecipado julgamento da lide, além de oportuno, contribui para a Economia Processual. (In Manual Temático de Direito, Dagma Paulino dos Reis, Del Rey, 5ª edição, p. 791).

Demais disso, além de não declinar quais provas pretendia produzir além das já existentes, a apelante se limita a asseverar que à hipótese não tem cabimento o CDC, mas sim as leis que declina como regentes dos planos de saúde e sua submissão às normas da Agência Nacional de Saúde.

Ora, isso é matéria que não necessita de dilação probatória mais ampla, cabendo ao julgador definir, segundo seu convencimento, quais as normas aplicáveis para solução do litígio. E foi isso que aconteceu, pois além de outras considerações de fundamental importância para o desfecho da lide, o juiz singular foi bastante enfático ao subsumir o contrato existente entre as partes à relação de consumo.

Igualmente, precedente da jurisprudência proclama o seguinte:

> Inocorre o cerceamento de defesa por negativa de prestação jurisdicional se o julgador apreciou, de forma satisfatória, todas as questões postas em julgando. Sendo o feito de questão eminentemente de direito, devidamente instruído com prova pré-constituída, deve ser aplicada à espécie a 'teoria da causa madura', prestigiando-se, assim, os princípios da celeridade, da economia processual e da efetividade do processo, informadores do direito processual civil moderno. (In RT 843/291).

Suficiente, destarte, o conjunto probatório existente nos autos, o julgamento conforme o estado do processo não configurou ofensa aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, não havendo, pois, de se falar em nulidade da sentença.

Mérito

Em que pesem as extensas razões recursais, o cerne da quaestio está em se delimitar, ante as circunstâncias de fato e de direito, se a apelante está ou não contratualmente obrigada a custear o exame reclamado pela paciente.

Primeiramente, impõe-se afastar a alegação da recorrente que inexiste relação de consumo na espécie e que, por se tratar de operadora sem fins lucrativos, não pode ser obrigada a custear procedimento não coberto pelo plano, pois a jurisprudência desta Corte é pacífica no tanto em que proclama a seguinte orientação:

> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – TRATAMENTO MÉDICO COM APLICAÇÃO DE MEDICAMENTO EXPERIMENTAL – AVASTIN 1,26 MG – DOENÇA OFTALMOLÓGICA - PLANO DE SAÚDE – CASSEMS – APLICAÇÃO DO CDC - OBRIGATORIEDADE DE

> COBERTURA – DEVER DE INFORMAÇÃO CONTRATUAL – DIREITO À SAÚDE – DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – SEGURANÇA CONCEDIDA – SENTENÇA CONFIRMADA – RECURSOS IMPROVIDOS, COM O PARECER.
>
> Incidem as normas do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de plano de saúde, ainda que referidas operadoras não tenha fins lucrativos, como é o caso da Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul (Cassems).
>
> É descabida a negativa securitária por parte da operadora de plano de saúde sob a alegação de que se trata de tratamento experimental, uma vez que importa a existência de cobertura à patologia apresentada pelo contratante e não a forma como a terapia deverá ser ministrada. Ademais, as informações prestadas ao consumidor e as cláusulas constantes do contrato devem ser claras e precisas, em observância às normas dispostas nos arts. 47 e 54, §§ 3º e 4º, do CDC.
>
> A dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, encontra sua expressão máxima no direito à vida, consagrado no caput do art. 5º da CF, que se irradia, consequentemente, a vários outros dispositivos constitucionais, e é de observância obrigatória não só na relação entre cidadãos e Poder Público, mas também entre particulares, o que caracteriza a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais. (Ap. nº. 2010.023161-3/0000-00 – Relator: Des. Joenildo de Sousa Chaves.)

Na orientação do julgado acima transcrito, ressalto que o direito constitucional à saúde implica o fornecimento de todo e qualquer medicamento e procedimento, quando necessários ao tratamento e melhora das condições de vida daqueles que são portadores de doenças. Sendo assim, a alegada falta de previsão contratual de cobertura do tratamento requerido não constitui fundamento suficiente para recusa do respectivo pagamento.

Aqui, importante destacar que a apelante procura desvirtuar suas próprias alegações contidas na peça defensiva ao negar a indigitada cobertura, porquanto na referida contestação foi enfática ao assinalar, *verbis:*

> As citadas Diretrizes de Utilização que definirão os critérios para a obrigatoriedade de cobertura do procedimento buscado orientam o seguinte:
>
> DIRETRIZ DE UTILIZAÇÃO
>
> 22. PET SCAN ONCOLÓGICO
>
> .....
>
> 2 - Cobertura obrigatória para pacientes portadores de linfoma, quando um dos seguintes critérios for preenchido:
>
> a - No estadiamento primário;
>
> b – na avaliação da resposta terapêutica;
>
> c) no monitoramento de recidiva da doença nos linfomas Hodgkin e não-Hodgkin. (cf. f. 65-66).

Ora, existe a previsão de cobertura e está claro nos autos que câncer da recorrida é produto de recidiva. É o que diz o documento de f. 34: *"há meses apresentou nova recidiva, em local de grande risco cirúrgico"*. Esse o relatório onde o médico indica a utilização do PET SCAN para determinar a necessidade de nova cirurgia. Em nenhum momento utiliza a necessidade para exame de abdômen total, como sugerido pela recorrente, que, diga-se, fora feito em 22/03/2011 (f. 35) a pedido da médica Carmencita Lang, enquanto que a indicação do PET SCAN foi feita por outro médico, Dr. Alexandre, em 16/06/2011, ao que parece diante do resultado do exame de abdômen total onde foi constatada a recidiva cancerígena.

Demais disso, o documento de f. 41, não impugnado pela recorrente e que trata da cobertura do plano, responde positivamente que o PET SCAN ONCOLÓGICO é coberto *"pelo plano ambulatorial", "pelo plano de referência", "é de alta complexidade"* e que *"o procedimento possui critérios para liberação do plano"*.

Nestas condições, como admitir a propalada exclusão, se a paciente atende a pelo manos dois dos critérios estabelecidos pelo plano?

Impõe-se, pois, que o particular prestador de serviços médicos e de saúde, preste, à semelhança do Poder Público, uma assistência médica integral para os consumidores dos seus serviços, mormente em hipótese de urgência como acontece no caso sob exame. Tanto assim é que foi concedida tutela de urgência e o procedimento é fato consumado.

Além disso, é preciso enfatizar que, em negócios jurídicos como o dos autos, a dúvida sobre os reais termos da regulamentação negocial deve ser sempre dada a interpretação que se harmonize com as diretrizes do sistema de proteção ao consumidor.

Isso porque, as cláusulas contratuais são redigidas e inseridas no contrato de forma unilateral pelo fornecedor, não dispondo os promitentes-assinantes de qualquer possibilidade de modificar ou suprimir qualquer cláusula, aderindo aos termos do contrato exatamente da forma como foi apresentada pelo agente financiador.

Por tais razões, outro não deveria ser o desfecho conferido à lide senão pela total procedência do pedido deduzido na inicial, nos termos da douta sentença, a qual deve ser mantida.

Relativamente à induvidosa relação de consumo que cerca a relação de direito material existente entre os litigantes, convém colacionar a seguinte orientação do STJ:

> A relação de consumo caracteriza-se pelo objeto contratado, no caso a cobertura médico-hospitalar, sendo desinfluente a natureza jurídica da entidade que presta os serviços, ainda que se diga sem caráter lucrativo, mas que mantém plano de saúde remunerado. (REsp 469911/SP, Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Quarta Turma, DJ: 12.02.08). (AgRg no Ag 1317109/RJ 2010/0106490-5, Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140) T4 - QUARTA TURMA, DJe 04/11/2011).

Desnecessárias, portanto, quaisquer outras incursões no mérito recursal, para concluir que a sentença decidiu escorreitamente, sem vulneração aos dispositivos legais enumerados pela recorrente.

Em face do exposto, conheço do recurso para, afastando a preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa, negar-lhe provimento quanto ao mérito, mantendo incólume a sentença profligada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, AFASTARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

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

Campo Grande, 26 de junho de 2012.

***

Segunda Câmara Cível
Agravo Regimental em Agravo n. 2012.013319-3/0001-00 - Campo Grande
Relator Juiz Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA - AGRAVO REGIMENTAL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – BEM DE FAMÍLIA – MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA – EXAME – POSSIBILIDADE – BEM PENHORÁVEL – EXCEÇÃO INSTITUÍDA PELA LEI – DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Imóvel ofertado pela parte quando da elaboração da confissão de dívidas deve ser mantido com gravame quando presentes os requisitos para culminar na exceção instituída pela lei.

Mantém-se a decisão monocrática que confirmou a sentença *a quo* proferida em agravo de instrumento, se não demonstrado fato novo que pudesse ensejar a modificação do entendimento externado no *decisum* guerreado.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 3 de julho de 2012.

Juiz Marcos José de Brito Rodrigues – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Marcos José de Brito Rodrigues

Roberto Soares Freitas e Jânia Mercê da Silva Soares, devidamente representados, interpõem Agravo Regimental da decisão monocrática de f. 381-383, proferida pelo relator, tendo como autos de origem a ação Execução de Título Executivo Extrajudicial de n. 00189830620018120001, em que contende com Renato Garcia da Silva.

Os recorrentes, em síntese, aduzem que:

1 – a impenhorabilidade do bem de família é irrenunciável; e

2 – a manutenção da decisum implica na ofensa à Lei n. 8.009/90 e ao art. 6º da Constituição Federal.

Requerem os agravantes, desta feita, o acolhimento do presente e, consequente, o provimento para reforma da decisão objurgada (f. 386-390).

VOTO (EM 5.6.2012)

O Sr. Juiz Marcos José de Brito Rodrigues (Relator)

Trata-se de recurso de Agravo Regimental interposto por Roberto Soares Freitas e Jânia Mercê da Silva Soares da decisão monocrática de f. 159-162 proferida pelo relator, tendo como autos de origem a ação Execução de Título Executivo Extrajudicial de n. 00189830620018120001, a qual negou provimento de plano ao Agravo de Instrumento.

Passo à análise do recurso.

A pretensão não merece acolhimento, e a decisão proferida deve ser mantida em seus exatos termos, a seguir:

> Trata-se de execução de título extrajudicial, aqui expresso como Escritura Pública de Confissão de Dívida (f. 21), instrumento este que estabeleceu em primeira, única e especial hipoteca o imóvel matriculado sob o nº 136.414, no 1º Cartório de Registro de Imóveis de Campo Grande – MS, o qual encontra-se atualmente inscrito na matrícula nº 1.893, no 3º Cartório de Registro de Imóveis de Campo Grande – MS (f. 300-301).

Conforme se infere destes documentos e nos termos na decisão de f. 360-363, houve por parte dos recorrentes a oferta do imóvel como hipoteca no cumprimento da confissão de dívida.

Ou seja, pretender nesta oportunidade que seja considerado bem de família não encontra respaldo, haja vista que a norma vigente dispõe que a impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar (art. 3º, inciso V, da Lei nº 8.009/90).

Este imóvel foi ofertado pelos agravantes quando da elaboração da confissão de dívidas e não conduz nesta ocasião torna-la sem efeitos quando presentes os requisitos para culminar na exceção instituída pela lei.

Oportunamente, colho os seguintes julgados:

> APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À ARREMATAÇÃO – PRELIMINAR – OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – AFASTADA – FORMALIDADES DA PENHORA – INVIABILIDADE DE DISCUSSÃO – AÇÃO DE VINCULAÇÃO RESTRITA – ART. 746, CPC – IMPENHORABILIDADE ABSOLUTA – BEM DE FAMÍLIA – MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA – EXAME – POSSIBILIDADE – BEM PENHORÁVEL – EXCEÇÃO DO ART. 3°, V, LEI N. 8.009/90 – RECURSO IMPROVIDO. [...] Nos termos art. 3°, V, da Lei n. 8.009/90, os devedores não podem opor a impenhorabilidade de seu bem de família contra o credor da hipoteca sobre a qual o imóvel foi oferecido como garantia pelo casal ou entidade familiar. (16.8.2011- Quarta Turma Cível - Apelação Cível - Execução - N. 2011.022902-0/0000-00 - Campo Grande. Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro) Destacado

> AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPENHORABILIDADE DE BEM DE FAMÍLIA. ART. 3º, V, da Lei 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 8.009/90, esta Corte tem entendido que ele se aplica aos casos em que os devedores constituídores 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. (AgRg no Ag 1126623/SP, Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, j. 16/09/2010, 3ª Turma STJ). Destacado
>
> Destarte, muito embora seja impenhorável o bem de família, se os executados fizeram cair o gravame sobre dito imóvel, perderam, sponte sua, o benefício legal.
>
> Ante o exposto e fundamentado, com fulcro no artigo 557 caput do Código de Processo Civil, nega-se provimento de plano ao agravo de instrumento.

Consigno, outrossim, que a manutenção da decisão singular exarada é medida imperativa, tanto pelos argumentos jurídicos aduzidos como pela inexistência, na fundamentação trazida pelos agravantes, de elementos novos capazes de ilidir o exposto anteriormente.

Ante o exposto, nego provimento ao presente agravo regimental.

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

VOTO (EM 3.7.2012)

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli (1º Vogal)

Trata-se de Agravo Regimental em Agravo de Instrumento interposto por Roberto Soares Freitas e outro contra decisão proferida nos autos da execução de título extrajudicial promovida pelo ora agravado, que julgou improcedente o pedido de impenhorabilidade do imóvel constritado no feito executivo único bem imóvel.

O relator do recurso Juiz Marcos José de Brito Rodrigues, houve por bem em negar provimento ao agravo sob o fundamento de que o bem de família dado em garantia hipotecária é passível de penhora, nos termos do art. 3º, V, da Lei n. 8.009/90.

Na sessão de julgamento, do dia 05.06.2012, pedi vista dos autos para examinar com maior detença a matéria.

In casu, tenho que a impenhorabilidade deve ser afastada, não apenas pelo fato do imóvel penhorado nos autos (matrícula n. 1893, do Cartório de Registro de Imóveis da 3ª Circunscrição de Campo Grande – f. 300-301), ter sido ofertado pelos agravantes como garantia hipotecária de dívida (f. 21), já que em certas situações ainda assim a qualidade de impenhorabilidade persiste (REsp n. 886.63/RS), mas em especial porque além de não ter restado demonstrado nos autos que o imóvel dado é o único pertencente aos agravantes (f. 361-363), também é certo que a dívida executada foi contraída em benefício da entidade familiar, o que afasta.

Na mesma linha de raciocínio, são os seguintes arestos desta Colenda Corte de Justiça:

> APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – PENHORA – BEM IMÓVEL RESIDENCIAL DO CASAL OFERECIDO EM GARANTIA HIPOTECÁRIA – DÍVIDA CONTRAÍDA EM ESTRÍTO BENEFÍCIO DE PESSOA JURÍDICA, DA QUAL NEM SEQUER SÃO SÓCIOS OS EMBARGANTES – IMPENHORABILIDADE – INAPLICABILIDADE DO DISPOSTO NO ART. 3º, V, DA LEI 8.009/90 – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – NÃO OBSERVÂNCIA AOS CRITÉRIOS DELINEADOS PELAS ALÍNEAS "A" A "C" DO ART. 20, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – INOCORRÊNCIA - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.

> A regra da impenhorabilidade deve ser afastada somente se a hipoteca for ofertada para garantir negócio jurídico que tenha se revertido em benefício da unidade familiar, e não quando a dívida é contraída em estrito benefício de pessoa jurídica, da qual nem sequer são sócios os embargantes. [...]. (Apelação Cível n. 2007.026341-4/0000-00 – Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves - 02.06.2009 – 1ª Turma Cível TJMS) (grifei).
>
> AGRAVO – EXECUÇÃO – IMÓVEL DADO EM GARANTIA HIPOTECÁRIA DE CÉDULA COMERCIAL – EMPRESA FAMILIAR – BEM DOS SÓCIOS – PROVA DE QUE O EMPRÉSTIMO REVERTEU EM BENEFÍCIO DA FAMÍLIA – ART. 3º, V, DA LEI N. 8.009/90 – AUSÊNCIA DE PROVAS QUE O CARACTERIZEM COMO BEM DE FAMÍLIA – NEGADO PROVIMENTO.
>
> Correta é a aplicação do disposto no artigo 3º, inciso V, da Lei n. 8.009/90, se comprovado que o oferecimento de imóvel como garantia real pelo casal (agravantes), que favoreceu a obtenção de crédito à pessoa jurídica da qual são os únicos sócios, reverteu em benefício da família.
>
> Sem a prova de que o bem penhorado seja o único imóvel pertencente aos recorrentes, e que estes o utilizam para moradia permanente, não há como declarar a sua impenhorabilidade com base na Lei n. 8009/90. (Agravo - N. 2007.013348-9/0000-00 - Campo Grande - Rel. Des. Josué de Oliveira – 22.01.2008 - 1ª Turma Cível TJMS).

Diante dessas razões, acompanhando o relator, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (2ª Vogal)

O julgamento vota no sentido de que não é cabível a exclusão e acompanho.

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. Juiz Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Marcos José de Brito Rodrigues, Desembargadores Paulo Alfeu Puccinelli e Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 3 de julho de 2012.

***

Segunda Câmara Cível
Agravo Regimental em Agravo n. 2012.015522-3/0001-00 - Campo Grande
Relator Juiz Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO DE SENTENÇA – PENHORA DE ARRECADAÇÃO POR CULTO RELIGIOSO – POSSIBILIDADE – PERCENTUAL DE 50% – DECISÃO MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Resta não provido o agravo regimental, quando verificado que a decisão monocratica corretamente fundamentou que a penhora de 50% (cinquenta por cento) da arrecadação por culto religioso não inviabiliza a manutenção da agravante, que, como igreja, está isenta de impostos e outras despesas inerentes à ela.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 3 de julho de 2012.

Juiz Marcos José de Brito Rodrigues – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Marcos José de Brito Rodrigues

Igreja Cristã Apostólica Renascer Em Cristo, nos autos em que contende com o Espólio de Elvira Ribeiro de Souza Araújo e outro, ofereceu o presente agravo regimental, no qual, em resumo, sustenta que:

A decisão deve ser reformada para fixação da penhora, no máximo, em 15% (quinze por cento) das doações por culto, até a satisfação do crédito, pois, se mantida no percentual estabelecido (50% - cinquenta por cento), acarretará dano irreparável à manutenção da agravante, bem como, afronta aos preceitos de todo o sistema jurídico brasileiro, inclusive, o determinado pelo princípio da função social.

Ao final, requereu o provimento do recurso.

Ponha-se em mesa para julgamento.

VOTO

O Sr. Juiz Marcos José de Brito Rodrigues (Relator)

Conforme relatado, insurge-se o regimental contra a decisão que, de plano, deu parcial provimento ao agravo de instrumento interposto pelo recorrente.

A manutenção da penhora de 50% (quinze por cento) das doações por culto, até a satisfação do crédito, está assim fundamentada:

> Conforme relatado, a pretensão deduzida nesse recurso, consiste na redução do percentual a ser penhorado dos valores doados por culto, à fim de satisfazer a dívida levada a efeito no cumprimento de sentença.
>
> Contudo, verifica-se que corretamente foi considerada na decisão singular, a necessidade da penhora ser no percentual de 50% (cinquenta por cento) da arrecadação das doações por culto, sem que tal percentual dificulte a manutenção da agravante.
>
> Cumpre destacar que jurisprudência citada no recurso pela agravante, diz respeito à arrecadação/faturamento diário de empresas ou indústria, fato diverso à realidade da agravante que, como igreja, está isenta de impostos e outras despesas inerentes à aquelas.
>
> O julgado do Superior Tribunal de Justiça, admitindo a penhora de doação por culto religioso, exige tão somente que não inviabilize a receita, nada acrescentando quanto ao percentual admitido, *verbis:*
>
> EXECUÇÃO. CULTO RELIGIOSO. AUSÊNCIA DE BENS QUE GARANTAM A EXECUÇÃO. PENHORA DA RECEITA DIÁRIA. EXCEPCIONAL POSSIBILIDADE.
>
> As doações dos seguidores e simpatizantes do culto religioso constituem em receita da pessoa jurídica e esta deve suportar as suas obrigações, dentre elas o crédito da agravante. Ante a ausência de bens que garantam a execução, excepcionalmente, lícito é que a sua receita diária seja penhorada, em percentual que não a inviabilize, até a satisfação do crédito da exeqüente, procedendo-se na forma prevista no art. 678, parágrafo único, do CPC, nomeando-se administrador para a sua efetivação, observado o disposto no art. 728 do CPC.
>
> Recurso não conhecido. (STJ - QUINTA TURMA - REsp 692972/SP – Relator Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA – Julgamento: 16/12/2004 – Publicação: DJ 21/02/2005 p. 227)
>
> Portanto, entendo que a penhora da metade do que for apurado com doação à recorrente, não dificultara a sua manutenção.
>
> Importante ressalvar, ainda, que deverão os agravados e interessados, indicarem um administrador para acompanhar a arrecadação junto com a direção da agravante, os quais, comungando com o total obtido, estarão obrigados a depositar em conta judicial, até o valor da dívida exequenda.
>
> Assim, ante o exposto e fundamentado, com fulcro no artigo 557 caput do Código de Processo Civil, dou provimento parcial ao agravo de instrumento, para, sem alterar o percentual fixado em primeira instância, apenas acrescer à decisão singular, que, quanto ao cumprimento da ordem, deverão os agravados e interessados, indicarem um administrador para acompanhar a arrecadação junto com a direção da agravante, os quais, comungando com o total obtido, estarão obrigados a depositar em conta judicial, até o valor da dívida exequenda. (f. 87-89).

Como visto, entendeu-se que o percentual a ser penhorado do valor arrecadado por culto, não dificultara a manutenção da agravante, que, como igreja, está isenta de impostos e outras despesas inerentes

à elas, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça, admite a penhora de doação por culto religioso, desde que, não a inviabilize.

Ademais, o fim a ser almejado refere-se ao cumprimento de obrigação pela agravante, no montante de R$ 152.306, 34 (cento e cinquenta e dois mil, trezentos e seis mil e trinta e quatro centavos), conforme informado na petição de f. 54, que ressalta, ainda:

> Há de se ter em consideração que a viabilidade da penhora das doações se justifica no fato de que diversas tentativas de penhora foram realizadas no caso em exame, no decorrer de nove anos, de forma que todas restaram infrutíferas. Ainda, pelos documentos fornecidos pela Delegacia da Receita Federal, não se pode extrair nada que se presta à satisfação do crédito do exequente. (f. 56)

Destarte, visto que a decisão ora agravada encontra-se em consonância com o entendimento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, bem como, que o agravante não trouxe argumentos novos o suficiente para alterar a convicção deste relator, especialmente, quanto à prova de que não poderá se manter com 50% (cinquenta por cento) da arrecadação por culto, mantenho a decisão nos termos em que foi proferida.

Face o exposto e fundamentado, nego provimento ao agravo regimental.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Marcos José de Brito Rodrigues, Desembargadores Paulo Alfeu Puccinelli e Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 3 de julho de 2012.

***

Segunda Câmara Cível
Agravo Regimental em Agravo n. 2012.017529-4/0001-00 - Dourados
Relator Juiz Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DECLARATÓRIA C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER - PLANO DE SAÚDE DA CASSEMS – INCLUSÃO DE SERVIDORA PÚBLICA COMO DEPENDENTE DE SEU CÔNJUGE TAMBÉM SERVIDOR – POSSIBILIDADE – PRESENTES OS REQUISITOS AUTORIZADORES DA TUTELA ANTECIPADA – NEGADO SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO – DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Os pressupostos para concessão de antecipação dos efeitos da tutela estão presentes, inexistindo fundamento para indeferir a inclusão da agravada como dependente de seu cônjuge no plano de saúde e ser evidente o risco de prejuízo por se tratar de direito fundamental à saúde, razão pela qual deve ser mantida a decisão de primeira instância, proferida em sede de cognição sumária.

Ausente fato ou fundamento jurídico novo a ensejar a mudança do entendimento já exarado, impõe-se a manutenção da decisão agravada por seus próprios fundamentos.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 10 de julho de 2012.

Juiz Marcos José de Brito Rodrigues – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Marcos José de Brito Rodrigues

Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul interpõe agravo regimental (f. 135/155) contra a decisão monocrática (f. 127/133) que negou seguimento ao agravo de instrumento, mantendo a tutela antecipada concedida pelo Juízo de primeiro grau que deferiu a inclusão da agravada Marlei como beneficiária do plano de saúde contratado pelo seu cônjuge, ora agravado Marco Antônio.

A agravante sustenta que a determinação fere os princípios associativos; beneficia o interesse privado em detrimento do coletivo; é ilegal por não haver previsão no estatuto e regulamento da entidade, devendo a agravada aderir ao plano de saúde como titular e não como dependente; está ausente o requisito do *periculum in mora* por já ter a agravada concluído o período gestacional.

Finaliza requerendo a reconsideração da decisão singular em juízo de retratação e, subsidiariamente, o provimento deste agravo regimental para reconhecer a ilegalidade da obrigação de inclusão da agravada como dependente, cassando a decisão concessiva de antecipação dos efeitos da tutela.

VOTO

O Sr. Juiz Marcos José de Brito Rodrigues (Relator)

Trata-se de agravo regimental interposto pela CASSEMS – Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul contra a decisão monocrática que negou seguimento ao agravo de instrumento, mantendo a tutela antecipada concedida em Primeira Instância.

No caso em análise, entendo que a decisão objurgada não merece reparo, devendo ser mantida em seus exatos termos, a seguir:

> [...]
>
> Cuida-se, como relatado, de recurso de agravo de instrumento interposto pela Cassems contra decisão que deferiu o pedido de tutela antecipada determinando à agravante a inclusão da agravada Marlei como beneficiária no plano de saúde contratado pelo seu cônjuge ora agravado Marco Antônio.
>
> Os agravados ingressaram com ação declaratória cumulada com obrigação de fazer requerendo, a título de antecipação de tutela, para compelir a agravante a incluir a recorrida Marlei no plano de saúde contratado pelo seu cônjuge.
>
> O juízo de origem deferiu a antecipação pretendida.
>
> Tenho que a decisão deve ser mantida integralmente.
>
> No caso, a análise da questão objeto do recurso de agravo cinge-se à verificação da presença dos requisitos ensejadores para o deferimento ou não da tutela antecipada, nos exatos termos do artigo 273, do CPC.
>
> Como sabido, a finalidade da antecipação da tutela é adiantar o provimento jurisdicional em relação ao bem jurídico que se visa tutelar, desde que presentes os requisitos do dispositivo legal supramencionado, quais sejam, prova inequívoca da verossimilhança da alegação e o fundado receio de lesão grave ou de difícil reparação.
>
> Deve-se considerar, para tanto, a existência da necessidade imediata da agravada, bem como constatar-se a plausibilidade do direito postulado, tudo à luz de documentos que se encontram nos autos, os quais consubstanciam a prova inequívoca de verossimilhança das alegações.
>
> No caso vertente, denota-se que se encontram presentes os requisitos autorizadores da tutela antecipada.
>
> A prova inequívoca da verossimilhança das alegações, em um juízo de cognição sumária, restou demonstrada, pois, o fato de a agravada ter direito à condição de titular – questão até mesmo discutível por ser funcionária pública contratada sem estabilidade - não impede que seja incluída como beneficiária de seu cônjuge, posto que não se pode obrigar uma pessoa a se associar somente porque ela se enquadra na condição de titular. Aliás, como esposa do agravado, ela também se encaixa como sua dependente, de forma que a negativa de sua inclusão configura afronta ao princípio da isonomia.

Com efeito, independentemente da discussão da questão de fundo acerca do regramento normativo da Cassems, assunto que será objeto da instrução probatória, entendo, a princípio, que, se é permitido a todos os associados titulares incluírem suas esposas como sócias beneficiárias, esta previsão certamente consta dos orçamentos e das previsões de gastos, até porque não se pode olvidar que nem todos os servidores são associados a ré. Logo, se algum servidor pede a inclusão como associado titular há ou deveria haver previsão de que com ele ingressarão sócios beneficiários.

Acerca do direito ora em discussão, confira-se aresto deste Sodalício em caso análogo:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – CASSEMS – INCLUSÃO DA ESPOSA TAMBÉM FUNCIONÁRIA PÚBLICA COMO BENEFICIÁRIA DO SEU ESPOSO, ASSOCIADO TITULAR – PRINCÍPIO DA ISONOMIA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Em obediência ao princípio da isonomia, nenhum sócio pode ter mais direitos do que outro apesar de poder existir categorias de associados com vantagens especiais.

(Apelação Cível - Ordinário - N. 2006.017270-1/0000-00 - Campo Grande, Relator Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva, 5ª Turma Cível, 13.8.2009)

Igualmente caracterizado está o *periculum in mora*.

Ora, quando os agravados ingressaram com a ação no mês de dezembro de 2011, a recorrida Marlei estava em período gestacional, precisando, evidentemente, do plano de saúde para realizar todos os procedimentos médicos. Aliás, referida necessidade não é afastada simplesmente porque o parto estava previsto para o mês de março de 2012, como argumenta a agravante, visto que, como sabido, a mulher necessita de acompanhamento médico também após o término da gestação.

Ademais, não prospera a alegação da recorrente de que por ser a agravada funcionária pública tem condição de arcar com o plano de saúde oferecido pela Cassems. A uma porque referido argumento não passa de mera conjectura sem qualquer elemento probatório. A duas porque não está em discussão a situação financeira da agravada, mas sim seu direito a ser incluída como beneficiária do plano de saúde de seu marido.

Por conseguinte, restaram plenamente caracterizados os requisitos para concessão de antecipação dos efeitos da tutela, tendo em vista que presente prova inequívoca do direito e verossimilhança da alegação (*fumus boni iuris*), bem como o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*).

Estando presentes as exigências autorizadoras do art. 273 do CPC, deve ser mantida a decisão que deferiu a antecipação de tutela.

Confira-se, a propósito, o entendimento deste Tribunal de Justiça:

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – TUTELA ANTECIPADA – PRESENTES OS REQUISITOS – MANUTENÇÃO DA DECISÃO – RECURSO NÃO PROVIDO.

Se estão presentes os requisitos da verossimilhança das alegações e fundado receio de dano irreparável, é de ser mantida a tutela antecipada para se evitar maiores prejuízos à parte.

(Agravo - N. 2012.003094-5/0000-00 - Campo Grande, Relator Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, 3ª Câmara Cível, 10.4.2012)

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – DECISÃO QUE DEU PROVIMENTO DE PLANO AO RECURSO – AÇÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO – TUTELA ANTECIPADA – REQUISITOS AUTORIZADORES PRESENTES – RECURSO NÃO PROVIDO.

Para que seja possível a antecipação dos efeitos da tutela nos processos de conhecimento em geral, imprescindível a presença dos requisitos autorizadores para sua concessão dispostos no art. 273 do CPC, o que restaram preenchidos no presente caso.

(Agravo Regimental em Agravo - N. 2012.001622-0/0001-00 - Campo Grande, Relator Exmo. Sr. Des. João Maria Lós, 1ª Câmara Cível, 21.3.2012)

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, caput, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao presente recurso de agravo de instrumento, por sua manifesta improcedência, mantendo intacta a decisão hostilizada.

[...]

Outrossim, não vislumbro motivos para rever o posicionamento adotado.

Re-examinei os autos e não me convenci da necessidade de modificar o teor da decisão, pois, inobstante os argumentos da agravante, a medida concedida não é ilegal porquanto eventual previsão em sentido contrário no estatuto da entidade não pressupõe sua licitude, tampouco o respeito ao princípio constitucional da isonomia.

De outro vértice, a parte agravante não acresceu nada a este recurso que pudesse ensejar a retratação da decisão singular. Não se visualiza razão para altera-la, mormente porque não trouxe a recorrente nenhuma prova ou fato novo que pudesse ilidir a argumentação feita monocraticamente.

Com efeito, ainda que a agravada já não esteja mais em período gestacional, tal não afasta sua necessidade do plano de saúde e o risco da ausência lhe acarretar prejuízo, especialmente por se tratar de direito fundamental de assistência à saúde.

Em derradeiro, consigno que a manutenção da decisão singular exarada é medida imperativa, tanto pelos argumentos jurídicos aduzidos como pela inexistência, na fundamentação trazida pela parte agravante, de elementos novos capazes de ilidir o exposto anteriormente.

Ante o exposto, nego provimento ao presente agravo regimental.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Marcos José de Brito Rodrigues e Desembargadores Paulo Alfeu Puccinelli e Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 10 de julho de 2012.

***

Segunda Seção Cível
Mandado de Segurança n. 2012.000900-5 - Capital
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – CANDIDATO APROVADO NA PRIMEIRA ETAPA – PROVA DE TÍTULOS – AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE NA FORMA DE PONTUAÇÃO – EDITAL QUE É A LEI DO CONCURSO – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – SEGURANÇA DENEGADA.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório determina que o edital é a lei do concurso.

Não há ilegalidade na forma de pontuação dos títulos apresentados pela candidata em concurso público se respeitadas as regras previstas no edital do certame.

Segurança concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, e com o parecer, denegar a segurança, nos termos do voto do relator. Ausente, justificadamente, o Des. Joenildo.

Campo Grande, 9 de julho de 2012.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

ADRIANA FERREIRA LONDON, devidamente qualificada nos autos, impetra mandado de segurança com pedido de liminar contra ato praticado pela **SECRETÁRIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO DE MATO GROSSO DO SUL, SECRETÁRIA DE SAÚDE DE MATO GROSSO DO SUL e ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL.**

Aduz, em síntese, que se inscreveu no concurso de provas e títulos, destinado ao provimento de cargos/funções dos quadros de pessoal da Secretaria de Estado de Saúde e do Hospital Regional de Mato Grosso do Sul, regido pelo Edital n.º 1/2011 – SAD/SES/2011, concorrendo para o cargo de Profissional de Serviços Hospitalares, na função de fisioterapeuta, com lotação prevista no HRMS/FUNSAU.

Destaca que nas provas escritas obteve o segundo lugar, com 52 pontos, passando à etapa de apresentação de títulos.

Assevera que na prova de títulos obteve a pontuação 3,5, mas que os títulos por ela apresentados deveriam somar pontuação bem superior.

Menciona que as autoridades desconsideraram a qualificação de "mestre em fisioterapia" documentalmente comprovada.

Afirma que somente não apresentou o certificado do mestrado em razão de a Universidade não ter enviado.

Sustenta que os certificados de Curso de Emergência, Curso de Operador de Equipamentos Hospitalares e Curso de Quiropraxia estão relacionados às especialidades da Fisioterapia, merecendo somar na pontuação.

Indica que *"bastavam apenas o aproveitamento de dois deles para que a Impetrante obtivesse a pontuação máxima de 2,0 pontos neste item 4, porém isso não ocorreu e deve ser corrigido, sem o qual o Edital estará sendo aviltado pela própria Banca Examinadora"* (f. 10).

Por fim, pugnou pela concessão de liminar para o fim de determinar que as autoridades coatoras retifiquem a contagem dos pontos da prova de títulos bem como a classificação final. No mérito, pediu a concessão da ordem, confirmando a liminar. Ainda, requereu a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

A liminar foi indeferida e foram concedidos os benefícios da justiça gratuita (f. 88-92).

As autoridades coatoras e o Estado de Mato Grosso do Sul apresentaram informações (f. 107-118) sustentando a inexistência do direito líquido e certo narrado na petição inicial, pedindo a denegação da segurança.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer (f. 166-175), opinou pela denegação da segurança.

VOTO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Relator)

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por **ADRIANA FERREIRA LONDON** contra ato praticado pela **SECRETÁRIA DE ESTADO DE ADMINISTRAÇÃO DE MATO GROSSO DO SUL, SECRETÁRIA DE SAÚDE DE MATO GROSSO DO SUL e ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**

Aduz, em síntese, que se inscreveu no concurso de provas e títulos, destinado ao provimento de cargos/funções dos quadros de pessoal da Secretaria de Estado de Saúde e do Hospital Regional de Mato Grosso do Sul, regido pelo Edital n.º 1/2011 – SAD/SES/2011, concorrendo para o cargo de Profissional de Serviços Hospitalares, na função de fisioterapeuta, com lotação prevista no HRMS/FUNSAU.

Destaca que nas provas escritas obteve o segundo lugar, com 52 pontos, passando à etapa de apresentação de títulos.

Assevera que na prova de títulos obteve a pontuação 3,5, mas que os títulos por ela apresentados deveriam somar pontuação bem superior.

Menciona que as autoridades desconsideraram a qualificação de "mestre em fisioterapia" documentalmente comprovada.

Afirma que somente não apresentou o certificado do mestrado em razão de a Universidade não ter enviado.

Sustenta que os certificados de Curso de Emergência, Curso de Operador de Equipamentos Hospitalares e Curso de Quiropraxia estão relacionados às especialidades da Fisioterapia, merecendo somar na pontuação.

Indica que *"bastavam apenas o aproveitamento de dois deles para que a Impetrante obtivesse a pontuação máxima de 2,0 pontos neste item 4, porém isso não ocorreu e deve ser corrigido, sem o qual o Edital estará sendo aviltado pela própria Banca Examinadora"* (f. 10).

Por fim, pugnou pela concessão de liminar para o fim de determinar que as autoridades coatoras retifiquem a contagem dos pontos da prova de títulos bem como a classificação final. No mérito, pediu a concessão da ordem, confirmando a liminar. Ainda, requereu a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

A liminar foi indeferida e foram concedidos os benefícios da justiça gratuita (f. 88-92).

As autoridades coatoras e o Estado de Mato Grosso do Sul apresentaram informações (f. 107-118) sustentando a inexistência do direito líquido e certo narrado na petição inicial, pedindo a denegação da segurança.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer (f. 166-175), opinou pela denegação da segurança.

Como é cediço, o mandado de segurança será sempre pertinente contra ilegalidade ou abuso de poder praticado pelo agente público ou agente de pessoa jurídica no exercício das atribuições de Poder Público, nos termos do artigo 5º, inciso LXIX, da CF, *in verbis*:

> LXIX. conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por 'habeas-corpus' ou 'habeas-data', quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

Por direito líquido e certo se entende aquele determinado em seus contornos, comprovável de plano, que não exige dilação probatória. Conforme leciona Hely Lopes Meirelles:

> Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.[1]

Segundo inteligência do Supremo Tribunal Federal[2], o direito líquido e certo, pressuposto constitucional da admissibilidade do mandado de segurança, é requisito de ordem processual, atinente à existência de prova manifesta dos fatos onde se assenta a pretensão do impetrante.

No caso *sub judice*, o cerne da questão posta em discussão cinge-se em saber se a impetrante tem direito líquido e certo de obter pontuação superior na prova de títulos no concurso regido pelo Edital n.º 1/2011 – SAD/SES/2011.

Pois bem, no que tange ao concurso público, é certo que ainda predomina certa divergência doutrinária acerca de sua natureza jurídica. No entanto, é expressiva a corrente doutrinária que reconhece o concurso público como uma espécie de licitação.

1 Mandado de Segurança. 27ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 36-37.

2 RE n.º 117.936-8, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Julgado em 20 de novembro de 1990 (RT 687/214).

Assim, tanto a abertura quanto a instauração de um concurso público ocorrem por meio de edital, ficando a Administração Pública vinculada às regras nele estabelecidas, não podendo impor vedações nem exigir condutas que não estiverem expressamente consignadas em seu texto. Trata-se do denominado "princípio da vinculação ao instrumento convocatório" que, segundo Celso Antonio Bandeira de Melo, *"obriga a Administração a respeitar estritamente as regras que haja previamente estabelecido para disciplinar o certame, como, aliás, está consignado no art. 41 da Lei8.666"* (Curso de Direito Administrativo. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 476).

É no edital que estão mencionadas as etapas às quais serão submetidos os candidatos, não podendo a Administração Pública criar novas regras ou se afastar das que foram previamente previstas. Em razão do princípio retro mencionado (vinculação ao instrumento convocatório), afirma-se que o edital é a lei do concurso.

Nesse sentido já restou decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, como se denota do seguinte julgado, *in verbis*:

> RECURSO ESPECIAL. EDITAL. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. EDITAL FAZ LEIENTRE AS PARTES.
>
> - O Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório se traduz na regra de que o edital faz lei entre as partes, devendo os seus termos ser observados até o final do certame, vez que vinculam as partes. (STJ; REsp 354977; Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros; Órgão Julgador: Primeira Turma; DJ: 18/11/2003; DP/Fonte: 09.12.2003, p. 213).

No presente caso, a impetrante afirma que não houve o cômputo correto de sua pontuação na fase de apresentação de títulos, o que prejudicou sua classificação final no certame.

Para o melhor esclarecimento da questão, faz-se mister tecer algumas considerações acerca das regras contidas no edital do concurso em questão. O Edital n.º 1/2011 – SAD/SES/2011, de 02 de setembro de 2011, previa que o certame realizar-se-ia em duas etapas, sendo a primeira de provas escrita objetiva, de caráter eliminatório e classificatório, e a segunda consistente em prova de títulos, de caráter classificatório (item 8.1 – f. 29).

Já com relação à segunda etapa do certame (prova de títulos), o edital em questão dispunha o seguinte (f. 35-36):

> [...]
>
> 10.4 - Os candidatos convocados para a realização da Prova de Títulos deverão encaminhar somente uma cópia dos documentos comprobatórios dos títulos, observando:
>
> a) as fotocópias de diplomas ou certificados de conclusão de cursos deverão ser autenticadas em Cartório, com selo de autenticidade, se houver;
>
> b) os comprovantes de conclusão de cursos de capacitação e treinamento só serão aceitos se expedidos por instituição oficial ou reconhecida nos termos da legislação vigente, com registro da carga horária e com a data de realização do curso a partir do ano de 2005;
>
> c) os documentos emitidos em língua estrangeira somente serão considerados quando traduzidos para a Língua Portuguesa por tradutor juramentado e revalidados por instituição brasileira;
>
> d) o Formulário da Relação dos Títulos, disponível no site www.concurso.ms.gov.br, deverá ser encaminhado, devidamente preenchido e assinado, indicando a quantidade de títulos que está sendo encaminhada, em envelope, no endereço indicado no item 10.3.

10.5 - A Prova de Títulos, de caráter classificatório, corresponderá ao total de 10 (dez) pontos, que serão somados à pontuação obtida na Prova Escrita Objetiva.

10.5.1 - O candidato que não encaminhar os títulos no prazo estabelecido em edital terá pontuação "0" (zero) na Prova de Títulos.

10.5.2 - Não serão considerados, para efeito de pontuação, títulos encaminhados sem:

a) a respectiva autenticação no Cartório;

b) a assinatura e a identificação da autoridade responsável pela emissão do documento;

c) a especificação da carga horária e do período (data e ano) do início e término do evento;

d) o reconhecimento do Conselho Federal de Medicina e o Registro no Conselho Regional de Medicina para os Títulos de pós-graduação constantes no Quadro I do item 10.6 deste Edital.

[...]

Quadro II – Pontuação para Avaliação de Títulos para candidatos aos demais cargos/funções

CARGOS EM EXIGIBILIDADE DE ENSINO SUPERIOR			
Item	Títulos	Pontuação	
		Unitária	Máxima
1	Diploma ou certificado, devidamente registrado, de curso de pós-graduação em nível de doutorado.	3,0	3,0
2	Diploma ou certificado devidamente registrado, de curso de Pós-Graduação em nível de mestrado.	2,5	2,5
3	Diploma ou certificado, devidamente registrado, de curso de pós-graduação em nível de especialização, com carga horária mínima de 360 horas/aula, na área da graduação exigida neste Edital.	2,5	2,5
4	Certificado de curso de capacitação e treinamento relacionado à área da função pretendida, expedido por instituição oficialmente reconhecida, com carga horária igual ou superior a 40 horas/aula.	1,0	2,0
Total			10,0

***Quadro transcrito com as devidas retificações promovidas pelo Edital n.º 18/2011 – SAD/SES/2011.

[...]

> 10.7 - Não serão considerados os pontos que excederem ao valor máximo estabelecido em cada item dos Quadros de Pontuação para Avaliação de Títulos, bem como os títulos que não corresponderem às características estabelecidas em cada item.
>
> 10.8 - Não serão computados documentos que não consignem, de forma expressa e precisa, as informações necessárias à sua avaliação, assim como aqueles cujas cópias estiverem ilegíveis, mesmo que parcialmente.
>
> [...].

Portanto, foram elencados diversos requisitos que deveriam ser preenchidos pelos títulos apresentados pelos candidatos para que cada um gerasse uma pontuação.

Sendo assim, a impetrante, após obter aprovação na primeira etapa do concurso, encaminhou sua documentação para a avaliação da Banca Examinadora. Os documentos apresentados foram os seguintes:

I) ata da defesa da dissertação de Mestrado, comprovando o título de mestre em fisioterapia, concluído em 2009;

II) certificado de conclusão do Curso de Pós-graduação *lato sensu*, especialização em Fisioterapia Cardiorrespiratória, com carga horária de 488 h/a, no período de 2004 a 2007;

III) certificado do I Curso em Emergência, com carga horária de 40 horas, em 2005;

IV) certificado do Curso de Treinamento de Operador de Equipamentos Hospitalares, com carga horária de 240 horas, em 2007;

V) certificado do Curso Livre de Quiropraxia Intensivo, recebendo o título de Quiropraxista, com carga horária de 32 horas aula e 50 horas de estágio, em 2008;

VI) certificado de participação no 13º Simpósio Internacional de Fisioterapia Respiratória e Fisioterapia em Terapia Intensiva, de 6 a 9 de setembro de 2006, e;

VII) certificado de participação no 15º Simpósio Internacional de Fisioterapia Respiratória e Fisioterapia em Terapia Intensiva, de 29 de setembro a 2 de outubro de 2010.

Porém, somente o Certificado de Pós-Graduação *lato sensu* (f. 122-124 – 2,5 pontos) e o Certificado de participação do Curso de Atualização em Emergência (f. 125 – 1,0 ponto) é que atenderam os requisitos exigidos pelo edital, somando a pontuação 3,5.

Note-se que o Certificado do Curso de Quiropraxia (f. 128) bem como os dois certificados de participação dos 13º e 15º Simpósios Internacionais de Fisioterapia Respiratória e Fisioterapia em Terapia Intensiva (f. 129-130) não foram aceitos por ausência de indicação da carga horária ou porque esta não atingiu o limite mínimo de 40 horas/aula (item 10.5.2 alínea "c" e item 10.9 – f. 35-37).

Já o Certificado de Participação do Curso de Treinamento de Operador de Equipamentos Hospitalares (f. 131) também não foi admitido em razão da ausência de assinaturas (item 10.5.2 alínea "b" – f. 35).

Por fim, a apresentação da Ata de Defesa da Dissertação de Mestrado (f. 127) também não atendeu às regras do Edital, o qual exigia o Diploma ou o Certificado devidamente registrado (item 10.6 – f. 36).

Logo, não se constata nenhuma ilegalidade praticada pela Banca Examinadora com relação à atribuição de pontuação aos títulos apresentados pela candidata, ora impetrante, eis que respaldada e fundamentada nas regras já previstas no edital do concurso.

Aliás, este também é o entendimento exarado pelo ilustre Procurador subscritor do parecer que afirmou *"conforme podemos observar os documentos que não foram aceitos como títulos, simplesmente por não estarem de acordo com o instituído no Edital, não havendo que se falar em erro na contagem dos pontos"* (f. 175).

Desse modo, inexiste o direito líquido e certo afirmado na petição inicial.

Ante o exposto, **denego** a segurança pleiteada. Com o parecer. Tendo em vista o desiderato alcançado, condeno a impetrante ao pagamento das custas processuais, observada a regra prevista no artigo 12, da Lei n.º 1.060/50. Sem honorários.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, E COM O PARECER, DENEGARAM A SEGURANÇA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, O DES. JOENILDO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Oswaldo Rodrigues de Melo, Tânia Garcia de Freitas Borges e Rubens Bergonzi Bossay e Juiz Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 9 de julho de 2012.

***

Terceira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.010167-7 - Corumbá
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ACIDENTE DE TRABALHO – DOENÇA DERMATOLÓGICA DESENVOLVIDA PELA EXPOSIÇÃO EXACERBADA AO SOL – AUSÊNCIA DE FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL (EPI) – OMISSÃO DO ESTADO – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA POR FALTA DO SERVIÇO – DANOS MATERIAIS E MORAIS DEVIDOS – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

O não cumprimento das obrigações legais de preservação da integridade física do empregado, não faz parte do conceito de responsabilidade objetiva, mas sim subjetiva, porque baseada na culpa do serviço que cabia ao Poder Público prestar ou garantir (fornecimento de EPI). Vê-se que o caso não está contemplado na Teoria do Risco Administrativo, uma vez que há a necessidade de se comprovar culpa, na omissão da Administração.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 26 de junho de 2012.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

O MUNICÍPIO DE CORUMBÁ-MS, irresignado com a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na exordial referente à *Ação de indenização por acidente de trabalho* proposta por **LIGIA MARGARETH DA SILVA ALBANO,** interpõe recurso de apelação.

No apelo de f. 310-319, aduz que "*o magistrado ,,a quo, entendeu que no caso dos autos houve a responsabilidade objetiva do empregador, entretanto, este tipo de responsabilidade, somente é reconhecida quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, e a função de agente de saúde não traz qualquer risco aos direitos de terceiros, pelo contrário auxilia a sociedade a prevenção de várias doenças*" (f. 311).

Assevera que não pode ser responsabilizado, objetivamente, pela doença adquirida pela recorrida, que já era pré-existente e somente foi diagnosticada quando ela exerceu a atividade de agente de saúde do Município de Corumbá.

Afirma que "[...] *a responsabilidade civil do empregador, nestes casos, deve ser, em regra, subjetiva, ou seja, a obrigação de repara os danos morais e patrimoniais sofridos pelo empregado em razão de acidente de trabalho está condicionada, além da configuração do nexo de causalidade, à comprovação do dolo ou da culpa do empregador."* (f. 315).

Conclui dizendo que "[...] *em matéria de responsabilização do empregador por danos decorrentes de acidente de trabalho, aplicar-se-á, conforme o caso, a regra geral de responsabilidade civil subjetiva, fundamentada na idéia de ato ilícito (que pressupõe a noção de culpa), ou a teoria da responsabilidade civil objetiva pelo risco criado, em decorrência da natureza da atividade desenvolvida (que se limita à aferição do nexo de causalidade entre o risco e o evento danoso)*" (f. 319).

Por fim, pede a reforma da sentença vergastada, julgando-se improcedentes os pedidos formulados na exordial.

Intimada, a apelada apresentou suas contra-razões (f. 340-342), onde afirma que em nenhum momento foi diagnosticada como tendo câncer de pele, mas sim que ela é delicada, podendo vir a se tornar um câncer, caso continue a ser exposta ao sol. Enfatiza, ainda, que seu problema não era pré-existente ao seu labor como agente de saúde. Ao final, pugnou pela manutenção da decisão.

VOTO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Relator)

Trata-se de recurso interposto pelo **MUNICÍPIO DE CORUMBÁ-MS**, irresignado com a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na exordial referente à *Ação de indenização por acidente de trabalho* proposta por **LIGIA MARGARETH DA SILVA ALBANO.**

No apelo de f. 310-319, aduz que "*o magistrado a quo, entendeu que no caso dos autos houve a responsabilidade objetiva do empregador, entretanto, este tipo de responsabilidade, somente é reconhecida quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, e a função de agente de saúde não traz qualquer risco aos direitos de terceiros, pelo contrário auxilia a sociedade a prevenção de várias doenças*" (f. 311).

Assevera que não pode ser responsabilizado, objetivamente, pela doença adquirida pela recorrida, que já era pré-existente e somente foi diagnosticada quando ela exerceu a atividade de agente de saúde do Município de Corumbá.

Afirma que "[...] *a responsabilidade civil do empregador, nestes casos, deve ser, em regra, subjetiva, ou seja, a obrigação de repara os danos morais e patrimoniais sofridos pelo empregado em razão de acidente de trabalho está condicionada, além da configuração do nexo de causalidade, à comprovação do dolo ou da culpa do empregador"*. (f. 315).

Conclui dizendo que "[...] *em matéria de responsabilização do empregador por danos decorrentes de acidente de trabalho, aplicar-se-á, conforme o caso, a regra geral de responsabilidade civil subjetiva, fundamentada na idéia de ato ilícito (que pressupõe a noção de culpa), ou a teoria da responsabilidade civil objetiva pelo risco criado, em decorrência da natureza da atividade desenvolvida (que se limita à aferição do nexo de causalidade entre o risco e o evento danoso)*" (f. 319).

Por fim, pede a reforma da sentença vergastada, julgando-se improcedentes os pedidos formulados na exordial.

Intimada, a apelada apresentou suas contra-razões (f.340-342), onde afirma que em nenhum momento foi diagnosticada como tendo câncer de pele, mas sim que ela é delicada, podendo vir a se tornar um câncer, caso continue a ser exposta ao sol. Enfatiza, ainda, que seu problema não era pré-existente ao seu labor como agente de saúde. Ao final, pugnou pela manutenção da decisão.

Inicialmente, faz-se mister esclarecer os fatos que deram ensejo ao pleito de indenização formulado pela apelada. Consoante se extrai da exordial, a recorrida, em julho de 1997, foi selecionada para prestar serviço junto à Prefeitura de Corumbá, na função de agente comunitária de saúde. Quando da admissão, fez exames médicos que constataram sua aptidão para o exercício da função. No entanto, após vários anos trabalhando exposta diretamente ao sol, apresentou problemas dermatológicos - queimaduras severas em seu rosto -, até ficar definitivamente impossibilitada de exercer tal profissão, pelo risco de desenvolver câncer de pelo. Com isso, pediu ao Município que fosse remanejada para o exercício de outra função. Sem resposta imediata, teve que ser afastada, por ordem médica, das tarefas, recebendo o benefício do auxílio-acidente pago pelo INSS. Quando procurou novamente o Município para saber qual providência iria tomar, teve a notícia de sua demissão. Assim, diante de todo o transtorno sofrido, dos gastos dispendidos com o tratamento de saúde, e da dor moral experimentada, ajuizou a presente ação, objetivando receber indenização por danos materiais e morais.

O magistrado de instância singela, reconhecendo a responsabilidade objetiva do Município, condenou-o ao pagamento da quantia de R$ 80,00 (oitenta reais), pelos danos materiais efetivamente comprovados, e danos morais fixados em R$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Feitos esses registros, consoante se infere dos autos, não há dúvidas de que a doença desenvolvida pela recorrida deu-se em decorrência da omissão do Município em conferir a ela os equipamentos de proteção individual (EPI), tendo em vista o risco inerente à profissão de agente de saúde, que, por trabalhar na rua, está sujeito a várias situações de risco, especialmente àquelas causadas pela exposição demasiada ao sol.

Veja que a omissão do Município, no fornecimento dos EPI, é confirmada nas declarações de Albano do Nascimento Garcia, ao relatar que "*conheceu a requerente no ano de 1997 quando ambos começaram a trabalhar como agente comunitário de saúde [...]. Quando trabalharam como agente comunitário nunca receberam do Município protetor solar para ser usado no exercício de sua função, sendo que nem mesmo recebiam orientação para o seu uso [...]"* (f. 276). No mesmo sentido foi o depoimento da autora da ação (f. 277).

Aliás, não há nos autos, ao contrário do declarado pela administração municipal, qualquer prova de que a recorrida tinha doença dermatológica pré-existente, e muito menos de que buscou incorporar em seu dia-a-dia medidas com o escopo de evitar os malefícios da exposição contínua da agente comunitária ao sol.

Sendo assim, reconheço evidenciada a omissão do Município.

Entretanto, *data venia* ao entendimento do magistrado *a quo,* que reconheceu também a omissão da Administração, mas adotou a responsabilidade objetiva para justificar a condenação, penso que é subjetiva a responsabilidade por omissão do Município – decorrente da falta, falha, retardamento ou culpa do serviço –, ou seja, baseada na culpa ou dolo.

É cediço que, há danos que decorrem da omissão das pessoas jurídicas de Direito Público (não agiu quando devia, agiu tardiamente ou agiu mal), aplicando-se a responsabilidade subjetiva. Neste caso, deve-se provar que elas tinham o dever de impedir o dano, sob pena de faltar-lhe razão para imposição do encargo de suportar patrimonialmente as conseqüências da lesão. Logo, a responsabilidade por ato omissivo é sempre por comportamento ilícito e, por conseguinte, subjetiva.

Rui Stoco, citando Celso Antônio Bandeira de Melo, leciona:

> Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E se não foi o autor só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar o evento lesivo. [...].[1]

Acerca da responsabilidade subjetiva, veja-se a lição exposta por Marçal Justen Filho:

> É mais apropriado aludir a uma objetivação da culpa. Aquele que é investido de competências estatais tem o dever objetivo de adotar as providências necessárias e adequadas a evitar danos às pessoas e ao patrimônio. Quando o Estado infringir este dever objetivo e, exercitando suas competências, der oportunidade à ocorrência do dano, estarão presentes os elementos necessários à formulação de um juízo de reprovabilidade quanto à sua conduta. Não é necessário investigar a existência de uma vontade psíquica no sentido da ação ou omissão causadoras do dano. A omissão da conduta necessária e adequada consiste na materialização de vontade defeituosamente desenvolvida. Logo, a responsabilidade continua a envolver um elemento subjetivo, consistente na formulação defeituosa da vontade de agir ou deixar de agir.[2]

Fala-se, portanto, em culpa do serviço ou administrativa, em que a prestação do serviço não funcionou por omissão, ou funcionou mal ou atrasado. A culpa administrativa possui contornos próprios. Não há a necessidade de individualização de culpa, que decorrerá, de forma genérica, da falta do serviço. Assim, considerar-se-á, para fins reparatórios, o nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao Poder Público e o dano.

A doutrina confere a essa modalidade de culpa a denominação de "culpa anônima" ou "impessoal".

> A noção civilista de culpa ficou ultrapassada, passando-se a falar em culpa do serviço ou falta do serviço (faute du service, ente os fracenses), que ocorre quando o serviço não funciona, funciona mal ou funciona atrasado. Em outras palavras, basta a ausência do serviço devido ou o seu defeituoso funcionamento, inclusive pela demora, para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes aos administrados. De acordo com essa nova concepção, a culpa anônima ou falta do serviço público, geradora de responsabilidade do Estado, não está necessariamente ligada à idéia de falta de algum agente determinado, sendo dispensável a prova de que funcionários nominalmente especificados tenham incorrido em culpa. Basta que fique constatado um mau agenciador geral, anônimo, impessoal, na defeituosa condução do serviço, à qual o dano possa ser imputado.[3]

Incrementa o ensino, Dirley da Cunha Jr.:

> Evidentemente que, se o Estado não causou o dano, ele não pode, a princípio, ser responsabilizado, de modo que sua responsabilidade só existirá se ele tinha o dever jurídico de agir para impedir o evento danoso e quedou-se inerte. Por outras palavras, embora o Estado não seja o causador do dano, ele tinha o dever jurídico de evitá-lo e não evitou tão-somente subjetivamente.

1 Tratado de responsabilidade civil", 6ª ed., rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 960.

2 Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 797.

3 Programa de Responsabilidade Civil. Sergio Cavalieri Filho.5.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 238.

> Só existe a responsabilidade do Estado, insista-se, quando houver uma correlativa obrigação de agir (há, em contrapartida, um dever de agir do Estado para evitar o dano). A omissão do Estado gera uma responsabilidade subjetiva por culpa anônima, caracterizada pela faute du service. Deve-se, portanto, demonstrar a culpa administrativa ou do serviço (mas não é a culpa ou o dolo individual do agente)[...]
>
> Insiste-se, portanto, que a responsabilidade do Estado por suas omissões é de natureza subjetiva, calcada na culpa administrativa. Tal conclusão resulta, aliás, da exegese que se faz do § 6.º do art. 37 da Constituição, que utiliza a expressão causar (as pessoas jurídicas de direito público [...] responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros), dando a idéia de que a responsabilidade objetiva nele adotada se limita aos danos derivados das ações do Estado. [4]

Especialmente a respeito da responsabilidade da Administração, como órgão empregador, já julgou o STJ:

> AGRAVO INTERNO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. REPARAÇÃO POR DANO MORAL. ACIDENTE DE TRABALHO. REDUÇÃO TEMPORÁRIA DA CAPACIDADE LABORATIVA.
>
> 1. A jurisprudência desta eg. Corte de Justiça é firme no sentido de reconhecer que a responsabilidade do empregador, decorrente de acidente de trabalho, é, em regra, subjetiva, fundada em presunção relativa de sua culpa. Cabe, assim, ao empregador o ônus da prova quanto à existência de alguma causa excludente de sua responsabilidade, tal como comprovar que tomou todas as medidas necessárias à preservação da incolumidade física e psicológica do **TJ-MS FL.:353 2012.010167-7/0000-00** empregado em seu ambiente de trabalho, respeitando as normas de segurança e medicina do trabalho.
>
> 2. O c. Tribunal de origem, à luz dos princípios da livre apreciação da prova e do livre convencimento motivado, bem como mediante análise soberana do contexto fático-probatório dos autos, concluiu que ficou cabalmente demonstrada nos autos a existência de nexo de causalidade entre a doença da autora e a atividade laborativa por ela desenvolvida, e que não foram tomadas pela empregadora todas as medidas necessárias à preservação da incolumidade física do trabalhador.
>
> 3. A inversão do julgado implicaria, inevitavelmente, o reexame do contexto fático e probatório dos autos, o que, no entanto, é inviável na via estreita do recurso especial, conforme o óbice previsto no enunciado nº 7 da Súmula do STJ.
>
> 4. De acordo com o entendimento pacificado nesta Corte de Justiça, o valor estabelecido pelas instâncias ordinárias a título de indenização por danos morais pode ser revisto nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões da razoabilidade.
>
> 5. Na hipótese em exame, a fixação do dano moral, no montante de 100 (cem) salários mínimos, não condiz com a repercussão do padecimento físico da autora, decorrente de lesão por esforços repetitivos - LER. Isso, porque, embora tenha ficado acometida da moléstia, sentindo dores, e, portanto, afastada do ambiente de trabalho, sua incapacidade foi diagnosticada como parcial e temporária, não gerando, assim, óbice prolongado à sua capacidade laborativa.
>
> 6. Agravo regimental parcialmente provido, para estabelecer o valor da reparação por danos morais em R$ 30.000,00 (trinta mil reais), acrescido de correção monetária a partir dessa data e juros moratórios a partir da citação, estes conforme o v. acórdão

4 Curso de Direito Administrativo. 4.ª ed. Salvador: Podivm, 2006. p. 292-293.

recorrido". (STJ; AgRg no Ag 1373756/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 06/12/2011, DJe 01/02/2012). *grifei

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL E TRABALHO. ACIDENTE DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO EMPREGADOR. CULPA PRESUMIDA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. MOMENTO PROCESSUAL.

PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SUMULAS 282 E 356 DO STF.

1 - Nos acidentes de trabalho, cabe ao empregador comprovar o cumprimento das obrigações legais de preservação da integridade física do trabalhador e respeito à normas de segurança e medicina do trabalho. Precedente específico.

2 - Não se conhece do recurso especial quando a decisão recorrida deixa de se manifestar acerca da questão federal suscitada.

3 - Agravo regimental não provido. (STJ; AgRg no REsp 856.791/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/05/2011, DJe 26/05/2011). *grifei

DIREITO CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. NATUREZA. PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE FÍSICA DO EMPREGADO. PRESUNÇÃO RELATIVA DE CULPA DO EMPREGADOR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. TJ-MS FL.:354 2012.010167-7/0000-00 - O art. 7º da CF se limita a assegurar garantias mínimas ao trabalhador, o que não obsta a instituição de novos direitos – ou a melhoria daqueles já existentes – pelo legislador ordinário, com base em um juízo de oportunidade, objetivando a manutenção da eficácia social da norma através do tempo.

- A remissão feita pelo art. 7º, XXVIII, da CF, à culpa ou dolo do empregador como requisito para sua responsabilização por acidentes do trabalho, não pode ser encarada como uma regra intransponível, já que o próprio caput do artigo confere elementos para criação e alteração dos direitos inseridos naquela norma, objetivando a melhoria da condição social do trabalhador.

- Admitida a possibilidade de ampliação dos direitos contidos no art. 7º da CF, é possível estender o alcance do art. 927, parágrafo único, do CC/02 – que prevê a responsabilidade objetiva quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para terceiros – aos acidentes de trabalho.

- A natureza da atividade é que irá determinar sua maior propensão à ocorrência de acidentes. O risco que dá margem à responsabilidade objetiva não é aquele habitual, inerente a qualquer atividade.

Exige-se a exposição a um risco excepcional, próprio de atividades com elevado potencial ofensivo.

- O contrato de trabalho é bilateral sinalagmático, impondo direitos e deveres recíprocos. Entre as obrigações do empregador está, indubitavelmente, a preservação da incolumidade física e psicológica do empregado no seu ambiente de trabalho.

- Nos termos do art. 389 do CC/02 (que manteve a essência do art.

1.056 do CC/16), na responsabilidade contratual, para obter reparação por perdas e danos, o contratante não precisa demonstrar a culpa do inadimplente, bastando a prova de

> descumprimento do contrato. Dessa forma, nos acidentes de trabalho, cabe ao empregador provar que cumpriu seu dever contratual de preservação da integridade física do empregado, respeitando as normas de segurança e medicina do trabalho. Em outras palavras, fica estabelecida a presunção relativa de culpa do empregador.
>
> Recurso especial provido.(STJ; REsp 1067738/GO, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Rel. p/Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/05/2009, DJe 25/06/2009).

O não cumprimento das obrigações legais de preservação da integridade física do trabalhador, não faz parte do conceito de responsabilidade objetiva, mas sim subjetiva, porque baseada na culpa do serviço que cabia ao Poder Público prestar ou garantir. Vê-se que o caso não está contemplado na Teoria do Risco Administrativo, uma vez que há a necessidade de se comprovar culpa, na omissão da Administração.

Ao particular que sofre o dano, resta provar que a atuação normal da Administração teria sido suficiente para evitar o dano por ele sofrido. No presente caso, isso restou mais do que evidente, pois, bastaria ao Município ter fornecido condições de proteção à exposição ao sol para evitar que a recorrida viesse a contrair problemas de pele.

Além disso, apenas para que não passe sem registro, vale alertar que a legislação não privou a Administração Pública de se eximir da reparação se o dano defluiu do comportamento doloso ou culposo da própria vítima. Falo, nesse momento, da culpa exclusiva da vítima como excludente de culpabilidade.

No entanto, para seu reconhecimento, caberia ao ente público comprovar tal circunstância, vale dizer, restaria ao Município demonstrar que a culpa pelos ***TJ-MS FL.:355 2012.010167-7/0000-00*** problemas dermatológicos da vítima decorreram, unicamente, de seu comportamento. Contudo, o apelante quedou-se inerte nesse sentido.

Ora, no nosso ordenamento existe uma regra geral dominante no sistema probatório, qual seja, à parte que alega a existência de determinado fato incumbe o ônus de demonstrar sua veracidade para que o fato dê origem a algum direito. Em síntese, cabe-lhe o ônus de produzir a prova dos fatos por si mesmo alegados. Conforme leciona Leo Rosemberg:

> [...] a necessidade que o sistema processual tem de regular minuciosamente o ônus da prova decorre de um princípio geral vigente no direito moderno, segundo o qual ao juiz, mesmo em caso de dúvida invencível, decorrente de contradição ou insuficiência das provas existentes nos autos, não é lícito eximir-se do dever de decidir a causa. Se ele julgar igualmente sobre a existência de fatos a respeito dos quais não haja formado convicção segura, é necessário que a lei prescreva qual das partes haverá de sofrer as conseqüências de tal insuficiência probatória.[5]

O Código de Processo Civil, em seu art. 333, afirma que o ônus da prova cabe ao autor relativamente ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu, em relação à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Cândido Rangel Dinamarco, sobre o ônus da prova, esclarece:

> A distribuição do ônus da prova repousa principalmente na premissa de que, visando a vitória na causa, cabe à parte desenvolver perante o Juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente. O Juiz deve julgar secundum allegatta et probata partium e não secundum propiam suam conscientiam - e daí o encargo que as partes têm no processo, não só de alegar, como também de provar (encargo=ônus).

5 La carga de la prueba. Buenos Aires: Ejea Apud Ovídio A. Batista da Silva. Curso de Processo Civil. 5 ed. v. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 345.

> 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.[6]

Considerando que a norma jurídica é um comando abstrato que somente atua concretamente quando uma situação da vida enquadra-se em sua incidência, eventuais fatos que provocaram a atuação da norma materializam-se no processo, que será o veículo para levar até o magistrado os acontecimentos ocorridos no mundo fenomênico. Sem o conhecimento dos fatos, é impossível ao magistrado dizer a solução jurídica reclamada, tendo, portanto, o ônus, suma importância.

As provas existentes nos autos indicam que os danos sofridos pela recorrida ocorreram exclusivamente por conta da omissão do Município em fornecer, adequadamente, os equipamentos de proteção individual à agente de saúde que prestava seu serviço diretamente exposta ao sol.

Não há qualquer prova que indique que os danos causados à saúde da recorrida partiram exclusivamente de seu comportamento. Portanto, não há de se falar em excludente de responsabilidade por culpa exclusiva da vítima, nem tampouco em culpa concorrente.

Assim, mesmo que por outros fundamentos (responsabilidade subjetiva em vez de objetiva), tenho que agiu com a cerco o magistrado *a quo* ao condenar o Município a suportar a indenização pelos danos materiais e morais sofridos pela recorrida. A sentença, portanto, deve ser mantida.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação e, nego-lhe provimento, mantendo-se inalterada a sentença de primeira instância.

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

Trata-se de Apelação Cível interposta por **Município de Corumbá** contra decisão proferida pelo Juiz da 3ª Vara Cível da Comarca de Corumbá/MS, nos autos da Ação de indenização por acidente de trabalho.

Extrai-se dos autos que a autora requer indenização decorrente de acidente de trabalho. A apelada trabalhou como agente comunitário de saúde no período de janeiro/1997 a abril/2004, trabalhando para a Prefeitura Municipal de Corumbá/MS.

No laudo pericial consta que a autora (f. 98/100):

> A paciente possui lesões tipo manchas escurecidas no rosto, que aumentam com a exposição solar, mesmo mantendo tratamento clínico dermatológico.
>
> A enfermidade conhecida como „Síndrome Idiopatica adquirida precipitada pela exposição solar, doença que possui a Paciente, não tem cura total.
>
> Não poderá mais exercer tal profissão (agente comunitário de saúde) uma vez que a patologia acima descrita piora com a exposição solar progressiva.
>
> A paciente está inválida para exercer a atividade para as quais exijam exposição ao sol.
>
> Concluindo, a paciente encontra-se com muita dificuldade para encontrar uma atividade laboral em que esteja protegida dos raios solares, uma vez que a exposição continuada a estes só agravaria o problema de pele adquirido pela mesma.

6 Teoria Geral do Processo. 7 ed. São Paulo: RT, 1990, p. 312.

O magistrado *a quo* julgou parcialmente procedente os pedidos formulados pela autora, condenando o Município de Corumbá ao pagamento da quantia de R$ 80,00 referente aos danos materiais e o valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) a título de danos morais.

Acompanho o douto Relator para negar provimento ao recurso interposto por **Município de Corumbá**.

Isso porque, como bem esclarecido no voto relator:

> As provas existentes nos autos indicam que os danos sofridos pela recorrida ocorreram exclusivamente por conta da omissão do Município em fornecer, adequadamente, os equipamentos de proteção individual à agente de saúde que prestava seu serviço diretamente exposta ao sol.
>
> Não há qualquer prova que indique que os danos causados à saúde da recorrida partiram exclusivamente de seu comportamento. Portanto, não há de se falar em excludente de responsabilidade por culpa exclusiva da vítima, nem tampouco em culpa concorrente.
>
> Assim, mesmo que por outros fundamentos (responsabilidade subjetiva em vez de objetiva), tenho que agiu com a cerco o magistrado a quo ao condenar o Município a suportar a indenização pelos danos materiais e morais sofridos pela recorrida. A sentença, portanto, deve ser mantida.

O Sr. Des. Marco André de Nogueira Hanson (Vogal).

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

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

Campo Grande, 26 de junho de 2012.

***

Terceira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.020684-3 - Campo Grande
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO – OSCILAÇÃO NO FORNECIMENTO DE ENERGIA – DANOS CAUSADOS A EQUIPAMENTOS ELÉTRICOS – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – ARTIGO 333, DO CPC – COMPROVAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O DANO E A DEFICIENTE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – INDENIZAÇÃO DA SEGURADORA – SUBROGAÇÃO – JUROS DE MORA – TERMO INICIAL – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de admitir o direito à indenização por prejuízos causados a equipamentos elétricos em razão de oscilações no fornecimento de energia, autorizando, ainda, o pagamento da indenização à seguradora que ressarci o consumidor e se subroga nos seus direitos.

Resta evidenciado o dever de indenizar se a parte autora cumpre com o ônus da prova, demonstrando que os danos causados a equipamentos elétricos decorreram da deficiente prestação do serviço.

Nos termos do artigo 219, do CPC, os juros de mora deverão incidir da data da citação válida.

Recurso conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, vencido o revisor, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 31 de julho de 2012.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

EMPRESA ENERGÉTICA DE MATO GROSSO DO SUL – ENERSUL S.A., irresignada com a sentença que julgou procedentes os pedidos formulados na exordial referente à *ação de cobrança* que lhe propusera **BRADESCO AUTO/RE CIA DE SEGUROS,** interpõe recurso de apelação, objetivando a sua reforma.

No apelo de f. 159-166, a recorrente afirma que não restou demonstrado o nexo causal entre o dano e o fato do fornecimento de energia.

Enfatiza que era da recorrida o dever de comprovar a existência do nexo causal entre o fato do serviço prestado pela apelante.

Menciona que *"mesmo que a matéria inerente a existência das alegadas oscilações tenha restado incontroversa, tal fato, por si só, não autorizava a condenação desta ao dever de indenizar, já que nenhuma prova veio para os autos no sentido de confirmar que a queima dos aparelhos eletrônicos tenha decorrido dessas oscilações"* (f. 162).

Assevera que os juros de mora somente devem incidir a partir da prolação da sentença, pois é este o momento em que a apelante passou a incidir em mora.

Remata pugnando o conhecimento e provimento do recurso para o fim de reformar a sentença recorrida com o julgamento improcedente do pedido.

Em contrarrazões (f. 179-186), a recorrida pede a manutenção da sentença recorrida com o não provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por **EMPRESA ENERGÉTICA DE MATO GROSSO DO SUL – ENERSUL S.A.** contra a sentença que julgou procedentes os pedidos formulados na exordial referente à *ação de cobrança* que lhe propusera **BRADESCO AUTO/RE CIA DE SEGUROS**.

No apelo de f. 159-166, a recorrente afirma que não restou demonstrado o nexo causal entre o dano e o fato do fornecimento de energia.

Enfatiza que era da recorrida o dever de comprovar a existência do nexo causal entre o fato do serviço prestado pela apelante.

Menciona que *"mesmo que a matéria inerente a existência das alegadas oscilações tenha restado incontroversa, tal fato, por si só, não autorizava a condenação desta ao dever de indenizar, já que nenhuma prova veio para os autos no sentido de confirmar que a queima dos aparelhos eletrônicos tenha decorrido dessas oscilações"* (f. 162).

Assevera que os juros de mora somente devem incidir a partir da prolação da sentença, pois é este o momento em que a apelante passou a incidir em mora.

Remata pugnando o conhecimento e provimento do recurso para o fim de reformar a sentença recorrida com o julgamento improcedente do pedido.

Em contrarrazões (f. 179-186), a recorrida pede a manutenção da sentença recorrida com o não provimento do recurso.

Antes de passar à análise do mérito do recurso, impende tecer breves considerações sobre os fatos que deram origem à demanda.

Em 03 de maio de 2010, a autora formalizou um contrato de seguro com a empresa Jair Benites Rodrigues Me, gerando a apólice de seguro de n.º 160005019. Posteriormente, em 22 de outubro de 2010, ocorreu variação abrupta de tensão na rede elétrica na cidade de Campo Grande causada em razão das fortes

chuvas acompanhadas de descargas atmosféricas que atingiram a região, danificando os equipamentos pertencentes ao açougue da empresa segurada.

Em razão destes danos, a seguradora foi acionada e, após o procedimento de regulação de sinistro, em 28 de janeiro de 2011, foi paga a indenização no valor de R$ 4.258,33 (quatro mil, duzentos e cinquenta e oito reais e trinta e três centavos).

Em razão de ter promovido a indenização de terceiro por danos causados pela empresa fornecedora de energia elétrica, foi ajuizada a presente ação regressiva pretendendo a restituição da quantia desembolsada.

Após o trâmite processual, o magistrado de primeira instância entendeu ser o caso de julgamento procedente, condenando a requerida, ora apelante, ao pagamento da importância de R$ 4.258,33, acrescida de juros de mora de 1% ao mês e correção monetária pelo índice IGPM, ambos incidentes desde a data do desembolso (f. 139-144), o que justificou a interposição do presente recurso.

Feitas estas considerações, anoto que o cerne das questões postas em discussão cinge-se em saber: (1) se restou demonstrado o nexo de causalidade entre o dano suportado e o fato do fornecimento de energia; (2) qual o termo inicial para a incidência dos juros de mora.

Não se pode olvidar que a relação jurídica que deu origem a esta ação de cobrança (prestação de serviço à empresa Jair Benites Rodrigues Me) trata-se de uma relação de consumo, e que os danos materiais causados ao consumidor são decorrentes da má prestação de um serviço público.

Consequentemente, deve ser aplicada a teoria do risco do empreendimento, prevista no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, que diz:

> Art. 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.
>
> § 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes entre as quais:
>
> I – o modo de seu fornecimento;
>
> II – o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
>
> III – a época em que foi fornecido.

Assim, o CDC, atento aos novos rumos da responsabilidade civil, consagrou a responsabilidade civil objetiva do prestador de serviços, prescindindo do elemento culpa para que haja o dever de indenizar, tendo em vista, especialmente, o fato de vivermos, hoje, em uma sociedade de produção e de consumo em massa, responsável pela despersonalização ou desindividualização das relações entre produtores, comerciantes e prestadores de serviços, em um polo, e compradores e usuários do serviço, no outro.

Atendendo o mandamento trazido pelo dispositivo legal supra transcrito, temos que todo aquele que se dispõe a exercer alguma atividade no campo do fornecimento de bens ou prestação de serviços tem o dever de responder pelos fatos e vícios resultantes do empreendimento, independentemente da existência de culpa.

Também a Constituição Federal reforça a tese da responsabilidade da empresa prestadora de serviço público, independentemente da existência de culpa. Dispõem o texto constitucional, *verbis*:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
>
> [...]
>
> § 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, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A obrigação de prestar o serviço, adequadamente, é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança. Assim, a recorrente tem a obrigação de zelar por uma prestação de serviço boa, eficiente e que não gere riscos ou prejuízos aos seus clientes.

Por outro vértice, no que tange ao dano material e 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 obrigado 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". (Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. III, p. 321).

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) nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente. Assim, na eventualidade de não restarem provados esses pressupostos, indevida será a obrigação reparatória.

No caso dos autos, restaram demonstrados todos os requisitos que ensejariam o dever de a empresa recorrente indenizar o consumidor que foi lesado pela má prestação do serviço, justificando, portanto, o ressarcimento da seguradora que já promoveu tal indenização.

Não se pode esquecer que no ordenamento jurídico vige uma regra geral dominante no sistema probatório, qual seja, incumbe à parte que alega a existência de determinado fato o ônus de demonstrar a sua existência 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 Rosemberg:

> [...] a necessidade que o sistema processual tem de regular minuciosamente o ônus da prova decorre de um princípio geral vigente no direito moderno, segundo o qual ao juiz, mesmo em caso de dúvida invencível, decorrente de contradição ou insuficiência das provas existentes nos autos, não é lícito eximir-se do dever de decidir a causa. Se ele julgar igualmente sobre a existência de fatos a respeito dos quais não haja formado convicção segura, é necessário que a lei prescreva qual das partes haverá de sofrer as conseqüências de tal insuficiência probatória (La carga de la prueba. Buenos Aires: Ejea Apud Ovídio A. Batista da Silva. Curso de Processo Civil. 5 ed. v. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 345).

O Código de Processo Civil, em seu artigo 333, afirma que o ônus da prova cabe ao autor relativamente ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu, em relação à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Cândido Rangel Dinamarco, sobre o ônus da prova, esclarece:

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

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 veículo para levar até o magistrado os fatos ocorridos no mundo fenomênico. Sem o conhecimento de tais fatos, é impossível ao magistrado dizer a solução jurídica que a situação reclama, tendo, portanto, o ônus suma importância.

In casu, a recorrente afirma que não restou demonstrado o nexo de causalidade entre os danos causados aos equipamentos elétricos pertencentes ao segurado e a prestação dos seus serviços. Todavia, ainda que seja afastada a inversão do ônus da prova – como pretendido pela apelante – fato é que a parte autora conseguiu cumprir com o ônus da prova que lhe tocava.

Isto porque, o laudo pericial trazido juntamente com a petição inicial (f. 44-54), concluiu que os danos elétricos foram causados pelas fortes chuvas acompanhadas de descargas atmosféricas que atingiram a região, causando oscilações na rede elétrica e danificando os equipamentos pertencentes ao consumidor.

Aliás, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de admitir o direito à indenização por prejuízos causados a equipamentos elétricos em razão de oscilações no fornecimento de energia, autorizando, ainda, o pagamento da indenização à seguradora que ressarci o consumidor e se subroga nos seus direitos. Por oportuno, transcrevo o seguinte julgado:

> AÇÃO DE COBRANÇA – oscilação no fornecimento de energia elétrica – DANOS EM EQUIPAMENTOS DE EMPRESA SEGURADA – nexo causal demonstrado – dano material configurado – DEVER DA CONCESSIONÁRIA INDENIZAR À SEGURADORA – RECURSO IMPROVIDO.
>
> É objetiva a responsabilidade da empresa concessionária de serviço público, importando destacar que nos termos da Resolução Normativa da Aneel n. 61/2004, há presunção de responsabilidade, somente afastada com a prova de que não houve a oscilação no fornecimento de energia elétrica.
>
> A ocorrência de danos a equipamentos elétricos por conta de deficiência no fornecimento de energia elétrica dá ensejo à indenização por danos materiais.
>
> Prova dos prejuízos causados nos equipamentos do segurado formalizada pela seguradora autora e não desconstituída pela concessionária requerida que impõe o dever de indenizar. (TJMS; Apelação Cível n.º 2011.018686-0; Órgão Julgador: Terceira Turma Cível; Relator: Desembargador Fernando Mauro Moreira Marinho; julgado em 12.07.2011).

Portanto, ao contrário do que afirma a apelante, restou demonstrado o nexo de causalidade entre os danos materiais causados aos equipamentos elétricos e a deficiente prestação do serviço.

Por fim, entendo assistir parcial razão à apelante no que tange ao termo inicial para a incidência dos juros de mora. A meu ver, os juros de mora não devem incidir desde o efetivo pagamento da indenização (como determinado pelo magistrado sentenciante) tampouco desde a data da prolação da sentença (como pretendido pela recorrente), mas sim desde a citação válida no processo.

Mostra-se mais escorreito o entendimento segundo o qual os juros de mora incidem a partir da citação da concessionária, em observância ao que dispõe o artigo 219 do CPC que determina que *"a citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e ainda, quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição"*.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação e dou-lhe parcial provimento para, em reformando em parte a sentença recorrida, fixar o termo inicial para a incidência de juros de mora na data da citação válida da parte requerida. No demais, mantenho inalterado o *decisum*.

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

Trata-se de Apelação Cível - Ordinário interposto por Empresa Energética de Mato Grosso do Sul - Enersul S/A contra decisão proferida pelo Juiz da 6ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande/MS, nos autos da *Ação de Cobrança* movida contra **Bradesco Auto/re Cia de Seguros.**

A apelante requer o provimento do recurso para que seja afastada a condenação no valor de R$ 4.258,33, referente à indenização por danos materiais pagos pelo autor a empresa segurada em razão da queima de aparelhos eletrônicos diante da oscilação de energia.

O apelado anexou aos autos vários documentos que comprovam as despesas com o conserto dos aparelhos danificados, bem como relatórios, termo de vistoria, laudo técnico(f. 44/85).

Peço vênia para divergir do preclaro relator, mantendo inalterada a sentença que fixou os juros de mora da data do desembolso, pois a súmula 54 do STJ prevê *que "OS JUROS MORATORIOS FLUEM A PARTIR DO EVENTO DANOSO, EM CASO DE RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL"*.

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

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, VENCIDO O REVISOR, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

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

Campo Grande, 31 de julho de 2012.

***

Quarta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.006113-9 - Campo Grande
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – PLANO DE SAÚDE – CLÁUSULA CONTRATUAL QUE DISPÕE ACERCA DE PRAZO DE CARÊNCIA – SITUAÇÃO COM CARÁTER DE URGÊNCIA – COBERTURA DE VIDA – VERBA HONORÁRIA – MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Em situações com caráter de urgência deve ser desconsiderada cláusula contratual que disponha acerca de prazo de carência previsto em contratos de plano de saúde, já que ela acaba por restringir direitos fundamentais inerentes à natureza desta modalidade de contrato, que é a proteção à vida é à saúde do contratante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, julgar prejudicada a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Decisão em parte com o parecer.

Campo Grande, 10 de julho de 2012.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

UNIMED Paulistana - Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico interpõe recurso de apelação contra sentença prolatada pelo juízo da 6ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, nos autos de ação de obrigação de fazer ajuizada por Laura Buss Mongelo, julgou procedente a pretensão formulada na petição inicial, para o fim de *"se compelir a demandada a custear as despesas decorrentes da realização do procedimento cirúrgico denominado 'Herniorrafia Inguinal no RN ou lactente', com todos os materiais necessários e ligados ao tratamento, no Hospital da Criança Ltda - ficando, neste ponto, ratificada a medida liminar concedida às fls. 36/39."*

Requer a apelante, a reforma da decisão, aduzindo, em apertada síntese, que: 1) o período de carência tinha previsão contratual, de modo que era sabido pela apelada que ele deveria ser rigorosamente cumprido; 2) o procedimento pleiteado pela recorrida não é caso de urgência; 3) a solicitação de internação e demais procedimentos ocorreram dentro do prazo de carência contratual, motivo pelo qual houve a negativa de cobertura; 4) vem cumprindo rigorosamente com as determinações da ANS e as disposições do contrato; 5) não houve violação ao Código de Defesa do Consumidor; 6) em caso de manutenção da decisão a verba honorária deve ser reduzida.

Em contrarrazões, a apelada pugna pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer, opina pela manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por UNIMED Paulistana - Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico contra sentença prolatada pelo juízo da 6ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, nos autos de ação de obrigação de fazer ajuizada por Laura Buss Mongelo, julgou procedente a pretensão formulada na petição inicial, para o fim de *"se compelir a demandada a custear as despesas decorrentes da realização do procedimento cirúrgico denominado 'Herniorrafia Inguinal no RN ou lactente', com todos os materiais necessários e ligados ao tratamento, no Hospital da Criança Ltda - ficando, neste ponto, ratificada a medida liminar concedida às fls. 36/39."*

Requer a apelante, a reforma da decisão, aduzindo, em apertada síntese, que: 1) o período de carência tinha previsão contratual, de modo que era sabido pela apelada que ele deveria ser rigorosamente cumprido; 2) o procedimento pleiteado pela recorrida não é caso de urgência; 3) a solicitação de internação e demais procedimentos ocorreram dentro do prazo de carência contratual, motivo pelo qual houve a negativa de cobertura; 4) vem cumprindo rigorosamente com as determinações da ANS e as disposições do contrato; 5) não houve violação ao Código de Defesa do Consumidor; 6) em caso de manutenção da decisão a verba honorária deve ser reduzida.

Inicialmente, cumpre esclarecer que perfilho o entendimento no sentido de que nas situações com caráter de urgência, a cláusula contratual que disponha acerca de prazo de carência previsto em contratos de plano de saúde deve ser desconsiderada, uma vez que ela é nula de pleno direito, pois acaba por restringir um direito fundamental inerente à natureza desta modalidade de contrato, que é a proteção à vida é à saúde do contratante.

Aliás, nesse sentido, colha-se o seguinte precedente do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> DIREITO DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. PERÍODO DE CARÊNCIA. SITUAÇÕES EMERGENCIAIS GRAVES. NEGATIVA DE COBERTURA INDEVIDA.
>
> I - **Na linha dos precedentes desta Corte, o período de carência contratualmente estipulado pelos planos de saúde, não prevalece, excepcionalmente, diante de situações emergenciais graves nas quais a recusa de cobertura possa frustrar o próprio sentido e razão de ser do negócio jurídico firmado.**
>
> II - No caso dos autos o seguro de saúde foi contratado em 27/10/03 para começar a viger em 1º/12/03, sendo que, no dia 28/01/04, menos de dois meses depois do início da sua vigência e antes do decurso do prazo de 120 dias contratualmente fixado para internações, o segurado veio a necessitar de atendimento hospitalar emergencial, porquanto, com histórico de infarto, devidamente informado à seguradora por ocasião da assinatura do contrato de adesão, experimentou mal súbito que culminou na sua internação na UTI.
>
> III - Diante desse quadro não poderia a seguradora ter recusado cobertura, mesmo no período de carência.
>
> IV - Recurso Especial provido. (STJ; REsp nº 1055199/SP; Rel. Min. Sidnei Beneti; 3ª Turma; j. 3/5/2011). (destacamos)

No caso destes autos, denota-se que a ré UNIMED Paulistana - Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico, agora apelante, negou a cobertura do procedimento indicado pelo profissional médico que assistia a recorrida, ao argumento de que não havia ultrapassado o prazo de carência estabelecido no contrato.

O documento colacionado à f. 18, emitido pelo o médico que acompanhava a autora, ora apelada, demonstra que ele recomendou que ela realizasse uma cirurgia, em caráter de urgência, uma vez que era portadora de hérnia inguinal bilateral, apresentando ovário encarcerado, que a colocava em risco.

Diante disso, levando em conta que se cuida de uma situação de emergência, de natureza excepcional, que se não fosse tratada com urgência colocaria a vida da criança em perigo, com a consequente frustração do objeto do contrato, a meu sentir, deve ser afastado o prazo de carência disposto no negócio jurídico celebrado entre a genitora da autora e a recorrente, do qual ela é beneficiária, pois, evidentemente, o direito à vida, previsto na Constituição Federal, em seu art. 5º, caput, que é o mais fundamental de todos os direitos, deve sobrepor-se a qualquer relação contratual.

Além disso, como muito bem observado pelo magistrado de primeiro grau na fundamentação de sua sentença (f. 172):

> E, no caso, em análise à peça de defesa da parte demandada (fls. 88/101), verifica-se que a mesma não se insurgiu especificamente quanto a urgência alegada pela parte autora para a realização do procedimento cirúrgico denominado 'Herniorrafia Inguinal no RN ou lactente', de modo que, então, tem-se que a urgência para a realização do mencionado procedimento cirúrgico, nos termos do art. 302 do CPC, deve ser presumida verdadeira, pois, como cediço, 'Presume-se a tácita concordância da requerida com os fatos narrados na peça inicial quando não há impugnação específica por parte da requerida' (TJMS - 2ª Turma Cível. AC n.º 2010.011178-2. Rel. Luiz Carlos Santini. Julg. 03.08.2010), visto que 'Pelo princípio do ônus da impugnação especificada, cabe ao réu impugnar um a um os fatos articulados pelo autor na petição inicial. Deixando de impugnar um fato, será revel quanto a ele, incidindo os efeitos da revelia. São incontroversos os fatos alegados e não contestados ou admitidos pelo réu, que se presumem verdadeiros (CPC, art. 302 caput) (TJPR – 18ª Câmara Cível. AC nº 0413602-7 (6670). Rel. José Carlos Dalacqua. Julg. 08.08.2007, unânime).
>
> Logo, considerando que, no caso, a parte autora logrou demonstrar a propalada urgência, sob pena de risco à sua integridade física/vida, que justificasse o procedimento cirúrgico denominado 'Herniorrafia Inguinal no RN ou lactente' (fls. 18/21) – procedimento esse que, inclusive, fora indicado por profissional médico conveniado à demandada –, caberia à cooperativa ré, então, impugnar especificamente tais fatos, além de ser seu o ônus de demonstrar a existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito da autora, conforme determina o art. 333, II do CPC; contudo, repise-se, quedou-se a mesma inerte.

Por derradeiro, no que diz respeito aos honorários advocatícios, pretende a apelante a redução da aludida verba, sob a alegação de que o valor fixado em primeira instância é excessivo.

Sem razão à recorrente, já que, considerando o grau de zelo dos ilustres Defensores Públicos e, em especial, a importância da causa, pois trata-se de demanda que objetiva a proteção à vida e à saúde de um ser humano, a meu sentir, os honorários advocatícios arbitrados em favor da Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, no montante de R$ 900,00 (novecentos reais), estão dentro dos padrões da normalidade, devendo, portanto, ser mantidos.

Face a todo o exposto, conheço do recurso e, em conformidade com o parecer, nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, JULGARAM PREJUDICADA A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. DECISÃO EM PARTE COM O PARECER.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

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

Campo Grande, 10 de julho de 2012.

***

Quarta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.016237-6 - Dois Irmãos do Buriti
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – HONORÁRIOS EM FAVOR DA DEFENSORIA PÚBLICA – INCABÍVEL CONDENAÇÃO DO ESTADO – OCORRÊNCIA DO INSTITUTO DA CONFUSÃO (ART. 381, CC) – RECURSO PROVIDO.

A despeito da Emenda Constitucional nº 45/2004, é firme o entendimento jurisprudencial de que a Defensoria Pública, por ser órgão estatal, desprovida de personalidade jurídica própria, não pode beneficiar-se ou recolher honorários advocatícios sucumbenciais decorrentes de feitos nos quais houve condenação contra a Fazenda Pública, sob pena de ocorrência do instituto da confusão, previsto no artigo 381 do Código Civil/2002.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 10 de julho de 2012.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Estado de Mato Grosso do Sul interpõe recurso de apelação contra sentença prolatada pelo juízo da Vara Única da Comarca de Dois Irmãos do Buriti que, nos autos de ação de obrigação de fazer ajuizada por Edilson Carlos da Silva, julgou procedente a pretensão deduzida na petição inicial, para o fim de determinar ao réu a realização do procedimento cirúrgico pretendido pelo autor.

Requer o apelante, a reforma do capítulo da sentença que o condenou ao pagamento de verba honorária, ao argumento de que é descabido condenar o Estado a arcar com honorários de sucumbência em favor da Defensoria Pública. Ao final, prequestiona os dispositivos que cita.

Em contrarrazões, o apelado pugna pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul contra sentença prolatada pelo juízo da Vara Única da Comarca de Dois Irmãos do Buriti que, nos autos de ação de obrigação

de fazer ajuizada por Edilson Carlos da Silva, julgou procedente a pretensão deduzida na petição inicial, para o fim de determinar ao réu a realização do procedimento cirúrgico pretendido pelo autor.

Conforme relatado, requer o apelante, a reforma do capítulo da sentença que o condenou ao pagamento de verba honorária, ao argumento de que é descabido condenar o Estado a arcar com honorários de sucumbência em favor da Defensoria Pública.

Tenho que a irresignação recursal merece prosperar pelos motivos que passo a expor.

Como é sabido, quando a parte vencedora é patrocinada pela Defensoria Pública, a parte vencida deve arcar com os honorários advocatícios, verba esta que é recolhida aos cofres públicos do Estado e destinada ao Fundo Especial para Desenvolvimento das Atividades do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional da Defensoria Pública – FUNADEP, conforme dispõe o art. 27, § 2º, da Lei Complementar Estadual nº 51/90.

Contudo, quando a parte vencida é o próprio Estado, não cabe a sua condenação em honorários de advogado, sob pena de se configurar o instituto da confusão, previsto no art. 381 do Código Civil, que dispõe sobre a condição de credor e devedor na mesma pessoa, ou seja, nesse caso, o Estado será o devedor dos honorários e ao mesmo tempo credor, já que é responsável pelo recolhimento de tal verba.

Isso ocorre porquanto a Defensoria Pública é órgão vinculado ao Poder Executivo, sem personalidade jurídica e, conquanto a Emenda Constitucional n° 45/2004 tenha concedido autonomia funcional àquele órgão, isso não alterou o entendimento de que continua sendo órgão do Estado, e que a condenação deste ao pagamento de honorários acarretaria o instituto da confusão patrimonial e, consequentemente, a extinção da obrigação.

Além disso, vale lembrar que tal entendimento encontra-se sedimentado no enunciado da Súmula 421 do Superior Tribunal de Justiça, a qual estabelece que *"os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença."*

Face ao exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para, reformando em parte a sentença, isentar o Estado de Mato Grosso do Sul do pagamento da verba honorária arbitrada em favor da Defensoria Pública.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

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

Campo Grande, 10 de julho de 2012.

***

Quarta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.017060-3 - Campo Grande
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – PLANO DE SAÚDE – PRELIMINAR – RECONHECIMENTO DA REVELIA AFASTADO – CÓPIA XEROGRÁFICA DO INSTRUMENTO DE PROCURAÇÃO – CABIMENTO – MÉRITO – RECUSA INDEVIDA DA PRESTADORA DE SERVIÇOS MÉDICOS E HOSPITALARES EM ARCAR COM OS CUSTOS DO TRATAMENTO DE EMERGÊNCIA DE FILHO RECÉM-NASCIDO – COBERTURA CONTRATUAL OBRIGATÓRIA PELO PRAZO DE 30 DIAS – ART. 12, III, "A", DA LEI 9.656/98 – DANOS MORAIS CONFIGURADOS – RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

Não se exige da parte que traga a procuração original, tampouco cópia autenticada do mencionado documento, a não ser que haja impugnação pela parte contrária.

Nos termos do art. 12, III, "a", da Lei 9.656/98, está obrigado o plano de saúde a prestar cobertura assistencial ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, ou de seu dependente, durante os primeiros trinta dias após o parto, independentemente de qualquer prazo de carência.

A recusa indevida da prestadora de serviços médicos e hospitalares em suportar os custos com o tratamento da patologia acometida pelo beneficiário caracteriza dano moral, já que tal recusa interfere de maneira significativa no seu comportamento psicológico, causando-lhe angústia e aflições.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 10 de julho de 2012.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Robson Del Casale Moreira e Beatriz Zandoni de Andrade interpõem apelação contra a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação declaratória c/c restituição de valores que ajuizaram em desfavor de Unimed Paulistana – Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico, sustentando, em apertada síntese, que é latente o dano moral por eles sofridos, visto que em um momento de grande preocupação, quando necessitavam de amparo e paz para lidarem com o grave problema de saúde de sua filha recém-nascida, foram submetidos a tamanho desprezo e desatenção pela ré, operadora de plano de saúde, que se recusou a prestar atendimento para o qual havia cobertura contratual. Aduzem, ainda, que o

valor arbitrado pelo magistrado singular a título de honorários advocatícios é irrisório, devendo ser majorado para patamar compatível com o exercício da advocacia. Ao final, requerem provimento ao recurso para que seja parcialmente reformada a sentença, julgando-se procedente o pedido de indenização por dano moral, bem como para majorar o quantum honorário.

Por sua vez, a requerida Unimed Paulistana – Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico maneja recurso de apelação, afirmando, preliminarmente, que não agiu com acerto o julgador monocrático ao reconhecer sua em revelia, já que a apelante está devidamente representada nos autos.

No mérito, sustenta que é plenamente válida a cláusula contratual que prevê o período de carência para validade do plano de saúde; e que não houve qualquer ilegalidade na recusa de cobertura para a internação e demais exames da requerente, tendo em vista o prazo de carência e a observância de todos os requisitos exigidos pela legislação. Por fim, requer provimento ao recurso, a fim de que seja afastada a decretação da revelia, bem como sejam julgados totalmente improcedentes os pedidos autorais.

Ambas as partes apresentaram contrarrazões, cada qual pugnando pelo improvimento do recurso *ex adverso*.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator)

Trata-se de recursos de apelação interpostos por Robson Del Casale Moreira e Beatriz Zandoni de Andrade, bem como por Unimed Paulistana – Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico, contra a sentença prolatada pelo juízo da 16ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação declaratória c/c restituição de valores promovida pelos primeiros apelantes em desfavor da segunda, para o fim de condenar a ré a restituir aos autores os valores gastos a título de danos materiais.

Por questão de prejudicialidade, analiso inicialmente o recurso deduzido pela ré Unimed Paulistana – Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico, no qual alega, preliminarmente, que não há falar em revelia no presente feito, já que está devidamente representada nos autos.

Ao que se extrai dos autos, o magistrado singular, entendendo haver defeito na representação processual da ré, determinou sua intimação para que juntasse aos autos os instrumentos originais de procuração e substabelecimento, ou correspondente fotocópia autenticada, sob pena de incidência dos efeitos da revelia (f. 129).

Às f. 133-170 a ré atendeu a determinação judicial, juntando a documentação requerida. Todavia, em sentença, entendeu o juízo monocrático que os documentos não eram suficientes para a regularização de sua capacidade postulatória, eis que o advogado que subscreveu a contestação permaneceu sem poderes nos autos, reconhecendo sua revelia.

Tenho que não agiu com o costumeiro acerto o douto julgador singular. De fato, a documentação trazida *a posteriori* não comprova a capacidade postulatória do advogado subscritor da peça de defesa para representar a ré nos autos; contudo, não obstante a isso, não se exige da parte que traga a procuração original, tampouco cópia autenticada do mencionado documento, a não ser que haja impugnação pela parte contrária, o que evidentemente não é o caso dos autos.

Neste sentido, dispõe o *caput* do artigo 383 do CPC que *"qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, cinematográfica, fonográfica ou de outra espécie, faz prova dos fatos ou das coisas representadas,*

se aqueles contra quem foi produzida lhe admitir a conformidade"; em igual sentido, o art. 225 do Código Civil ao dispor que *"as reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão."*

Assim, tem-se que as cópias da procuração e substabelecimentos outorgadas pela ré e juntadas aos autos com a contestação, fazem prova do quanto se lhes contêm, exceto no caso da impugnação pela parte contrária com apresentação de provas de sua ilegitimidade, o que não se observou no presente caso.

Nesta esteira, colha-se o seguinte precedente:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL MANDATO JUNTADO AOS AUTOS MEDIANTE CÓPIA REPROGRÁFICA SIMPLES POSSIBILIDADE. Desnecessária a juntada da procuração original ou de cópia autenticada, uma vez que o instrumento inserto nos autos é suficiente para o preenchimento do pressuposto processual relativo à capacidade postulatória da parte. Ademais vige o princípio da boa-fé quanto ao mandato juntado aos autos, cabendo à parte contrária argüir-lhe a falsidade. Inteligência dos arts. 37 e 38 do CPC. Decisão de primeiro grau reformada. Recurso provido. (TJSP, AI nº 0576109- 52.2010.8.26.0000, Rel. Elmano de Oliveira, 23ª Cam. de Dir. Priv., j. 30.03.2011).

Nestes termos, deve ser afastada a decretação da revelia. Todavia, tal entendimento não terá maiores consequências no exame meritório, a não ser em relação aos ônus sucumbenciais, já que da fundamentação do *decisum,* verifica-se que o julgador não aplicou a ré os efeitos que da revelia resultam (art. 319, CPC), tendo esta exercido plenamente seu direito a ampla defesa, inclusive, dispensando a dilação probatória.

Passo ao exame do mérito.

Ao que se extrai dos autos, os autores ingressaram em juízo com a presente demanda visando serem ressarcidos pelos valores gastos com o tratamento de saúde de sua filha recém-nascida, cuja cobertura lhes fora negada administrativamente pela requerida, ao argumento de que o contrato estava em período de carência. Pretenderam, ainda, reparação por danos morais e declaração de nulidade das cláusulas contratuais abusivas.

Em sentença, o douto juiz de primeiro grau extinguiu sem resolução de mérito o pedido declaratório; acolheu o pedido de condenação por danos materiais; e julgou improcedente a pretensão de reparação de danos morais.

Em suas razões, sustenta a ré Unimed, ora apelante, que é plenamente válida a cláusula contratual que prevê o período de carência para validade do plano de saúde; e que não houve qualquer ilegalidade na recusa de cobertura para a internação e demais exames da requerente, tendo em vista o prazo de carência e a observância de todos os requisitos exigidos pela legislação.

A irresignação recursal não merece guarida.

A toda evidência, equivoca-se a ré/apelante quanto objeto da pretensão autoral, ou seja, quanto a causa de pedir de remota, que, no presente caso, não envolve o procedimento de parto da requerente e suas consequências, mas sim situação emergencial relacionada à filha recém-nascida dos autores, que apresentou diversos problemas de saúde logo nas primeiras horas de vida, como *"cardiopatia congênita, CIA, incterícia, pneumonia, além de chance de incompatibilidade de RH e ABO"* (f. 04).

Assim, não discutem os autores o fato de que a cobertura do procedimento do parto estava sob período de carência contratual - tanto que sequer acionaram o plano de saúde para tal procedimento -,

mas sim quanto à negativa de assistência médico-hospitalar à neonata, que se encontrava em situação emergencial.

De fato, é cediço que *"Não pode a prestadora de serviços de saúde recusar a autorização para procedimento de cirurgia e posterior tratamento, sob o fundamento de ainda não ter sido cumprido o período de carência, que se mostra irrelevante, quando evidenciado o caráter de urgência, pois o direito à vida, assegurado pela Constituição Federal, em seu art. 5º, caput, é o mais fundamental de todos os direitos, pois ausente aquela, não há como exercitar todos os demais direitos."* (TJMS, Apelação Cível - Ordinário - N. 2005.013872-0, rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, 4ª Turma Cível, j. 15.5.2007).

No entanto, como bem salientou o julgador de primeiro grau, *"a questão posta não se resolve apenas pela análise da carência ou da emergência, como pretendem fazer crer os requerentes, mas pela verificação da situação da recém-nascida perante a requerida, operadora de plano de saúde"*.

Ao tratar do plano de referência com obstetrícia, ao qual aderiram os requerentes, a Lei 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, prescreve em seu art. 12, III, "a", que este inclui *"cobertura assistencial ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, ou de seu dependente, durante os primeiros trinta dias após o parto;"*.

De uma simples leitura do comando acima reproduzido, tem-se que a negativa de cobertura assistencial realizada pelo plano de saúde foi desmotivada e contra expressa disposição legal, já que, como alhures assinalado, a filha dos requerentes apresentou complicações de saúde imediatamente após o parto, ou seja, dentro do lapso de 30 dias em que a apelante estava obrigada a lhe prestar assistência médica e hospitalar, independentemente de qualquer período de carência.

Deste modo, tenho que agiu com acerto o julgador singular ao acolher a pretensão indenizatória autoral, naquilo que se refere aos gastos com tiveram no tratamento de sua filha nos primeiros 30 dias de vida.

Assentadas estas premissas, o improvimento do recurso deduzido pela ré Unimed, no mérito, é medida que se impõe. A questão referente aos ônus sucumbenciais, em razão do afastamento da decretação da revelia será adiante analisada, após apreciação o apelo dos autores, já considerando o resultado do julgado.

Passo à análise do apelo interposto pelos autores Robson Del Casale Moreira e Beatriz Zandoni de Andrade.

Pretendem os recorrentes a condenação da ré, ora apelada, ao pagamento de indenização por danos morais, ao argumento de que é latente os danos por eles sofridos, visto que em um momento de grande preocupação, quando necessitavam de amparo e paz para lidarem com o grave problema de saúde de sua filha recém-nascida, foram submetidos a tamanho desprezo e desatenção pela ré, operadora de plano de saúde, que se recusou a prestar atendimento para o qual havia cobertura contratual.

Cumpre frisar que, em regra, o descumprimento contratual não configura dano moral, já que não há violação aos direitos da personalidade.

Entretanto, neste caso particular, por se tratar de direitos indisponíveis, a saber, direito à vida e à saúde de um ser humano, a recusa indevida da prestadora de serviços médicos e hospitalares em suportar os custos com o tratamento de saúde da filha recém-nascida do casal apelante caracteriza dano moral, com o consequente dever de indenizar, pois é evidente que tal recusa interfere de maneira significativa no seu comportamento psicológico, causando-lhe angústia e aflições. Aliás, esse é o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Veja-se:

> DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. CIRURGIA BARIÁTRICA. RECUSA INDEVIDA. DANO MORAL. CABIMENTO.
>
> - É evidente o dano moral sofrido por aquele que, em momento delicado de necessidade, vê negada a cobertura médica esperada.
>
> Precedentes do STJ.
>
> Recurso especial provido. (STJ; REsp nº 1054856/RJ; Relª Minª Nancy Andrighi; 3ª Turma; j. 5.11.2009). (destacamos)

No mesmo sentido, esta Colenda Câmara já teve oportunidade de decidir, em julgado de minha relatoria:

> APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – PLANO DE SAÚDE – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM – AFASTADA – CLÁUSULAS LIMITATIVAS DE PERÍODO DE INTERNAÇÃO HOSPITALAR E SESSÕES DE FISIOTERAPIA E FONOAUDIOLOGIA – ABUSIVAS – RECUSA INDEVIDA DA PRESTADORA DE SERVIÇOS MÉDICOS E HOSPITALARES EM ARCAR COM OS CUSTOS COM O TRATAMENTO DA CONTRATANTE – DANO MORAL CONFIGURADO – RECURSO DA AUTORA PROVIDO – RECURSO DA RÉ IMPROVIDO.
>
> A cláusula contratual que prevê a prestação de serviços médicos e hospitalares em todo o Centro-Oeste, legitima qualquer cooperativa integrante da entidade UNIMED na referida região a figurar no polo passivo de demanda que objetive a discussão acerca do contrato.
>
> Cláusulas que preveem limite de internação hospitalar do usuário e restrinja sessões de fisioterapia e fonoaudiologia necessitadas por este, em contrato de plano de saúde, são abusivas e nulas de pleno direito, nos termos do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor.
>
> **A recusa indevida da prestadora de serviços médicos e hospitalares em suportar os custos com o tratamento da patologia acometida pelo beneficiário caracteriza dano moral, já que tal recusa interfere de maneira significativa no seu comportamento psicológico, causando-lhe angústia e aflições.** (Apelação Cível - Ordinário - N. 2010.008148-9, j. 20.4.2010).

Assim sendo, considerando que o dano moral restou configurado, faz-se mister estabelecer o seu *quantum*.

Como é cediço, não há no ordenamento jurídico parâmetros legais rígidos para o arbitramento a título de indenização por danos morais, sendo uma questão subjetiva que deve apenas obedecer a alguns critérios estabelecidos pela doutrina e pela jurisprudência, devendo constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante em cometer futuros atentados.

Carlos Alberto Bittar destaca a importância do caráter punitivo da indenização por danos morais, dizendo:

> [...] a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expressivo, no patrimônio do lesante,

> a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser a quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante. ("Reparação civil por danos morais", 3ª edição revista, atualizada e ampliada, Ed. Revista dos Tribunais, 1993, p. 233).

Sobre a matéria, esta Corte já decidiu que:

> DANO MORAL – CRITÉRIO PARA FIXAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO – PRUDENTE ARBÍTRIO DO JUIZ SEGUNDO O CASO CONCRETO.
>
> A fixação do valor da indenização por dano moral fica adstrita ao prudente arbítrio do juiz, que, segundo o caso concreto, fixará o valor correspondente, de modo a prestigiar, concomitantemente, o aspecto compensatório, que essa verba deve produzir em relação ao lesado, o qual deve ser aliado ao caráter sancionatório do lesante e ao inibitório dos demais integrantes da sociedade, sem, contudo, provocar o enriquecimento sem causa da vítima. (Ap. Cível nº 2003.008512-2; Rel Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins; DJ 30.9.2003).

Rui Stoco, em sua obra "Tratado de Responsabilidade Civil", Ed. RT, São Paulo: 2001, p. 1.030, traz algumas recomendações a serem seguidas pelo órgão judicante no arbitramento, para atingir a homogeneidade pecuniária na avaliação do dano moral. Veja-se:

> a) o Magistrado nunca deverá arbitrar a indenização tomando como base apenas as possibilidades do devedor;
>
> b) também não deverá o julgador fixar a indenização com base somente nas necessidades da vítima;
>
> c) não se deve impor uma indenização que ultrapasse a capacidade econômica do agente, levando-o à insolvência;
>
> d) a indenização não pode ser causa de ruína para quem paga, nem fonte de enriquecimento para quem recebe;
>
> e) deverá o julgador fixá-la buscando o equilíbrio através de critério eqüitativo e de prudência, segundo as posses do autor do dano e as necessidades da vítima e de acordo com a situação sócio-econômica de ambos;
>
> f) na indenização por dano moral o preço de afeição não pode superar o preço de mercado da própria coisa;
>
> g) não indenização por dano moral a quantia a ser fixada não pode ser absolutamente insignificante, mas servir para distrair e aplacar a dor do ofendido e dissuadir o autor da ofensa da prática de outros atentados, tendo em vista o seu caráter preventivo e repressivo;
>
> h) na fixação do valor do dano moral o julgador deverá ter em conta, ainda e notadamente, a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a sua posição social e política. Deverá, também, considerar a intensidade do dolo e o grau de culpa do agente.

Frente a tudo 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, entendo que a indenização por danos morais deve ser arbitrada em R$ 20.000,00 (vinte mil reais), sendo R$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada um dos apelantes, quantia esta que reputo suficiente para compensar o sofrimento por eles suportado.

Por fim, diante do resultado obtido, devem ser redimencionados os ônus sucumbenciais, a fim de atribuí-los em sua integralidade em desfavor da ré Unimed, em virtude do decaimento de parte mínima do pedido pelos autores (art. 21, parágrafo único, CPC).

Quanto ao percentual dos honorários advocatícios, tenho que devem ser mantidos no patamar de 10% sobre o valor da condenação, vez que representa justa remuneração ao serviço prestado pelo patronos dos autores, bem como encontra-se dentro dos limites legais determinados pelo Estatuto Processual (art. 20, § 3º).

Ante o exposto, conheço ambos os recursos, e dou parcial provimento ao interposto pela ré Unimed Paulistana – Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico para, reformando em parte a sentença, afastar o reconhecimento de sua revelia; outrossim, dou parcial provimento ao apelo manejado pelos autores, para o fim de condenar a ré Unimed Paulista – Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico ao pagamento da importância de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), a título de dano morais, acrescida de correção monetária pelo índice IGPM-FGV e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, ambos a contar da data da fixação (súmula 362/STJ e REsp 903.258/RS). Outrossim, em face do resultado obtido, os ônus da sucumbência devem ser arcados pela parte ré de forma integral, aí compreendidos as custas processuais e honorários advocatícios no patamar de 10% sobre o valor da condenação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

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

Campo Grande, 10 de julho de 2012.

***

Órgão Especial
Mandado de Segurança n. 2011.038093-3 - Capital
Relator Des. Paulo Alfeu Puccinelli

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDORA NÃO ESTÁVEL – FUNÇÃO DE CONFIANÇA EXERCIDA DURANTE ESTAGIO PROBATORIO – SUSPENSÃO DA AVALIAÇÃO – DIREITO LIQUIDO E CERTO VIOLADO – ORDEM CONCEDIDA.

A avaliação mais do que um dever da Administração é um direito do servidor, mormente no caso dos autos, em que a impetrante continua no exercício de atividades no mesmo órgão de seu cargo efetivo (Poder Judiciário), sendo perfeitamente possível a sua submissão à avaliação periódica com a aferição de sua capacidade, aptidão e habilidade para o serviço público.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, e com o parecer, conceder a segurança, nos termos do voto do Relator. A Desª Tânia se declarou suspeita para esse julgamento.

Campo Grande, 4 de julho de 2012.

Des. Paulo Alfeu Puccinelli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli

Juliana Giurelli Francelli impetra mandado de segurança com pedido liminar contra ato praticado pelo Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul consistente na suspensão do prazo do estágio probatório na data de 22.08.2011, em clara afronta as normas dos artigos 34 e 41, §4°, da Constituição Federal, disposições legais constantes da Lei Federal n. 8.112/90, art. 35 da Lei Estadual n. 3.31012006, bem como o disposto no art. 34 e 41, §4°, da CF.

Esclarece que a impetrante ingressou nos quadros do TJMS por meio de aprovação no V concurso Público de Provas para Provimento de Cargos Públicos da Estrutura do Poder Judiciário Estadual, regido pelo Edital n. 01, de 23.07.2009, tendo obtido a 3° colocação para o cargo de Analista Judiciário - P JJU-1, e que após ser nomeada e tomar posse em seu cargo efetivo, em 30.04.2010 e 14.05.2010, respectivamente, a impetrante foi nomeada para exercer a função de confiança de Assistente Executivo - P JFC-5, estando atualmente no exercício desta função no Gabinete da Desembargadora Tânia Garcia de Freitas Borges.

Ressalta que em 22.08.2011, após completar o segundo semestre do estágio probatório, a impetrante foi informada, por meio do Memorando n. 161.0.069.009012011, da suspensão do interstício do seu estágio probatório a partir de 10.01.2011, data em que começou a exercer a função de confiança, em razão das alterações promovidas nos artigos 39 e 40 da Lei Estadual n. 3.310/06 pela Lei Estadual n. 3.893, de 11.05.2010.

Assevera que apresentou requerimento administrativo ao Presidente do T JMS, pedindo a retomada do curso do prazo do estágio probatório e a realização de avaliação especial de desempenho, ao argumento de que as alterações introduzidas pela Lei n. 3.89312010 contrariam as regras da Lei Federal dos Servidores Públicos n. 8112/90, bem como a norma do artigo 41, §4°, da Constituição Federal, restando indeferido o seu requerimento.

Sustenta que o ato coator além de contrariar as normas federais e constitucionais que regem a matéria, e com as quais a lei estadual deve guardar simetria, também obsta o seu direito constitucionalmente garantido de adquirir a estabilidade no serviço público.

Alega que a Lei Federal n. 8.112/90 ao disciplinar as causas de suspensão do estágio probatório não prevê hipótese análoga à trazida na Lei Estadual f). 3.310/2006 alterada.

Argumenta que a Lei Estadual n. 1.1 02/90 que institui o Estatuto dos Servidores Civis do Estado ao dispor sobre o estágio probatório, enfatiza que basta que o servidor seja aprovado em concurso público e nomeado para o cargo de provimento efetivo, como é o caso da impetrante, deixando de arrolar qualquer hipótese de suspensão.

Pondera que a nomeação da impetrante para a função de confiança de Assistente executivo em Gabinete de Desembargador não legitima a suspensão da avaliação par ao estágio probatório, já que inexiste quebra do interesse funcional, já que a servidora continua exercendo suas atribuições dentro da estrutura do próprio órgão, apenas com algumas variações.

Por fim, requereu a concessão da medida liminar, e após a concessão definitiva da ordem para o fim de ordenar à autoridade coatora que submeta a impetrante às avaliações periódicas, a serem realizadas pelo respectivo superior hierárquico, afastando a suspensão do curso do estágio probatório, promovendo sua avaliação especial de desempenho.

A liminar foi indeferida (f. 71-77).

A autoridade apontada como coatora prestou informações (f. 80-84), pugnando pela denegação da segurança ante a inexistência de qualquer ilegalidade do ato combatido, alegando para tanto que, uma vez que a impetrante fora nomeada para uma função de confiança em momento posterior (10.01.2011) à promulgação da Lei n. 3.89312010 (11.05.2010), que estabelece a suspensão da avaliação do servidor não estável que ocupante de cargo em comissão ou função de confiança por período superior a 60 dias, não há que falar em violação a direito líquido e certo.

Após, a Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer opinando pela concessão da ordem (f. 89-95).

VOTO

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli (Relator)

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado Juliana Guirelli Fancelli contra ato praticado pelo Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente na suspensão do prazo do estágio probatório na data de 22.08.2011, em clara afronta às normas dos artigos 34 e 41, § 4º, da Constituição Federal, disposições legais constantes da Lei Federal n. 8.112/90, artigo 35 da Lei Estadual n. 3.310/2006, bem como viola o seu direito líquido e certo de adquirir a estabilidade no serviço público.

A autoridade impetrada, por sua vez, pugna pela denegação da ordem ante a legalidade do ato combatido, além da ausência de direito líquido e certo.

O Estado de Mato Grosso do Sul requereu seu ingresso no feito como litisconsorte passivo necessário (fls. 112-125), oportunidade em que prestou informações pugnando pela denegação da ordem sob o argumento de que o ato de suspensão tem pleno amparo legal e constitucional.

A Procuradoria-Geral de Justiça se manifestou às fls. 130-131, ratificando o parecer emitido anteriormente (fls. 89-95), manifestando-se pela concessão da segurança.

Admito o ingresso do Estado de Mato Grosso do Sul como litisconsorte passivo necessário.

Analisando os argumentos suscitados pela impetrante como fundamento para o manejo do presente remédio constitucional, entendo que a segurança deve ser concedida.

Como preceitua o artigo 1º da Lei n. 12.016/2009, que regulamenta o Mandado de Segurança:

> Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Desta forma, verifica-se que é requisito do mandado de segurança a existência de um direito líquido e certo violado ou na iminência de ser violado por ato ilegal ou abusivo de autoridade.

A respeito do direito líquido e certo, o ilustre doutrinador Hely Lopes Meirelles,leciona que:

> Direito Líquido e certo é o que se apresente manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não tiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fato ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais. (Mandado de Segurança – 21ª Edição – Malheiros Editora Ltda – São Paulo/1999 – p. 34-35 - grifei)

No caso em tela, constata-se que o direito líquido e certo alegado pela impetrante consiste no direito a adquirir a estabilidade no serviço público, direito que teria sido violado pela suspensão do interstício do seu estágio probatório a partir de 10.01.2011, data em que começou a exercer função de confiança neste Tribunal.

A autoridade impetrada informa que o ato ora impugnado foi praticado com amparo no artigo 40, da Lei Estadual n. 3.310/66 (Estatuto dos Servidores Públicos do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul), que assim estabelece:

> Art. 40. No caso de nomeação ou designação para cargo em comissão ou para função de confiança, de ausência ou de afastamento do servidor em estágio probatório por período superior a sessenta dias, a contagem para fins de avaliação será suspensa, recomeçando nova contagem a partir do retorno do servidor às suas atividades inerentes ao cargo efetivo.

Sobre a estabilidade, dispõe a Constituição Federal no caput e § 4º de seu artigo 41 que:

> Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo serviço os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

[...]

§ 4º Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade." (destaquei)

Com efeito, a estabilidade é uma das maiores garantias estabelecidas em favor do servidor público titular de cargo efetivo. Trata-se de garantia constitucional de permanência no serviço público assegurada ao servidor público que tenha cumprido um período de prova, ou seja, *"é o direito outorgado ao servidor estatutário, nomeado em virtude de concurso público, de permanecer no serviço público após três anos de efetivo exercício, como passou a determinar a EC nº 19/98, que alterou o art. 41 da CF, pelo qual anteriormente era exigido o prazo de apenas dois anos"*[1].

Por sua vez, o tempo anterior à estabilidade é denominado *estágio probatório*, consistente no *"período do qual o servidor é aferido quanto aos requisitos necessários para o desempenho do cargo, relativos ao interesse no serviço, adequação, disciplina, assiduidade e outros do mesmo gênero"*[2]. Trata-se, portanto, de período em que o servidor ficará sob observação e a Administração apurará a conveniência ou não de sua permanência no serviço público (artigo 33, da Lei Estadual n. 3.310/06), e a avaliação de desempenho é um dos instrumentos para a aquisição da citada garantia.

Essa avaliação indica se o servidor avaliado possui aptidão e capacidade para o desempenho do cargo, atendidos os requisitos de *assiduidade* e *pontualidade, disciplina, aptidão, eficiência* e *dedicação*, comprovados estes, segundo descreve o artigo 35, do próprio Estatuto dos Servidores Públicos deste E. Tribunal de Justiça, *"mediante a expedição de Boletim de Avaliação do Estágio Probatório, em que será registrado seu desempenho no decorrer do 6º, 12º, 18º, 24º e 30º mês, contados a partir do início do exercício do cargo"*.

Além disso, como bem destacado pela Procuradoria-Geral de Justiça em seu parecer, *"Outrossim, para fins de colheita dos elementos indispensáveis ao exame do desempenho do servidor público em estágio probatório, ninguém mais indicado do que o chefe imediato, que o acompanha no dia a dia, que conhece, de fato, sua conduta funcional"* (fl. 93).

Impende salientar ainda que a função de confiança é uma função autônoma, desvinculada de qualquer cargo ou emprego público, mas que, conquanto também destinada às atribuições de direção, chefia e assessoramento, só pode ser exercida por servidor público do quadro permanente, que ocupa cargo efetivo (art. 37, V, da CF). Ressalte-se que o servidor público em estágio probatório poderá exercer quaisquer cargos de provimento em comissão ou funções de direção, chefia ou assessoramento no órgão ou entidade em que se encontra lotado.[3]

Transpondo essas ideias para o caso dos autos, vislumbra-se que o direito líquido e certo da impetrante deflui das normas constitucionais apresentadas pelo artigo 37, I e II e artigo 41, § 4º, e das condições pessoais reunidas pela impetrante, já que é direito do servidor público investido em cargo ou emprego público mediante aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos a submissão à avaliação de desempenho, condição específica para a aquisição da estabilidade, e, tendo a impetrante sido aprovada e nomeada para cargo de provimento efetivo (Analista Judiciário – Área fim, símbolo PJJU-1, tem direito líquido e certo à avaliação de desempenho.

O fato de a impetrante estar no exercício de função de confiança e a regra instituída pela legislação estadual não podem servir de óbice à realização da avaliação de desempenho.

1 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 22ª ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2009, p. 633.

2 Idem, p. 636.

3 Marcelo Alexandrino, Vicente Paulo. Direito administrativo descomplicado. 17ª ed. Editora Método, 2009, p. 363.

Com efeito, o servidor em estágio probatório não está impedido de exercer quaisquer cargos de provimento em comissão ou funções de direção, chefia ou assessoramento no órgão ou entidade de lotação (artigo 20, § 3º, da Lei n. 8.112/90).

Além disso, a Constituição Federal garante o direito de amplo acesso aos cargos públicos (art. 37, I), desde que preenchidos os requisitos, e o critério de suspensão do interstício do estágio probatório àquele que exerce função de confiança, imposto pela Lei Estadual n. 3.310/06, configura ato transgressor de princípios da isonomia e da ampla acessibilidade aos cargos, funções e empregos públicos, assegurados constitucionalmente.

De fato, a impetrante foi convocada para exercer função de confiança correspondente ao assessoramento de Desembargadora deste Sodalício, condição que, nos termos do parecer ministerial, *"evidencia que a servidora possui aptidão e capacidade para o desempenho da função invitada e, de conseguinte, do cargo efetivo que conquistou por meio de aprovação em concurso de provas e títulos. Sobremais os requisitos de* assiduidade e pontualidade, disciplina, aptidão, eficiência *e* dedicação*, descritos como pressupostos a serem preenchidos na avaliação de desempenho podem ser validamente conferidos pela chefia imediata a que ora está subordinada a servidora, visto que trata-se do exercício de funções dentro do próprio órgão a que se vincula quanto ao cargo efetivo"* (fls. 94-95).

Com efeito, a impetrante foi aprovada para o cargo de Analista Judiciário – Área fim, símbolo PJJU-1, cuja própria definição demonstra a atuação do servidor público em funções rotineiras típicas da área fim do Poder Judiciário, o mesmo ocorrendo com o cargo de Assistente Executivo em Gabinete de Desembargador (cargo que, inclusive, é privativo de servidor efetivo), sendo certo que ambas atividades guardam certa semelhança em boa parte de suas atribuições, o que possibilita, por um lado, a averiguação das aptidões do servidor para o cargo efetivo e, por outro, a permanência da contagem do prazo do estágio probatório.

Assim, não é razoável que a impetrante seja punida por contar com a confiança de seu superior hierárquico, quando não há qualquer óbice para que seja avaliada em relação às funções inerentes ao cargo para o qual prestou concurso público.

Embora haja entendimento jurisprudencial pela suspensão do estágio probatório pelo período em que o servidor público ocupa função de confiança ou cargo em comissão, essa conclusão só se justifica quando presente a premissa de que o servidor, em suas novas funções, exerce atividades incompatíveis com aquelas previstas para o cargo ocupado originariamente após aprovação em concurso público. Situação que, repito, não se faz presente no caso dos autos.

A rigor, mesmo os que entendem pela possibilidade de suspensão do estágio probatório, fazem ressalva expressa no que tange à situação da impetrante, em que as funções do cargo de confiança e do cargo efetivo são correlatas. O julgado n. 0408-96 do TCE-PE bem elucida a situação, senão vejamos:

> [...] Na hipótese de não haver vedação de natureza legal, a nomeação deste servidor – no curso de estágio probatório, para exercer funções de confiança – implicará a suspensão do período probatório, que só voltará a ser computado a partir do retorno do servidor ao exercício do cargo efetivo. [...] Ressalta-se, por fim, que na hipótese de haver manifesta correlação entre as atribuições do cargo efetivo do servidor, não há que se falar em suspensão do estágio probatório nem da contagem do prazo para em feito de estabilidade funaional." (TCE-PE, Decisão T.C. N. 0408/96; 11/04/96 – destaquei)

Nem poderia ser diferente pois, se o superior hierárquico da impetrante em sua origem possuía condições de avaliá-la para fins estágio probatório, não é menos verdade que a atual chefe da impetrante possua condições de fazê-lo.

Veja-se que a Suprema Corte, inclusive, tem se pronunciado no sentido de que a disposição estatutária que esteja em desacordo com o disposto no artigo 41 da Constituição Federal não produz qualquer efeito. Vejamos:

> [...] A estabilidade é a garantia constitucional de permanência no serviço público outorgada ao servidor que, nomeado por concurso público em caráter efetivo, tenha transposto o estágio probatório de dois anos (art. 100, EC-01/69; art. 41 da CF/88). O estágio, pois, é o período de exercício do funcionário durante o qual é observada e apurada pela Administração a conveniência ou não de sua permanência no serviço público, mediante a verificação dos requisitos estabelecidos em lei para a aquisição da estabilidade. Para esse estágio só se conta o tempo de nomeação efetiva na mesma Administração, não sendo computável o tempo de serviço prestado em outra unidade estatal, nem o periodo de exercicio de função pública a titulo provisório. [...]
>
> Todavia, embora em razão da autonomia constitucional as entidades estatais sejam competentes para organizar e manter seu funcionalismo, criando cargos e funções, instituindo carreiras e classes, fazendo provimento e lotações, estabelecendo vencimentos e vantagens, delimitando os deveres e direitos dos servidores e fixando regras disciplinares, as disposições estatutárias dos entes federados não podem contrariar o estabelecido na Constituição da República, porque normas gerais de observância obrigatória pela federação. Assim, o instituto da estabilidade, que, a par de um direito, para o servidor, de permanência no serviço público enquanto bem servir, representa para a Administração a garantia de que nenhum servidor nomeado por concurso poderá subtrair-se ao estágio probatório de dois anos. [...] (RE 120133, Relator(a). Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 27/09/1996, DJ 29-11-1996 PP-47175 EMENT VOL-01852-03 PP-00447)

Aliás, nesse sentido tem decido o Superior Tribunal de Justiça:

> RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ESTÁGIO PROBATÓRIO. EXONERAÇÃO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO REGULAR. DECRETO N.° 36.694/93. PREVISÃO DE AVALIAÇÕES SEMESTRAIS. PERIODICIODADE NÃO OBSERVADA. NULIDADE DO ATO DE EXONERAÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO EVIDENCIADO.
>
> 1 A obrigatoriedade da avaliação periódica no estágio proba se verifica não apenas para fins de aquisição da estabiliIidade, na medida em que constitui, outrossim, direito subjetivo do servidor de exigir que a Administração proceda às avaliações de conformidade com a lei.
>
> 2 Conquanto a periodicidade da avaliação seja definida discricionariamente pela Administração. Uma vez determinada, deve ser fielmente cumprida sob pena de nulidade do ato de exoneração resultante.
>
> 3. A avaliação, mais do que um dever da Administração, é um direito do servidor. A periodicidade, in casu, resulta da necessidade de se conferir maior lisura e legitimidade às avaliações.
>
> 4. Recurso conhecido e provido para, anulado o ato de exoneração, determinar seja o Recorrente reintegrado ao cargo anteriormente ocupado. restabelecendo-se o status quo ante. (RMS 14.064/SP, Rei. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/08/2006, DJ 25/09/2006, p. 278).

Assim, há que se considerar que o estágio probatório é direito subjetivo do servidor, mormente no caso dos autos, em que a impetrante continua no exercício de atividades no mesmo órgão de seu cargo efetivo

(Poder Judiciário), sendo perfeitamente possível a sua submissão à avaliação periódica com a aferição de sua capacidade, aptidão e habilidade para o serviço público.

Pensar de modo contrário seria submeter a impetrante em um quadro de indefinição e insegurança jurídica quanto à persistência ou não do vínculo funcional, o que não se admite em um Estado Democrático de Direito.

Nesse aspecto, oportuno transcrever julgado da Suprema Corte a respeito de servidor efetivo que exerce cargo/função de confiança:

> O funcionário, nesse contexto, revela qualificação notável, tanto que foi convocado para o cargo de confiança, não exerceu o estágio probatório no cargo para o qual prestou concurso, na busca da estabilidade e efetivação. O exercício do cargo de confiança coloca em relevo suas qualidades [...] No estágio probatório, apura-se a aptidão, disciplina, assiduidade, dedicação, idoneidade mora, eficiência do funcionário. Se aprouve ao Chefe do Executivo manter o funcionário em estágio probatório justo a si, em cargo em comissão, seria contraditório e injusto penalizar o servidor, por não ter ele exercido o cargo original, para o qual prestou concurso. (RE 494132/SP; Rel.ª Min.º Ellen Gracie; 08/06/2010 – São Paulo)

Como dito, a impetrante, embora lotada em Gabinete de Desembargadora, continua a exercer as funções relacionadas ao cargo de Analista Judiciário - Área Fim, justificando, com maior razão, a avaliação funcional.

Isso sem contar o incalculável prejuízo causado à impetrante que, enquanto não declarada estável no serviço público, está impedida de exercer vários direitos, entre eles a possibilidade de se aposentar voluntariamente, e de licença para tratar de assunto pessoal (artigo 134 do Estatuto dos Servidores do Poder Judiciário).

Diante dessas razões, com o parecer, concedo a segurança pleiteada, para o fim de permitir que a impetrante seja normalmente avaliada e que não tenha seu estágio probatório suspenso.

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (2º Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (3º Vogal).

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (4º Vogal).

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte (5º Vogal).

De acordo com o relator.

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (6º Vogal).

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (7º Vogal).

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves (8º Vogal).

De acordo com o relator.

O Sr. Des. João Maria Lós (9º Vogal).

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (10º Vogal).

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (11º Vogal).

No caso, entendo pela concessão da ordem. Ora, não é razoável que se por um lado este Tribunal tome todos os esforços para ficar em situação regular quanto aos cargos comissionados, por outro, penalize o servidor efetivo que, diante do reconhecimento de sua especial capacidade, tenha a oportunidade de trabalhar junto a um dos Gabinetes deste Sodalício, ou na assessoria de magistrado de primeiro grau.

Não é necessário ressaltar aos Pares a importância do Trabalho desenvolvido pelos assistentes executivos e assessores, aos quais, além das atribuições correlatas à função de analista área fim, desempenham tantas outras de mais elevada complexidade.

O estágio probatório é direito garantido constitucionalmente e, a meu ver, se mostra "absurdo" o óbice imposto, o qual ceifa o servidor efetivo que esteja no exercício de cargo comissionado ou função de confiança de vários direitos, até mesmo do direito a estabilidade no serviço público.

Podem surgir situações absurdas, tais como, um servidor passar décadas se dedicando ao trabalho de assessoria e jamais obter estabilidade, o que lhe impossibilitará até de se aposentar voluntariamente, como já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça:

> RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19/98. ESTÁGIO PROBATÓRIO. TRÊS ANOS DE EFETIVO EXERCÍCIO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA. NÃO CABIMENTO.
>
> [...] Não pode o servidor em estágio probatório, ainda não investido definitivamente no cargo, aposentar-se voluntariamente, uma vez que o estágio probatório constitui etapa final do processo seletivo para a aquisição da titularidade do cargo público. Precedente do Pleno do Supremo Tribunal Federal.
>
> 4. Recurso ordinário improvido.
>
> (RMS 23.689/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 07/06/2010)

Os prejuízos são evidentes e afrontam o princípio da dignidade da pessoa humana, pois a suspensão do estágio probatório, no caso, "castiga" o servidor que conta com a confiança do magistrado e é chamado a auxiliar em seu gabinete; força-o a optar, entre melhor servir ao Judiciário ou ter garantido direitos básicos inerentes a todo o servidor público que, por meio de seu esforço pessoal, logrou êxito em concurso público.

Merece destaque o fato de que a hipótese vertente não trata de servidor cedido de outro órgão ou que esteja desempenhando funções que nada tenham a ver com as do cargo para o qual prestou concurso público, o que poderia em tese prejudicar sua avaliação; trata-se de servidor que teve reconhecido o relevo de seu trabalho e foi chamado a compor uma assessoria, não sendo justo, razoável ou mesmo aceitável retirar-lhe direitos garantidos constitucionalmente, ademais se tratando de Órgão do Judiciário que, mais do que os outros, tem o dever legal, dever moral, de resguardar a verdadeira Justiça.

Ademais, o próprio artigo legal que embasa a referida suspensão do estágio probatório (art. 40 do RITJMS[4]) se encontra contraditório, pois, embora suspenda a contagem do prazo no caso de nomeação ou designação do servidor para cargo comissionado ou função de confiança, diz que a contagem recomeçará a partir do retorno do servidor **às atividades inerentes ao cargo efetivo**. Assim, em casos como o presente, em que a servidora, embora ocupante de função de confiança, continua a exercer atividades correlatas ao cargo para o qual prestou concurso, além de outras de maior complexidade, não há falar em suspensão do estágio probatório, devendo a interpretação do referido artigo se dar da forma mais benéfica ao servidor.

Pelo exposto e em consonância com os preceitos constitucionais voto pela concessão da ordem.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, E COM O PARECER, CONCEDERAM A SEGURANÇA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. A DESª TÂNIA SE DECLAROU SUSPEITA PARA ESSE JULGAMENTO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Paulo Alfeu Puccinelli, Tânia Garcia de Freitas Borges, Paschoal Carmello Leandro, Sérgio Fernandes Martins, Rubens Bergonzi Bossay, Claudionor Miguel Abss Duarte, João Carlos Brandes Garcia, Oswaldo Rodrigues de Melo, Joenildo de Sousa Chaves, João Maria Lós, Divoncir Schreiner Maran e Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 4 de julho de 2012.

***

4 Art. 40. No caso de nomeação ou designação para cargo em comissão ou para função de confiança, de ausência ou de afastamento do servidor em estágio probatório por período superior a sessenta dias, a contagem para fins de avaliação será suspensa, recomeçando nova contagem a partir do retorno do servidor às suas atividades inerentes ao cargo efetivo.
Parágrafo único. Para fins do disposto neste artigo, não será considerado afastamento o período de férias regulares.
(Art. 40 alterado pelo art. 1º da Lei n. 3.893, de 11.5.2010 – DOMS, de 12.5.2010.)

Órgão Especial
Mandado de Segurança n. 2012.001467-3 - Capital
Relator Designado Des. Paulo Alfeu Puccinelli

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – NOMEAÇÃO – AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE VAGAS NO EDITAL DE ABERTURA DO CERTAME – CADASTRO RESERVA – CONVOCAÇÃO DE PESSOAL DE FORMA PRECÁRIA NO PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO – CONVALIDAÇÃO DA MERA EXPECTATIVA DE DIREITO EM DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO – PRETERIÇÃO DEMONSTRADA – ORDEM CONCEDIDA.

A aprovação em concurso público destinado à formação do cadastro de reserva não gera direito líquido e certo à nomeação. Contudo, a contratação de pessoal, de forma precária, no prazo de validade do concurso, para preenchimento de vagas novas ou já existentes, convalida a mera expectativa de direito em direito líquido e certo à nomeação, ocasionando a preterição àqueles que, aprovados em certame ainda válido, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria e, contra o parecer, conceder a segurança, nos termos do voto do Des. Paulo Alfeu.

Campo Grande, 11 de julho de 2012.

Des. Paulo Alfeu Puccinelli – Relator Designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Josué de Oliveira

TALITA VALERIANA PORFÍRIO, PAULA MEDEIROS MAKSOUD e NILDO VIEIRA DA SILVA, devidamente qualificados, impetram mandado de segurança com pedido liminar contra suposta conduta omissiva do PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO DO SUL, porquanto, embora aprovados no V Concurso Público de Provas para Provimento de Cargos Públicos da Estrutura Funcional do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul, para o cargo de Analista Judiciário da Comarca de Nioaque, não foram nomeados para tomar posse, apesar da existência de vagas.

Requerem seja concedida a segurança, determinando-se sua nomeação nas vagas existentes.

O pedido liminar foi indeferido (f. 153-5) por ausência de *periculum in mora*.

Nas informações (f. 164-8), a autoridade impetrada argumenta que a simples aprovação dos impetrantes no aludido concurso público não gerou para eles direito absoluto, líquido e certo, à nomeação, uma vez que se trata de certame aberto com a finalidade de formar um cadastro de reserva, em que a nomeação para tomar posse depende de ato discricionário da Administração.

O Estado de Mato Grosso do Sul presta informações e defesa (f. 171-83), nas quais suscita preliminares de decadência, porque a pretensão dos autores atacaria intrinsecamente o inteiro teor do edital do concurso, e de inadequação da via eleita e ausência de interesse processual, pois o prazo de validade do concurso foi prorrogado por dois anos, a contar de 1º de fevereiro de 2012, pela Resolução n. 57, de 18.1.2012.

Quanto ao mérito, postula a denegação da segurança, sustentando que os impetrantes carecem de direito líquido e certo à nomeação pretendida, pois não foram previstas vagas no edital do certame, uma vez que este se destinou à formação de cadastro de reserva, além de que não há obrigatoriedade de nomear e dar posse a candidato aprovado em concurso público que ainda está no prazo de validade, em face da prorrogação.

A Procuradoria-Geral de Justiça limita-se a opinar (f. 189-96) pela denegação da segurança.

VOTO (11.4.2012)

O Sr. Des. Josué de Oliveira (Relator)

1. Questões antecedentes do mérito.

1.1 Prejudicial de decadência.

O Estado de Mato Grosso do Sul suscita prejudicial de decadência do direito à impetração, tendo em conta que a pretensão dos autores atacaria intrinsecamente o inteiro teor do edital do concurso, uma vez que, segundo afirmam, *"O art. 8º, bem como o art. 21.3 do Edital Nº 1 de 23/7/2009, no modelo de Cadastro de Reserva, além de superado pelo direito jurisprudencial, é ainda inconstitucional como se verá."*

Todavia, embora exponham argumentos para inferir a inconstitucionalidade de cláusulas do edital, tenho que os impetrantes não estão se voltando especificamente contra a lei do certame, mas contra a inércia da autoridade impetrada, que deixou de nomeá-los para tomarem posse nos cargos a que concorreram.

Por conseguinte, afasto a prejudicial.

1.2 Preliminares de inadequação da via eleita e ausência de interesse processual.

De acordo com o Estado de Mato Grosso do Sul, a pretensão dos autores estaria maculada pela inadequação da via eleita e ausência de interesse processual, pois o prazo de validade do concurso foi prorrogado por dois anos, a contar de 1º de fevereiro de 2012, pela Resolução n. 57, de 18.1.2012.

O argumento não deve ser acolhido, porquanto, de acordo com as informações prestadas pela autoridade impetrada, aludida Resolução 57 foi editada a fim de resguardar o direito daqueles que foram aprovados e não foram chamados para tomar e para que não houvesse despesas desnecessárias com a abertura de outro certame, mas, em recente decisão do Conselho Nacional de Justiça, a Resolução foi suspensa, de sorte que o concurso não se encontra mais em vigência (f. 167).

Por conseguinte, ficam evidenciados o interesse processual e a adequação da via eleita, porquanto os impetrantes postulam a ordem para superar a inércia da autoridade, que deixou de nomeá-los para o cargo ao qual foram aprovados.

2. Mérito.

TALITA VALERIANA PORFÍRIO, PAULA MEDEIROS MAKSOUD e NILDO VIEIRA DA SILVA, impetram mandado de segurança contra suposta conduta omissiva do PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE

JUSTIÇA DE MATO GROSSO DO SUL, pelos seguintes motivos: **a)** foram aprovados no V Concurso Público de Provas para Provimento de Cargos Públicos da Estrutura Funcional do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul, para o cargo de Analista Judiciário da Comarca de Nioaque, tendo alcançado, respectivamente, as colocações de 4º, 2º e 3º lugares; **b)** o concurso foi homologado pelo Órgão Especial no dia 27.1.2010; **c)** o candidato aprovado em primeiro lugar desistiu em definitivo da nomeação, por ter sido aprovado em outro concurso público, conforme o termo de f. 45, de sorte que os impetrantes subiram um grau na classificação; **d)** o prazo de vigência do concurso está em vias de extinção, pois sua validade vence no dia 31.1.2012, porquanto foi prorrogado por um ano; **e)** os pedidos de nomeação que formularam administrativamente foram indeferidos porque: *"Há apenas uma vaga de analista judiciário, como apontado pela Secretaria de Gestão de Pessoal, dada a virtualização dos processos no âmbito do judiciário e o número de servidores previsto está sendo analisado. O prazo do concurso ainda não expirou, o que ocorrerá tão somente em 31 de janeiro de 2012. As vagas a serem preenchidas pelos candidatos aprovados, dar-se-ão conforme o art. 8º do Edital, em razão da conveniência e do interesse da Administração. A requisição de funcionários de outra Secretaria de Estado é de caráter precário e a nomeação de estagiário está conforme dispõe o art. 1º da Lei 1178/2008, posto que exercem atividade educativa."* (f. 4-5); **f)** a informação prestada pela Secretaria de Gestão de Pessoal de que há apenas uma vaga está equivocada, de acordo com as notícias veiculadas no Diário da Justiça, as quais permitem inferir que existem quatro vagas para o cargo; **g)** a revisão do número de servidores do Poder Judiciário, logo após a realização de concurso público, sem nomear os aprovados quando isso era possível, frustra o candidato, quebra a boa-fé objetiva e acarreta ao candidato absoluto desconforto emocional; **h)** os artigos 8º e 21.3 do edital, que se referem ao cadastro de reserva de pessoal, estão superados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual uma vez criadas vagas no prazo de validade do concurso, os candidatos aprovados, mesmo estando no cadastro de reserva, teriam direito subjetivo a serem nomeados para prover os cargos vagos; **i)** a prática de requisitar funcionários de outro órgão estatal para prestarem serviços cartorários, bem assim de nomear estagiários, demonstra que o pessoal concursado e empossado que trabalha no cartório da comarca não é suficiente para desempenhar o serviço a contento, mormente se há pessoas ali convocadas sem concurso e que ocupam vagas para as quais existem candidatos aprovados em concurso público; **j)** mesmo tendo o concurso sido realizado como cadastro de reserva, enquanto houver vagas e candidatos aprovados, dotação orçamentária e necessidade de pessoal, a nomeação deverá ser efetivada; **k)** o artigo 37, II, da Constituição Federal, prevê única e exclusivamente a realização de concurso público de provas ou de provas e títulos, não se referindo em nenhum momento a concurso público para cadastro de reserva; **l)** é irrelevante a indicação, no edital, do número de vagas existentes, bastando a demonstração da necessidade de funcionário, o excesso de serviço, a dotação orçamentária, a existência de vaga e candidato aprovado em concurso de provas.

Nas informações (f. 164-8), a autoridade impetrada argumenta que: **a)** a simples aprovação em concurso público não gera direito absoluto, líquido e certo, à nomeação, mormente quando se trata de certame aberto com a finalidade de formar um cadastro de reserva; **b)** é imperiosa a existência de vagas aptas ao preenchimento e essas surgem devido à necessidade do serviço, à disponibilidade financeira e à programação de execução orçamentária; **c)** a Administração tem poder discricionário para escolher o melhor momento de nomear os candidatos aprovados no concurso público, sendo defeso ao Judiciário analisar os critérios de oportunidade e conveniência que a norteiam; **d)** apesar das alegações de vacância dos cargos de Analista Judiciário (área fim) na comarca para a qual os impetrantes concorreram, não há, no momento, disponibilidade orçamentária nem foram criadas novas vagas, sendo que a única, em tese, existente, ainda está sendo analisada para se verificar a real necessidade de preenchimento e/ou a reordenação da estrutura funcional da comarca, tendo em vista que, com a implantação do procedimento de virtualização dos processos judiciais no TJMS, o trâmite processual tem sido reduzido em pelo menos 25% do quantitativo, ocasionando a dispensa da necessidade de novas nomeações.

A meu ver, a ordem deve ser denegada, em razão da inexistência de ato coator, comissivo ou omissivo, ou demonstração do direito líquido e certo dos impetrantes.

De fato, quando da abertura do certame, os candidatos tiveram pleno acesso aos termos do edital, inclusive no que se refere ao fato de o concurso em discussão possuir a finalidade de "Cadastro de Reserva", ou seja, de não indicar a existência de vagas.

Por conta das regras editalícias, a aprovação dos impetrantes não gerou o direito à nomeação, mas a mera expectativa ao aludido ato convocatório, tendo em vista que, no presente caso, a Administração não está obrigada a efetuar quaisquer nomeações, uma vez que essas se encontram sujeitas a seu interesse e conveniência, de acordo com sua necessidade, nos termos dos itens 8, 21.3 e 21.4 do Edital n. 1/2009, cujo teor é o seguinte:

> 8. As vagas a serem preenchidas pelos candidatos aprovados no presente Concurso dar-se-ão em razão da conveniência e do interesse da Administração, observadas, preferencialmente, as remoções internas de servidores, em se tratando de vagas disponibilizadas em decorrência do desligamento do titular do Quadro de Pessoal do Pessoal do Poder Judiciário.
>
> 8.1. As vagas porventura criadas durante o prazo de validade do Concurso, no caso de necessidade de provimento, serão preenchidas por candidatos habilitados no presente Concurso, obedecida a rigorosa ordem de classificação.
>
> 8.2. A classificação aplicada com base no disposto no item 8.3, orientará os procedimentos de convocação do candidato – observado o interesse da Administração – a partir de sua classificação na comarca ou na Circunscrição correspondente, nessa ordem.
>
> [...] (Sublinhei.).
>
> 21.3. A aprovação e a classificação do candidato no presente Concurso geram apenas direito a constar do Cadastro de Reserva de Pessoal.
>
> 21.4. O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul reserva-se o direito de, havendo vagas, proceder à nomeação de candidatos em número que atenda o interesse e às necessidades do serviço, de acordo com a disponibilidade financeira e a programação de execução orçamentária.

Dessa forma, o edital não apenas fez constar, mas enfatizou que a nomeação estaria sujeita à discricionariedade da Administração.

É certo que a jurisprudência tem admitido que, em concursos nos quais é oferecido um número definido de vagas, os candidatos aprovados além da quantidade ofertada que ficarem em cadastro reserva terão direito à nomeação quando forem preteridos ou quando houver contratação temporária no caso de abertura de novas vagas durante o prazo de validade ou de prorrogação do concurso, se tiver havido.

Entretanto, tal espécie de cadastro reserva possui natureza diferente do Cadastro de Reserva de Pessoal a que se refere o presente certame.

De fato, enquanto no concurso com número de vagas definido o cadastro de reserva constitui um aproveitamento de candidatos para novas vagas, no certame ora em análise o Cadastro de Reserva de Pessoal consiste apenas de uma tabela classificatória dos candidatos, que poderão ser nomeados para tomar posse ou não, de acordo com o exercício do poder discricionário pela Administração.

Naquele, pode haver direito subjetivo à nomeação; neste, há somente mera expectativa de direito.

E, ao contrário do que sustentam os impetrantes, não há inconstitucionalidade na previsão editalícia, nem a questão litigiosa está solucionada a seu favor na jurisprudência, conforme se pode inferir do seguinte julgado desta egrégia Corte Estadual que denota posicionamento contrário à sua tese, qual seja:

> MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – NOMEAÇÃO – AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE VAGAS NO EDITAL DE ABERTURA DO CERTAME – CADASTRO RESERVA – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO – PRETERIÇÃO NÃO DEMONSTRADA – ORDEM DENEGADA
>
> A Administração não descumpriu as normas e condições do edital, vez que havia claramente estipulado a inexistência de vagas, motivo pelo qual não há qualquer ilegalidade na ausência de nomeação do impetrante, podendo a autoridade impetrada agir de acordo com seu poder discricionário.
>
> Ressalta-se, que o impetrante não demonstrou qualquer preterição, ou seja, qualquer inobservância à ordem de classificação por parte da autoridade impetrada.
>
> Ordem denegada. (Mandado de Segurança - N. 2010.021636-7/0000-00 - Capital. Órgão Especial. Relatora Designada Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. j. 27.10.2010.)

No mesmo sentido encontra-se pacificado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, como se depreende dos seguintes julgados:

> ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO PARA ESPECIALIDADE E LOCALIDADE EM RELAÇÃO ÀS QUAIS O EDITAL PREVIA APENAS FORMAÇÃO DE CADASTRO RESERVA. VACÂNCIA QUE, DURANTE A VALIDADE DO CERTAME, NÃO OCORREU. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO E POSSE NÃO CONFIGURADO NO CASO CONCRETO.
>
> 1. Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por Carla Campos Paiva, com fundamento no art. 105, inc. II, alínea 'b', da Constituição da República, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que, após asseverar que a impetrante-recorrente classificou-se dentro do número de vagas previsto no edital para a comarca escolhida, reconheceu inexistir direito subjetivo à nomeação, mas mera expectativa de direito.
>
> 2. Nas razões recursais, sustenta a parte recorrente ter direito líquido e certo à nomeação e posse, segundo jurisprudência pacífica desta Corte Superior.
>
> 3. Esta Corte Superior adota entendimento segundo o qual a regular aprovação em concurso público em posição classificatória compatível com as vagas previstas em edital confere ao candidato direito subjetivo a nomeação e posse dentro do período de validade do certame. Precedentes.
>
> 4. Ocorre que, na espécie, a impetrante-recorrente foi aprovado em 1º (primeiro) lugar em concurso que, para a comarca e especialidade em que concorreu, não apresentava vagas disponíveis (o edital indicava apenas formação de cadastro reserva) - e, segundo as informações da autoridade coatora, não surgiram vagas para a localidade e especialidade pretendida.
>
> 5. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido." (RMS 32.744/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 09/12/2011. Destaquei.).

> ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO DESTINADO À FORMAÇÃO DE CADASTRO DE RESERVA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO. INEXISTENTE. PRECEDENTES.
>
> 1. Destinado o concurso público à formação de cadastro de reserva, o candidato aprovado não detém direito líquido e certo à nomeação, mas tão somente expectativa quanto a essa pretensão.
>
> 2. Agravo regimental desprovido." (AgRg no RMS 29.283/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2011, DJe 21/11/2011). Destaquei.

Por conseguinte, não merece acolhimento a alegação de que a Administração teria descumprido as normas e condições do edital, até porque a inexistência de vagas foi claramente estipulada, motivo pelo qual não há qualquer ilegalidade na ausência de nomeação dos impetrantes, podendo a autoridade impetrada agir de acordo com seu poder discricionário.

Ressalta-se que os impetrantes não demonstraram nenhuma preterição, ou seja, qualquer inobservância à ordem de classificação por parte da autoridade impetrada.

Ante o exposto, com o parecer, denego a segurança.

Custas pelos impetrantes, que são beneficiários da justiça gratuita.

Sem honorários de advogado.

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (4º Vogal)

Trata-se aqui de edital, no qual não se fez previsão de número de vagas e, sim, apenas para um banco de reserva de cargo. Portanto, denego, acompanhando o voto do relator.

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (5º Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (9º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (10º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (11º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM AS PRELIMINARES. NO MÉRITO, A CONCLUSÃO DO JULGAMENTO FOI ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO DES. JOENILDO, APÓS O RELATOR E OS DESEMBARGADORES TÂNIA, RUBENS, JULIZAR, ROMERO E LUIZ TADEU DENEGAREM A SEGURANÇA. OS DEMAIS AGUARDAM.

VOTO (9.5.2012)

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves (1º Vogal)

Pedi vista do presente feito na sessão do dia 11/04/2012 sendo que, após detida análise de todo o processo, hei por bem acompanhar o e. relator, Des. Josué de Olveira.

Em síntese, almejam os impetrantes suas respectivas nomeações em decorrência de aprovação no "Concurso Público de Provas para Provimento de Cargos Públicos da Estrutura Funcional do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul", ao fundamento de existir direito subjetivo para tanto diante da existência de vagas (necessidade de serviço e dotação orçamentária).

É assente na jurisprudência que o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital do concurso público possui o direito líquido e certo de ser nomeado durante o prazo de validade do certame. Por outro lado, essa situação jurídica sofre modificação quando o candidato é aprovado e classificado além do número de vagas ou na hipótese de cadastro de reserva, quanto terá tão-somente mera expectativa de direito a ser nomeado.

In casu, o edital previu expressamente que *"as vagas preenchidas pelos candidatos aprovados no presente Concurso dar-se-ão em razão da conveniência e do interesse da Administração [...]",* soando nítida a intenção do Poder Judiciário em formar um cadastro de reservas a fim de preencher eventuais vagas surgidas no decorrer do prazo de validade do concurso.

Aliás, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o e. Ministro Maurício Corrêa trouxe uma interessante análise sobre o tema, quando conceituou o "cadastro de reserva" e explicou acerca dos eventuais direitos dos candidatos que o compõe:

> Daí a criação de um cadastro de reserva, que representa a relação dos aprovados, mas não classificados dentro da faixa correspondente ao número de vagas originalmente disponíveis. Se a Administração, diante da existência de novos cargos desocupados, vislumbrar a necessidade de aproveitamento desses candidatos, poderá fazê-lo, desde que observado o prazo de validade do concurso.
>
> [...]
>
> Tem-se claro que o candidato que faz parte do denominado 'cadastro de reserva' não tem direito adquirido de ser nomeado. Ele detém, na verdade, mera expectativa de direito, consistente na possibilidade de poder vir a ser aproveitado [...]
>
> O direito que tais candidatos têm, realmente oponível contra a Administração, é o de não serem, durante o prazo de validade do concurso, preteridos na ordem de classificação do mesmo ou de outro concurso posterior, e nada mais. (STF, RMS 24119/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 14-06-2002 PP-00159).

O cadastro de reserva, por si só, não garante ao candidato o direito à nomeação, sendo necessário o surgimento de vagas a critério da conveniência e oportunidade da Administração Pública.

Neste sentido:

> REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL – DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO – RECURSO IMPROVIDO – O Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento, no sentido de que o candidato aprovado em concurso público, desde que dentro do número de vagas previstas no edital, exceto as de cadastro de reserva, tem direito líquido e certo à nomeação, prevalecendo a orientação, segundo a qual, a vinculação ao edital impõe que a Administração proceda à nomeação nessa hipótese, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade, não havendo espaço para discricionariedade. (TJMS – ReexSen 2010.024592-8/0000-00 – Iguatemi – 5ª T.Cív. – Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva – J. 14.04.2011).

> CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – MILITAR – CURSO DE FORMAÇÃO – CONCLUÍDO – PRELIMINAR – CARÊNCIA DE AÇÃO – FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL – REJEIÇÃO – APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO – MERA EXPECTATIVA DE DIREITO – CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA ADMINISTRAÇÃO – DIREITO LÍQUIDO E CERTO INDEMONSTRADO – ORDEM DENEGADA – [...]. 3- Figurando em cadastro de reserva o Impetrante poderá ser convocado para novo curso de formação caso advindo a existência de vaga, neste tocante, sobrelevando os critérios de conveniência e oportunidade a serem adotados pela Administração. 4- A aprovação em concurso público gera mera expectativa de direito à nomeação, competindo à Administração, dentro de seu poder discricionário, nomear os candidatos aprovados de acordo com a sua conveniência e oportunidade. 5- Ordem denegada. (TJAC – MS 0500678-08.2010.8.01.0000 – (6.309) – TP – Relª Desª Eva Evangelista de Araujo Souza – DJe 10.01.2011 – p. 3).

Em face do exposto, acompanho o e. relator, Des. Josué de Oliveira, para denegar a segurança.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO DES. PAULO ALFEU, APÓS O RELATOR E OS DESEMBARGADORES JOENILDO, TÂNIA, RUBENS, JULIZAR, ROMERO E TADEU DENEGAREM A SEGURANÇA. OS DEMAIS AGUARDAM.

VOTO (16.5.2012)

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli.(3º Vogal)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Talita Valeriana Porfírio e outros contra ato praticado pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente na omissão em nomear os impetrantes aprovados em 4º, 2º e 3º lugar para o cargo de analista judiciário – área fim, com lotação na Comarca de Nioaque, dentro do correto prazo de vencimento do certame, em clara afronta a norma do art. 37, II e IV, da CF.

O relator do recurso Desembargador Josué de Oliveira, houve por bem em denegar a segurança, ao argumento de que não demonstrada a ocorrência de preterição dos candidatos ou a existência do cargo que vincularia o respectivo provimento, a pretensão dos impetrantes se traduz em mera expectativa de direito.

Na sessão de julgamento, do dia 09.05.2012, pedi vista dos autos para examinar com maior detença a matéria de merito.

Como é sabido, a simples aprovação em concurso público não gera direito absoluto à nomeação; configurando mera expectativa de direito à investidura no cargo concorrido, sobretudo no caso dos autos, em que o impetrante foi aprovado para formação de cadastro de reserva.

Com efeito, segundo a jurisprudência pátria dominante, o direito à nomeação surge apenas quando o candidato, classificado dentro do número de vagas previsto no edital, vê preterida a sua ordem de classificação no certame ou as vagas existentes são preenchidas mediante reiteradas designações precárias para o exercício das funções dos cargos públicos.

Não são estas as situações verificadas nos autos, pois, como consta do edital de abertura do certame, o concurso público destinou-se à formação de cadastro de reserva para o Quadro de Pessoal do Poder Judiciário do Estadual, nos termos do Edital nº 01/de 23.07.2009.

Assim, conclui-se que a aprovação dos impetrantes não gera o direito à nomeação, como expressamente consignado no item 21.3 do edital de abertura (f. 44), *in verbis*:

> 21.3. A aprovação e a classificação do candidato no presente Concurso geram apenas direito a constar do Cadastro de Reserva de Pessoas.

Contudo, insta esclarecer que, tratando-se de cadastro de reserva embora a Administração não seja obrigada a efetuar quaisquer nomeações, estando estas sujeitas ao seu interesse e conveniência, de acordo com sua necessidade, é certo que a mera expectativa de direito se convalida em direito líquido e certo a partir do momento em que, dentro do prazo de validade do concurso, há contratação de pessoal, de forma precária, para o preenchimento de vagas existentes, e ainda pela criação de novas vagas, ou por vacância daquelas já existentes em razão de pedidos de aposentadoria, exoneração e remoção.

Outro não é o entendimento adotado pelo C. STJ, senão vejamos:

> ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATOS APROVADOS FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. CADASTRO DE RESERVA. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DOS IMPETRANTES. SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. EXPECTATIVA DE DIREITO QUE SE CONVOLA EM DIREITO LÍQUIDO E CERTO.
>
> 1 Embargos de Declaração recebidos como Agravo Regimental. Aplicação do princípio da fungibilidade recursal. 2. O Superior Tribunal de Justiça adota o entendimento de que os candidatos aprovados em posição classificatória compatível com as vagas previstas em edital possuem direito subjetivo a nomeação e posse dentro do período de validade do concurso, o que não se constata in casu. Precedentes do STJ. 3. Já em relação aos candidatos aprovados fora do número de vagas estabelecido originariamente no edital, os quais integram o cadastro de reserva, o STJ entende não possuírem direito líquido e certo à nomeação, mas mera expectativa de direito para o cargo a que concorreram. Precedentes do STJ. 4. Entretanto, a mera expectativa se convola em direito líquido e certo a partir do momento em que, dentro do prazo de validade do concurso, há contratação de pessoal, de forma precária, para o preenchimento de vagas existentes, em flagrante preterição àqueles que, aprovados em certame ainda válido, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função. Precedentes do STJ. 5. Se, durante o prazo de validade do concurso público, são abertas novas vagas, preenchidas por contratação temporária, é obrigatória a nomeação dos candidatos aprovados. 6. In casu, há comprovação nos autos de que, durante o prazo de validade do certame (prorrogado até 22.6.2009), foram realizadas várias contratações temporárias pela Administração para lecionar no Município de Campo Verde, inclusive dos próprios impetrantes. 7. Também está comprovado, documentalmente, o surgimento de vários cargos vagos durante o prazo de validade do concurso em decorrência de exoneração, aposentadoria e remoção de professores efetivos (fls. 81-85, e-STJ), a evidenciar a presença do direito líquido e certo reclamado. 8. Agravo Regimental provido. (EDcl no RMS 34138/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, 18.10.2011, 2ª STJ). (grifei)
>
> [...] 1. Busca-se no mandamus o reconhecimento do direito à nomeação no cargo de professor do ensino fundamental, em virtude da aprovação em concurso público realizado pela Secretaria de Estado de Educação de Mato Grosso. A recorrente foi classificada na quinta colocação em certame público que oferecia o preenchimento de duas vagas, tendo sido inserida no cadastro de reserva. Durante o prazo de validade do concurso, houve a contratação temporária de onze professores, razão pela qual a recorrente sustenta ter sido preterida no seu direito à nomeação no cargo público. 2. O candidato inscrito em cadastro de reserva possui mera expectativa à nomeação, apenas adquirindo esse direito caso haja a comprovação do surgimento de novas vagas durante o prazo de validade do concurso público. Precedentes.[...]. (RMS 31785/MT, Ministro CASTRO MEIRA, 19.10.2010, 2ª Turma STJ). (grifei)

> ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. MÉDICO OFTALMOLOGISTA DA UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO. COMPROVADA A PRETERIÇÃO DO CANDIDATO APROVADO NO CERTAME. RECONHECIDO O DIREITO À NOMEAÇÃO. NOVA QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS DELIMITADOS NO ARESTO RECORRIDO. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
>
> 1. A manutenção de contratos temporários para suprir a demanda por Médicos Oftalmologistas, demonstra a necessidade premente de pessoal para o desempenho da atividade, revelando flagrante preterição daqueles que, aprovados em concurso ainda válido, estariam aptos a ocupar o cargo; circunstância que, a teor da Jurisprudência desta Corte Superior, faz surgir o direito subjetivo do candidato à nomeação. 2. O reexame vedado em sede de Recurso Especial, nos moldes da Súmula 7/STJ, cinge-se à existência ou correção dos fatos delimitados na sentença e no acórdão recorrido; a atribuição de nova qualificação jurídica a um fato é perfeitamente possível ao STJ, pois está adstrita ao debate de matéria de direito (AgRg no EREsp. 134.108/DF, Corte Especial, Rel. Min. EDUARDO RIBEIRO, DJU 16.08.1999).
>
> 3. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no REsp 1124373/RJ, Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 21.06.2011, 5ª Turma STJ). (grifei)

Assim, conclui-se que se existirem vagas, seja pela criação de novas vagas, ou por vacância decorrente de aposentadoria, exoneração, remoção, ou ainda comprovada a ocorrência de preterição, os candidatos aprovados e classificados no concurso público para cadastro de reserva passam a ter o direito líquido e certo à nomeação.

In casu, a mera expectativa de direito dos impetrantes à nomeação para os cargos de analista judiciário – área fim, na Comarca de Nioaque, se convalidou em direito líquido e certo, em razão da comprovada vacância dos referidos cargos por meio da exoneração da servidora Sandra Leodolara Batista de Souza, escrevente judicial, publicada no DJ n. 1989, de 23.06.2009 (f. 50); da designação (remoção) da servidora Vanilda Souza da Silva, analista judiciário, da comarca de Nioaque para a comarca de Três lagoas, publicada no DJ 2546, de 24.11.2011, (f. 55); e da aposentadoria da servidora Nelma Dehn Moreira, escrivã nível superior (PJAJ-1), lotada na Comarca de Nioaque, publicada no DJ 2379, de 14.03.2011 (f. 49).

Ressalte-se que em razão da desistência do candidato aprovado e classificado em 1º lugar, para o cargo de analista judiciário na Comarca de Nioaque (f. 45 e 46), os impetrantes subiram uma posição, passando a ocupar o 1º, 2º e 3º lugar na ordem de classificação.

Dessa forma, comprovada a existência de 03 cargos de analista judiciário vagos na Comarca de Nioaque, os impetrantes fazem *jus* à nomeação pleiteada.

Assim, não há como acolher as informações prestadas pela autoridade coatora no sentido de que *'não há, no momento a existência dos requisitos acima descritos que justifiquem o interesse da administração em prover tais cargos, porquanto não existe disponibilidade orçamentária para tal fim e nem foram criadas novas vagas'* (f. 168).

Diante dessas razões, voto no sentido de conceder a segurança pleiteada, para ordenar à autoridade coatora que proceda a nomeação dos impetrantes nas vagas existentes na Comarca de Nioaque para o cargo de analista judiciário – área fim.

O Sr. Des.Claudionor Miguel Abss Duarte (6º Vogal)

Acompanho o voto do Des. Paulo para se conceder a segurança.

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (7º Vogal)

Acompanho o 3º Vogal.

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (8º Vogal)

Concedo a ordem.

Acompanho a divergência.

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (3º Vogal)

Tinha acompanhado o voto do relator, entretanto, com os esclarecimentos do 3º Vogal, pude observar que aqui existem sim, posteriormente, a convolação da mera expectativa de direito em direito liquido e certo, no momento em que surgiram essas vagas, pela vacância dos cargos e também porque está demonstrada a dotação orçamentária para tanto porque esses cargos já eram providos por funcionários que sairam por remoção, aposentadoria e demissão.

E mais, embora fosse um cadastro de reserva a inscrição foi para uma comarca certa: Nioaque e lá existem os cargos em aberto durante o prazo de validade ainda do certame. Portanto, acompanho a divergência.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (10º Vogal)

Concedo a ordem.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO DES. RUBENS, APÓS O RELATOR E OS DESEMBARGADORES JOENILDO, JULIZAR, ROMERO E LUIZ TADEU DENEGAREM A SEGURANÇA E OS DESEMBARGADORES PAULO ALFEU, TÂNIA, CLAUDIONOR, BRANDES, OSWALDO E VALDIMIR CONCEDEREM.

VOTO (11.7.2012)

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (4º Vogal)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Talita Valeriana Porfirio, Paula Medeiros Maksoud e Nildo Vieira da Silva, contra ato praticado pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, objetivando a concessão da segurança para que a autoridade apontada como coatora proceda a nomeação dos impetrantes, para o cargo de Analista Judiciário – Área Fim, da Comarca de Nioaque.

Há de ser analisado cada caso citado pelos impetrantes a fim de se averiguar se há vagas para o cargo de analista judiciário – área fim.

Com relação à servidora Nelma Dehn Moreira, verifica-se dos autos que foi aposentada em 14 de março de 2011, no cargo de escrivã (f. 49).

Estabelece o art. 26 da Lei n. 3.687/2009:

> Art. 26. Os cargos abaixo relacionados ficam transformados, respectivamente, à medida que vagarem:
>
> I – escrivão, em função de confiança de chefe de cartório;

Vê-se, portanto, que com a aposentadoria da servidora Nelma Dehn Moreira o cargo de escrivã foi transformado em função de confiança, não sendo possível considerar como vaga aberta a decorrente da aposentadoria da referida servidora.

No que concerne à servidora Vanilda de Souza da Silva, também não há falar em vaga em aberto, uma vez que, conforme consignado no Diário da Justiça n. 2546, de 24 de novembro de 2011, a referida servidora foi designada para a Comarca de Três Lagoas – MS, pelo período de 2 (dois) anos (f. 56).

Portanto, a servidora não foi removida, foi, tão somente, designada para a Comarca de Três Lagoas, pelo período de 2 (dois) anos.

De efeito, também não houve vacância do cargo em Nioaque.

A situação da servidora Suely Maria de Arruda, oficial de justiça e avaliadora, se enquadra no disposto art. 4º do Provimento 141/2008, que estabelece o quantitativo de servidores para a estrutura de pessoal das comarcas e dos cartórios judiciais de primeira instância no âmbito do Poder Judiciário estadual e dá outras providências:

> Art. 4º O gerenciamento de recursos humanos para efeitos de organização da estrutura das comarcas, observado o quantitativo estabelecido neste Provimento, observará a reserva de cargos existentes no Banco de Cargos e Empregos – BACEP.
>
> § 1º Na hipótese da existência de cargo provido na comarca caracterizando quantitativo em desacordo com os termos deste provimento, este passa a integrar a estrutura do cartório como excedente, ocorrendo a transferência automática para o Banco de Cargos e Empregos, à medida da vacância.
>
> § 2º A migração de cargo vago para o Banco de Cargos e Empregos será efetivada, também, sempre que ocorra a vacância que oportunize a adequação da estrutura da comarca aos termos que dispõe este Provimento.

Constata-se, portanto, que a servidora Suely foi removida para Dois Irmãos do Buriti, porquanto encontrava-se no Banco de Cargos e Empregos, ficando a disposição do Tribunal de Justiça, já que excedia o número servidores, no cargo de oficial e avaliador, da estrutura do Cartório da Comarca de Nioaque (f. 58).

Logo, não há falar em vaga em aberto, também neste caso.

Com relação à servidora Sandra Leodolara Batista de Souza, verifica-se que há uma vaga em aberto, tendo em vista que a servidora foi nomeada, em virtude da aprovação em 165ª lugar no 2º Concurso Público de Provas a que se submeteu, para ocupar o emprego público de Técnico Judiciário, neste Tribunal de Justiça (f. 54).

Contudo, constou do Edital n. 01, de 23 de julho de 2009, referente ao V Concurso Público de Provas para Provimento de Cargos Públicos da Estrutura Funcional do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul:

> Capítulo III
>
> DAS VAGAS
>
> 8. As vagas a serem preenchidas pelos candidatos aprovados no presente Concurso dar-se-ão em razão da conveniência e do interesse da Administração, observadas, preferencialmente as remoções internas de servidores, em se tratando de vagas disponibilizadas em decorrência do desligamento do titular do Quadro de Pessoal do Poder Judiciário.

> 8.1. As vagas porventura criadas durante o prazo de validade do Concurso, no caso de necessidade de provimento, serão preenchidas por candidatos habilitados no presente Concurso, obedecida a rigorosa ordem de classificação. (f. 87)

Conforme o edital, há duas situações a serem observadas, se a vaga já existia ou se a vaga foi criada durante o prazo de validade do Concurso.

No caso da vaga pertencente a servidora Sandra Leodolara Batista de Souza, vê-se que já existia quando da abertura das inscrições para o V Concurso Público de Provas para Provimento de Cargos Públicos da Estrutura Funcional do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul.

Contudo, no caso em apreço, se a vaga já existia durante toda a vigência do prazo de validade do concurso, e não houve concurso de remoção, evidente que a vaga existe e deverá ser preenchida pelo candidato que ficou em segundo lugar no concurso.

Não havendo interesse da administração em abrir concurso de remoção e existindo a vaga na Comarca de Nioaque, há de ser preenchida pelo melhor colocado no certame, respeitando, sempre, a classificação dos candidatos aprovados.

Logo, há de ser observada, preferencialmente, a remoção interna dos servidores pertencentes ao Quadro de Pessoal do Poder Judiciário, para o preenchimento da vaga oriunda da vacância da servidora Sandra Leodolara Batista de Souza.

Assim, possui a impetrante Paula Medeiros Maksoud, aprovada em 2º lugar no Concurso, direito à nomeação no cargo de Analista Judiciário – Área Fim, da Comarca de Nioaque.

Já os impetrantes Talita Valeriano Porfírio e Nildo Vieira da Silva aprovados para o preenchimento do cadastro de reservas, para o Cargo de Analista Judiciário da Comarca de Primeira Entrância - Nioaque, ocupação área fim, possuem mera expectativa de direito, já que não há indicação de existência de vagas para o cargo em que foram aprovados.

A respeito da questão, confira-se o julgado abaixo.

> ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO EM EDITAL. DIREITO SUBJETIVO A NOMEAÇÃO E POSSE DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE PROVA, NA ESPÉCIE, DE QUE VAGA PLEITEADA NÃO TENHA SIDO ATENDIDA POR CANDIDATO MELHOR CLASSIFICADO OU QUE AINDA ESTEJA ABERTA PARA PREENCHIMENTO.
>
> [...].
>
> 4. Na espécie, o certame foi aberto para o provimento de certas vagas de Oficial de Registro de Imóveis, mas o impetrante se classificou apenas para o quadro de reserva, daí porque sua nomeação e posse ficam a critério de conveniência e oportunidade da Administração Pública, não se reputando ilegal a apontada inércia.
>
> [...]
>
> 6. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido. (STJ. RMS 32497/BA. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. Data do Julgamento: 04/11/2010).

Veja-se, ainda, a decisão monocrática prolatada pelo Ministro Mauro Campbell Marques, quando da apreciação dos EDcl em Edcl no Ag n.1398319, publicada em 02/02/2012:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO FORA DAS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS NO DECORRER DO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. CARGOS OCUPADOS EM CARÁTER PRECÁRIO. PRECEDENTES DO STF E STJ. EFEITOS INFRINGENTES. EMBARGOS ACOLHIDOS PARA EXAMINAR O RECURSO ESPECIAL, MAS NEGAR-LHE SEGUIMENTO. [...]. É o relatório. Passo a decidir. [...]. Sobre o tema, o recente precedentes deste Órgão Julgador: "ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATOS APROVADOS FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. CADASTRO DE RESERVA. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DOS IMPETRANTES. SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. EXPECTATIVA DE DIREITO QUE SE CONVOLA EM DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1 Embargos de Declaração recebidos como Agravo Regimental. Aplicação do princípio da fungibilidade recursal. 2. O Superior Tribunal de Justiça adota o entendimento de que os candidatos aprovados em posição classificatória compatível com as vagas previstas em edital possuem direito subjetivo a nomeação e posse dentro do período de validade do concurso, o que não se constata in casu. Precedentes do STJ. 3. Já em relação aos candidatos aprovados fora do número de vagas estabelecido originariamente no edital, os quais integram o cadastro de reserva, o STJ entende não possuírem direito líquido e certo à nomeação, mas mera expectativa de direito para o cargo a que concorreram. Precedentes do STJ. 4. Entretanto, a mera expectativa se convola em direito líquido e certo a partir do momento em que, dentro do prazo de validade do concurso, há contratação de pessoal, de forma precária, para o preenchimento de vagas existentes, em flagrante preterição àqueles que, aprovados em certame ainda válido, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função. Precedentes do STJ. 5. Se, durante o prazo de validade do concurso público, são abertas novas vagas, preenchidas por contratação temporária, é obrigatória a nomeação dos candidatos aprovados. [...]. No mesmo sentido, os seguintes precedentes desta Corte Superior: "RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PROFESSOR. ENSINO MÉDIO. APROVAÇÃO EM PRIMEIRO LUGAR. RESERVA TÉCNICA DE VAGAS. PREENCHIMENTO DE VAGAS ACIMA DO NÚMERO PREVISTO NO EDITAL A TÍTULO DE CADASTRO-RESERVA. CONVOCAÇÃO REITERADA DE OUTRO PROFESSOR PARA REGIME ESPECIAL DE TRABALHO. NECESSIDADE DO SERVIÇO DEMONSTRADA. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. 1. Tem direito líquido e certo à nomeação o candidato, aprovado dentro do número inicial de vagas previstas a título de reserva técnica em edital de concurso público, ante a ulterior nomeação de candidatos em número superior ao previsto no edital, e a reiterada convocação de professor do quadro efetivo para o exercício de carga horária adicional no cargo para o qual foi aprovado, que demonstram a efetiva necessidade do serviço. 2. Recurso ordinário provido." (RMS 22.908/RS, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 18.10.2010) ADMINISTRATIVO - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - NECESSIDADE DO PREENCHIMENTO DE VAGAS, AINDA QUE EXCEDENTES ÀS PREVISTAS NO EDITAL, CARACTERIZADA POR ATO INEQUÍVOCO DA ADMINISTRAÇÃO - DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO - PRECEDENTES. 1. A aprovação do candidato, ainda que fora do número de vagas disponíveis no edital do concurso, lhe confere direito subjetivo à nomeação para o respectivo cargo, se a Administração Pública manifesta, por ato inequívoco, a necessidade do preenchimento de novas vagas. 2. A desistência dos candidatos convocados, ou mesmo a sua desclassificação em razão do não preenchimento de determinados requisitos, gera para os seguintes na ordem de classificação direito subjetivo à nomeação, observada a quantidade das novas vagas disponibilizadas. 3. [...] 4. Recurso ordinário em mandado de segurança provido. (RMS 32.105/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 30.8.2010) ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. RESULTADO FINAL. REVOGAÇÃO DEFINITIVA. CONCLUSÃO PRELIMINAR

DE PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO. ILEGALIDADE. CONTRATAÇÃO DE TEMPORÁRIOS NO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. PRECEDENTE. RECURSO PROVIDO. 1. É ilegal a revogação definitiva do resultado final do Concurso Público para Provimento do Cargo de Ajudante de Serviços Gerais, regido pelo Edital 1/2001, da Secretaria de Estado da Educação de Minas Gerais, realizada com base em conclusão preliminar de procedimento investigatório. Precedente. 2. Embora aprovado em concurso público, tem o candidato mera expectativa de direito à nomeação. Porém, tal expectativa se transforma em direito subjetivo para os candidatos aprovados dentro das vagas previstas no edital se, no prazo de validade do certame, há contratação precária de terceiros, concursados ou não, para exercício dos cargos. 3. Segundo a Teoria dos Motivos Determinantes, a Administração, ao adotar determinados motivos para a prática de ato administrativo, ainda que de natureza discricionária, fica a eles vinculada. 4. Hipótese em que, constatado, ao final da investigação, que as conclusões preliminares não subsistiam e que não havia irregularidades no concurso público, caberia à Administração, à míngua de outros supostos vícios, proceder imediatamente à anulação das contratações temporárias e à nomeação dos candidatos aprovados. 5. Recurso ordinário provido. (RMS 20.565/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 21.5.2007) ADMINISTRATIVO. NOVO CONCURSO PÚBLICO. CONTRATAÇÃO. PROFESSOR SUBSTITUTO. CONCURSO PÚBLICO VÁLIDO. SEGUNDO LUGAR. PRETERIÇÃO. I – É entendimento doutrinário e jurisprudencial de que a aprovação em concurso público gera mera expectativa de direito à nomeação, competindo à Administração, dentro de seu poder discricionário, nomear os candidatos aprovados de acordo com a sua conveniência e oportunidade. II - Entretanto, a mera expectativa se convola em direito líquido e certo a partir do momento em que, dentro do prazo de validade do concurso, há contratação de pessoal, de forma precária, para o preenchimento de vagas existentes, em flagrante preterição àqueles que, aprovados em concurso ainda válido, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 652789/SC, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer DJ 1º.8.2006) Dessa forma, resta prejudicado a agravo regimental interposto pela Petrobras. Assim, com base nas razões expostas, ACOLHO os embargos de declaração com efeitos infringentes para analisar o recurso especial, ao qual NEGO SEGUIMENTO.

Assim, divirjo do e. Relator, para conceder a segurança a fim que a autoridade apontada como coatora proceda a nomeação da impetrante Paula Medeiros Maksoud, aprovada em 2º lugar no Concurso, de Analista Judiciário – Área Fim, da Comarca de Nioaque e, quanto aos demais impetrantes Talita Valeriano Porfírio e Nildo Vieira da Silva denego a segurança.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA E, CONTRA O PARECER, CONCEDERAM A SEGURANÇA, NOS TERMOS DO VOTO DO DES. PAULO ALFEU.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Josué de Oliveira.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Josué de Oliveira, Joenildo de Sousa Chaves, Paulo Alfeu Puccinelli, Tânia Garcia de Freitas Borges, Rubens Bergonzi Bossay, Claudionor Miguel Abss Duarte, João Carlos Brandes Garcia, Oswaldo Rodrigues de Melo, Julizar Barbosa Trindade, Romero Osme Dias Lopes, Vladimir Abreu da Silva e Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 11 de julho de 2012.

***

Segunda Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.014035-6 - Campo Grande
Relator Des. Paulo Alfeu Puccinelli

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA C/C ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL – DECRETO ESTADUAL N° 13.162/2011 – ICMS – OPERAÇÕES INTERESTADUAIS – VENDA POR REPRESENTANTE COMERCIAL – NÃO NATURA A VENDA NÃO PRESENCIAL – IMPOSTO DEVIDO – APREENSÃO DE MERCADORIAS – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA N° 323 DO STF – RECURSO PROVIDO EM PARTE.

A arrecadação do ICMS com fulcro no Decreto Estadual n.º 13.162/2011 não inova o ordenamento jurídico, pois está conformidade com o disposto no artigo 155, VII, "a" da Constituição Federal de 1988 e artigos 4.º, 11 e 13 da Lei Complementar n.º 87/96.

O Decreto Estadual n° 13.162/2011, em seu art. 4º, caput, é claro em dispor que a parcela do ICMS deve ser recolhida pelo estabelecimento remetente da mercadoria ou do bem, por meio de Documento Estadual de Arrecadação (DAEMS) ou de Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais (GNRE), mas de nenhum modo imputa ao consumidor esta obrigação.

Inadmissível a apreensão de mercadorias com o propósito de coagir o contribuinte ao pagamento de tributos, em face da incidência do enunciado da Súmula n. 323 do Supremo Tribunal Federal.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 10 de julho de 2012.

Des. Paulo Alfeu Puccinelli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli

Laboratório B. Braun S/A interpõe recurso de apelação cível irresignado com a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande que, nos autos da ação declaratória c/c anulatória de débito fiscal que promove em face do Estado de Mato Grosso do Sul, julgou improcedente o pedido inicial, revogando a antecipação da tutela concedida às fls. 123/125-v°, determinando, por conseguinte, que o autor arque com as custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 2.800,00 (Dois mil e oitocentos reais), nos termos do artigo 20,§4°, do Código de Processo Civil.

Afirma que o simples fato do representante comercial localizar-se no próprio Estado demonstra que as vendas a consumidores finais nesse Estado não são por meio de e-commerce, telemarketing ou showroom, modalidades estas não presenciais.

Destaca que, na operação realizada entre contribuinte de ICMS e consumidor final não contribuinte do imposto, o ICMS é devido exclusivamente ao Estado de origem, à alíquota interna, enquanto que, no caso em que vendedor e comprador são contribuintes do ICMS, o imposto é devido ao Estado de origem, à alíquota interestadual, bem como ao Estado de destino, sob o chamado diferencial de alíquota (diferença entre a alíquota interestadual e a alíquota interna desse Estado de destino).

Consigna que o Decreto Estadual n° 13.162/2011 ignorou essa diretriz constitucional e previu o recolhimento do ICMS também aos cofres do Estado de destino, mesmo na operação realizada com consumidor final não contribuinte de ICMS, como ora ocorre, que comercializada seus produtos a hospitais e clínicas.

Assinala a necessidade de restabelecimento da tutela antecipada, visto que não é praticante das vendas não presenciais, nas modalidades de internet, telemarketing e showroom.

Assenta que a mercadoria apreendida é a constante na Nota Fiscal n° 329435, referente à operação interestadual havida entre a apelante e a Instituição Adventista Central, que não é contribuinte do ICMS, sendo que, por essa operação descrita no artigo 155,§2°, inciso VII, "b", da Constituição Federal, ela recolheu o ICMS integralmente no Estado de origem (Rio de Janeiro), mediante a aplicação da alíquota interna.

Frisa que não incide o ICMS na hipótese em face da indevida usurpação de competência tributária outorgada pela Constituição Federal ao Estado de origem e da consequente violação ao artigo 155,§2°, inciso VII, "b", da Constituição Federal.

Acrescenta que a nova hipótese de incidência tributária via Decreto n° 13.162/2011 viola o princípio da legalidade previsto no artigo 150, inciso I, da Carta Magna, sem falar que promove a dupla tributação sobre o mesmo fato jurídico.

Considera que é inconstitucional o tratamento diferenciado trazido pelo Decreto Estadual n° 13.162/2011 às operações interestaduais de bens e mercadorias em razão de sua procedência.

Anota que houve cerceamento ao seu direito de livre exercício das atividades econômicas e ao tráfico de bens, previsto nos artigos 5°, inciso XIII, e 170, *caput,* ambos da Constituição Federal.

Ao final, requer o recebimento da presente apelação cível e provimento do recurso, reformando-se a r. sentença de modo a decretar a procedência da ação, sob pena de violação dos artigo 5°, inciso XIII, 150, incisos I e V, 152, §2°, inciso VII, alínea "b", 170, todos da Constituição Federal, bem como dos artigo 9°, inciso III, e 11, ambos do Código Tributário Nacional.

Decorreu *in albis* o prazo para contrarrazões (fl. 241).

VOTO

O Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli (Relator)

Trata-se de recurso de apelação cível interposto pelo Laboratório B. Braun S/A contra a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande que, nos autos da ação declaratória c/c anulatória de débito fiscal que promove em face do Estado de Mato Grosso do Sul, julgou improcedente o pedido inicial, revogando a antecipação da tutela concedida às fls. 123/125-v°, determinando, por conseguinte, que o autor arque com as custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 2.800,00 (Dois mil e oitocentos reais), nos termos do artigo 20,§4°, do Código de Processo Civil.

Passo à apreciação das razões recursais deduzidas pelo apelante para a reforma da r. sentença, ora combatida.

O cerne da controvérsia trazida à apreciação reside na possibilidade ou não do Estado de Mato Grosso do Sul, ora apelado, por meio do Decreto Estadual n° 13.162/2011, exigir o pagamento da diferença de alíquota do ICMS, no caso das vendas de mercadorias por intermédio de representante comercial de empresa sediada em outro Estado, como é o caso da apelante.

Pois bem, como cabido, após o resultado do consenso mantido pela maioria dos Estados da Federação, que culminou na formalização do Protocolo ICMS nº. 21, de 1º de abril de 2011, no Rio de Janeiro/RJ, abrangendo Acre, Alagoas, Amapá, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte, Roraima, Rondônia e Sergipe e o Distrito Federal, foi editado o Decreto Estadual nº. 13.162/2011.

Inobstante o Protocolo n.º 21 do ICMS/CONFAZ não tenha sido feito pela unanimidade dos representantes, tal circunstância não é capaz de invalidar a decisão do Conselho, porquanto a unanimidade dos representantes presentes somente se faz necessária quando a matéria tributária versar sobre concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais.

Ressalta-se que a deliberação do Conselho do CONFAZ foi possível em razão do disposto no inciso III, do artigo 30, do Convênio ICMS 133/97 (Regimento do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ), que prevê decisões do Conselho, por maioria dos representantes presentes, nas demais deliberações.

Desse modo, diante da legalidade do Protocolo n.º 21 do ICMS/CONFAZ, o Estado de Mato Grosso do Sul pode editar o Decreto Estadual n.º 13.162/2011.

Infere-se também que a cláusula terceira do referido protocolo foi mantida na íntegra no Decreto Estadual n.º 13.162/2011, vejamos o seu teor:

> A parcela do ICMS devido a este Estado nas operações de que trata o art. 1º corresponderá ao valor resultante da aplicação da alíquota prevista para as operações internas com a mesma mercadoria ou bem, sobre o valor da operação de aquisição, deduzido do valor equivalente aos seguintes percentuais, aplicados sobre a base de cálculo do ICMS devido na origem:
>
> 7% (sete por cento), para as mercadorias ou bens oriundos das Regiões Sul e Sudeste, exceto do Estado do Espírito Santo;
>
> 12% (doze por cento), para as mercadorias ou bens oriundos das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e do Estado do Espírito Santo.

Daí se vê que, até o advento do Decreto Estadual nº 13.162/2001, publicado em 27.04.2011, os valores pagos a título de ICMS devido na operação interestadual em que o consumidor final adquiria mercadoria ou bem de forma não presencial por meio de internet, telemarketing ou showroom eram revertidos exclusivamente ao Estado da localização do site virtual e, após, como dito alhures, passou a ser em favor da unidade federada de destino da mercadoria ou bem, inclusive, nas operações procedentes de unidades da Federação não signatárias do protocolo.

No caso em específico em que a venda dos produtos (farmacêuticos e médico-hospitalares) é feita através de representante comercial, tenho que tal circunstância não desnatura, de forma alguma, a venda não presencial (venda à distância) pela mera facilidade ou auxílio no momento da compra.

Ora, uma situação é quando o consumidor domiciliado em um Estado dirige-se ele próprio até o outro Estado para aquisição de algum bem ou mercadoria. Nesse caso, sobre a mercadoria incidirá o ICMS segundo a alíquota interna que, nesse caso, não pode ser inferior à alíquota interestadual (Constituição da República, artigo 155, §2º, VI), a não ser que Lei Complementar disponha de outra forma. Outra situação bastante diversa se configura quando o próprio vendedor se desloca de seu Estado para outro, levando mercadoria para vender ao consumidor final.

Evidente que, quando o devedor contribuinte do ICMS, sediado em um Estado, leva bens ou mercadorias para outro Estado e então o vende a consumidor, deverá recolher, no Estado de origem o ICMS pela alíquota interna de operação interestadual e, no Estado de destino, a diferença entre a alíquota interna e a interestadual que a este cabe.

Nesse compasso, tendo em conta que, como afirma a apelante, a venda da mercadoria se efetiva por meio de seus distribuidores localizados neste Estado, é inegável a ocorrência da circulação da mercadoria ainda como propriedade da vendedora, até a entrega ao comprador, mormente considerando que, de acordo com o disposto no art. 1.267, *caput*, do Código Civil, *"[a] propriedade das coisas* [móveis] *não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição"*.

A propósito desse externado entendimento, vale trazer à colação parte do voto da lavra do Desembargador Luiz Carlos Santini, quando da apreciação Agravo Regimental em Pedido de Suspensão de Liminar n° 2011.027005-8/0001-00, julgado em 05.10.2011, pelo Órgão Especial desta Colenda Corte de Justiça, *verbis:*

> No tocante a venda por representante comercial, verifica-se que expediente e tratamento semelhante é ofertado pelas empresas Magazine Luiza S/A e B2W – Companhia Global do Varejo S/A, ou seja, embora possuam empresas constituídas nesta unidade da federação possibilitam a venda de seus produtos através de suas lojas e funcionários, o que de nenhuma forma descaracteriza a venda não presencial, pois este estande ou atendente não elide a configuração de venda à distância, pela mera facilidade ou auxílio no momento da compra.
>
> Igualmente, verifica-se no caso em tela que as aquisições dos produtos através de representante permanecem sendo efetuadas em outros Estados e, consequentemente, beneficiam unicamente a arrecadação do ICMS daqueles entes, vez que não há o devido recolhimento do tributo quando da sua entrada neste estado, pois a nota fiscal é emitida no Estado de origem do produto, caracterizando operações de aquisição, em outras unidades da Federação, de mercadoria ou bem por consumidor final.

Convém salientar que a arrecadação do ICMS com fulcro no Decreto Estadual n° 13.162/2011 não inova o ordenamento jurídico, pois está em conformidade com o disposto no artigo 155, VII, "a" da Constituição Federal de 1988 e artigos 4.º, 11 e 13 da Lei Complementar 87/96 e, sendo a alíquota de caráter interestadual, há apenas um recolhimento com divisão do imposto entre os Estados envolvidos na operação, não havendo falar em bitributação.

Em assim sendo, é devido o recolhimento do tributo em tela pela apelante, qual seja, o ICMS, cuja exigência tem fundamento no Decreto Estadual n° 13.162/2011.

A respeito do tema, em diversas oportunidades, assim se manifestou este Sodalício, *verbis:*

> EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINAR DE CARÊNCIA DA AÇÃO POR IMPOSSIBILIDADE DE IMPETRAÇÃO CONTRA LEI EM TESE – AFASTADA – DECRETO ESTADUAL COM EFEITO CONCRETO – AQUISIÇÃO DE PRODUTOS DE MODO NÃO PRESENCIAL – CONSUMIDOR FINAL – ICMS –

INCIDÊNCIA DE ALÍQUOTA INTERESTADUAL – APREENSÃO DE MERCADORIA – IMPOSSIBILIDADE – SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA.

[...]

A arrecadação do ICMS com base no Decreto Estadual 13.162/2011 não inova o ordenamento jurídico, pois em conformidade com a Constituição Federal.[...]. (Mandado de Segurança n° 2012.007739-0/0000-00. Terceira Seção Cível. Relator: Des. Julizar Barbosa Trindade. Julgado em 18.06.2012. Publicado em 22.06.2012)

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL – MANDADO DE SEGURANÇA – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE INDEFERIU A PRETENSÃO RECURSAL DEDUZIDA – DECISÃO INTERLOCUTÓRIA MANTIDA – TUTELA INDEFERIDA – AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS POR MEIO DE INTERNET/SHOWROOM E TELEMARKETING – OPERAÇÕES INTERESTADUAIS – ICMS – CONSUMIDOR FINAL NÃO CONTRIBUINTE DO IMPOSTO – INCIDÊNCIA DA ALÍQUOTA INTERESTADUAL – REDISCUSSÃO DA MATÉRIA – RECURSO NÃO PROVIDO.

A deliberação do Conselho do CONFAZ foi possível em razão do disposto no inciso III, do artigo 30, do Convênio ICMS 133/97 (Regimento do Conselho Nacional de Política Fazendária – CONFAZ), que prevê decisões do Conselho, por maioria dos representantes presentes, nas demais deliberações.

A arrecadação do ICMS com fulcro no Decreto Estadual n.º 13.162/2011 não inova o ordenamento jurídico, pois está conformidade com o disposto no artigo 155, VII, "a" da Constituição Federal de 1988 e artigos 4.º, 11 e 13 da Lei Complementar n.º 87/96.

Mantém-se a decisão monocrática proferida em agravo de instrumento, se não demonstrado fato novo que pudesse ensejar a modificação do entendimento externado no decisum guerreado.

Recurso conhecido e não provido." (Agravo Regimental em Mandado de Segurança n° 2012.001452-5/0001-00. Relator: Des. Vladimir Abreu da Silva. Julgado em 27.02.2012).

MANDADO DE SEGURANÇA – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA CONTRA LEI EM TESE – DECRETO ESTADUAL COM EFEITO CONCRETO – PRELIMINAR REJEITADA – AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS POR MEIO DE INTERNET/ SHOWROOM E TELEMARKETING – OPERAÇÕES INTERESTADUAIS – ICMS – CONSUMIDOR FINAL NÃO CONTRIBUINTE DO IMPOSTO – INCIDÊNCIA DA ALÍQUOTAINTERESTADUAL–MERCADORIASAPREENDIDAS–CONTRIBUINTE INADIMPLENTE COM O FISCO – LIBERAÇÃO DA MERCADORIA MEDIANTE PAGAMENTO – ATO ILEGAL – SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA.

[...]

A arrecadação do ICMS com fulcro no Decreto Estadual n.º 13.162/2011 não inova o ordenamento jurídico, pois está conformidade com o disposto no artigo 155, VII, "a" da Constituição Federal de 1988 e artigos 4º, 11 e 13 da Lei Complementar n.º 87/96. [...]. (Mandado de Segurança n° 2011.016340-9/0000-00. Terceira Seção. Relator: Des. João Maria Lós. Julgado em 16.2.2012).

MANDADO DE SEGURANÇA – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA CONTRA LEI EM TESE – DECRETO ESTADUAL COM EFEITO CONCRETO – PRELIMINAR REJEITADA – AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS POR MEIO DE INTERNET/ SHOWROOM E TELEMARKETING – OPERAÇÕES INTERESTADUAIS – ICMS –

> CONSUMIDOR FINAL NÃO CONTRIBUINTE DO IMPOSTO – INCIDÊNCIA DA ALÍQUOTAINTERESTADUAL–MERCADORIASAPREENDIDAS–CONTRIBUINTE INADIMPLENTE COM O FISCO – LIBERAÇÃO DA MERCADORIA MEDIANTE PAGAMENTO – ATO ILEGAL – SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA.
>
> É admissível a interposição do writ contra Decreto Estadual com efeito concreto e com operatividade imediata.
>
> A arrecadação do ICMS com fulcro no Decreto Estadual n.º 13.162/2011 não inova o ordenamento jurídico, pois está conformidade com o disposto no artigo 155, VII, "a" da Constituição Federal de 1988 e artigos 4.º, 11 e 13 da Lei Complementar n.º 87/96.
>
> Consoante entendimento pacificado do STF, é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercível para pagamento de tributos. (Mandado de Segurança n° 2011.012530-6. 3ª Seção Cível. Relator: Des. Rubens Bergonzi Bossay. Julgado em 19.09.2011).

Por fim, com relação à liberação das mercadorias apreendidas, pedido feito em sede de tutela antecipada, entendo que nesta parte assiste razão à apelante.

A imposição aos consumidores de privar-lhes de seus pertences pode, em algumas vezes, implicar na obstrução da entrega de bens de primeira necessidade como é o caso dos soros e extensores para administração de medicação e soluções parentais, produtos comercializados pela apelante, voltados para área da saúde, bem como acarretar a dificuldades ao funcionamento dos consumidores finais do bem.

Importa destacar que a apreensão no molde observado de forma alguma se coaduna com o intuito da lei, vez que não poderá servir de meio coercitivo para pagamento do tributo, propiciando em casos extremos o recolhimento do imposto, devendo o material retido em razão do não pagamento permanecer tão somente o tempo necessário para que a Receita Estadual lavre os autos de infração a fim de que proceda a cobrança do tributo pelas vias ordinárias.

Aliás, dispõe o artigo 150, do Decreto Estadual nº 9.3203/1998, que até o término dos prazos referidos no art. 148 deste mesmo normativo, os bens, as mercadorias ou os documentos devem ser liberados e devolvidos ao detentor, possuidor, transportador, titular ou responsável, assim que: constatado, pela autoridade autuante, apreensora ou julgadora, que a devolução não prejudica a prova da infração, principalmente se o material apreendido for documental (inciso IV); ou após a lavratura do Auto de Infração por iniciativa do Fisco (inciso V).

Acerca do tema, colacionam-se julgados do Supremo Tribunal Federal:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ICMS. ALÍQUOTAS DIFERENCIADAS. MERCADORIAS ADQUIRIDAS POR CONSTRUTORA PARA EMPREGO EM OBRA. IMPROPRIEDADE DA COBRANÇA DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA. APREENSÃO DE MERCADORIAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 323 DO STF. [...] 2. É inadmissível a apreensão de mercadorias com o propósito de coagir o contribuinte ao pagamento de tributos (Súmula n. 323 do Supremo Tribunal Federal). Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 397079. Segunda Turma. Relator: Min. Eros Grau. Julgado em 24.06.2008. Publicado em 14.08. 2008)
>
> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ICMS. REGIME ESPECIAL. RESTRIÇÕES DE CARÁTER PUNITIVO. LIBERDADE DE TRABALHO. Inadmissível a apreensão de mercadorias com o propósito de coagir o contribuinte ao pagamento de tributos, em face da incidência do enunciado da Súmula

> n. 323 do Supremo Tribunal Federal. Violação da garantia constitucional da liberdade de trabalho. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI 639040 AgR. Segunda Turma. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 12.06.2007. Publicado em 29.06.2007)

Em assim sendo, devem ser liberadas as mercadorias apreendidas e objeto das notas fiscais descritas neste feito.

Diante dessas razões, conheço desta apelação cível e dou-lhe parcial provimento tão apenas para determinar a liberação das mercadorias apreendidas e objeto das notas fiscais constantes destes autos, permanecendo, no mais, a r. sentença ora atacada.

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. Paulo Alfeu Puccinelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Paulo Alfeu Puccinelli, Tânia Garcia de Freitas Borges e Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 10 de julho de 2012.

***

Terceira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.015694-0 - Dourados
Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – SEGURO DE VIDA – CIRURGIA – COMPLICAÇÕES DECORRENTES – MORTE ACIDENTAL – NÃO CARACTERIZADA – INDENIZAÇÃO LIMITADA AOS RISCOS PREDETERMINADOS – INTELIGÊNCIA DO ART. 757 CC – RECURSO IMPROVIDO.

Acidente pessoal ou morte acidental é aquela que decorre de evento súbito, com data caracterizada, exclusivo e diretamente externo, involuntário e violento.

Para fins securitários, as complicações cirúrgicas como a infecção generalizada por septicemia, a qual todos os pacientes hospitalares estão suscetíveis de contrair, não são consideradas como morte acidental.

A seguradora não está obrigação a indenizar o segurado sobre os riscos excluídos na apólice, consoante o disposto no artigo 757 do CC.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 26 de junho de 2012.

Des. Rubens Bergonzi Bossay – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay

Jeselaine Gonçalves de Oliveira Ferreira inconformada com a sentença prolatada nos autos da Ação de cobrança de Seguros que move em face de Bradesco Vida e Previdencia S/A, interpõe o presente recurso, objetivando sua reforma.

Na sentença, o pedido foi julgado improcedente, ao fundamento de que não houve morte acidental do segurado a ensejar o pagamento do seguro, conforme fora contratado.

A apelante alega, de início, ser abusiva a cláusula que estabelece prazo de carência de 02 anos em contratações de seguro de vida, sendo portanto inaceitável ao crivo do CDC o referido prazo.

Segue alegando que a morte do segurado por choque séptico trata-se de morte acidental e não de morte natural, fazendo jus portanto ao recebimento do seguro.

Pugna pelo provimento do recurso.

Em apresentação de contrarrazões, a apelada pugna pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Relator)

Jeselaine Gonçalves de Oliveira Ferreira inconformada com a sentença prolatada nos autos da Ação de cobrança de Seguros que move em face de Bradesco Vida e Previdencia S/A, interpõe o presente recurso, objetivando sua reforma.

Na sentença, o pedido foi julgado improcedente, ao fundamento de que não houve morte acidental do segurado a ensejar o pagamento do seguro, conforme fora contratado.

A apelante alega, de início, ser abusiva a cláusula que estabelece prazo de carência de 02 anos em contratações de seguro de vida, sendo portanto inaceitável ao crivo do CDC o referido prazo.

Segue alegando que a morte do segurado por choque séptico trata-se de morte acidental e não de morte natural, fazendo jus portanto ao recebimento do seguro.

Pugna pelo provimento do recurso.

Inicialmente não conheço do recurso no tocante à validade da cláusula que estabelece o prazo de carência de 02 anos para pagamento do seguro em caso de morte natural, sob pena de inovação da lide.

Isto porque, compulsando os autos, não se verifica da inicial (F. 02/08 TJMS), qualquer requerimento da autora em relação à validade das cláusulas contratuais do seguro de vida em apreço, tendo limitado-se, tão-somente, a alegar que não deve ser respeitado o prazo de carência de 02 anos estipulado no contrato, por se tratar de morte acidental do segurado, cuja hipótese não exige o referido prazo de carência.

Tanto é verdade que, na própria sentença, o magistrado ressaltou que:

> [...] a autora portanto não questiona a validade das cláusulas contratuais do Plano de Pecúlio ao qual aderiu seu falecido esposo Marcelo Correa Ferreira, pois sua única insurgência é em face da decisão da ré, que negou o pagamento da indenização, ao argumento de que a morte de Marcelo não se deu por acidente, mas por morte natural. (F. 178 TJMS)

E mais, faz constar ainda:

> Em referida petição a autora tenta alterar a causa de pedir, ao alegar a abusividade da cláusula que estabelece o prazo de 02 anos de carência, para morte não acidental, o que é vedado pelo art. 264 do CPC, por ofender o princípio da ampla defesa e contraditório. (F. 181 TJMS)

Logo, não conheço do recurso no tocante à validade da cláusula que prevê prazo de carência.

Passo, portanto, à análise do recurso no que tange à natureza da morte do segurado, para fins de recebimento do valor do seguro.

O cerne da questão cinge-se unicamente em saber, se a causa morte de uma pessoa em decorrência de infecção generalizada, oriunda de uma intervenção cirúrgica, caracteriza-se como morte natural ou morte acidental.

De início, cumpre salientar que a seguradora não está obrigada a indenizar riscos previamente excluídos da contratação, devendo portanto serem obedecidos os limites das garantias mencionadas na apólice.

Prescreve o *caput* do artigo 757, Código Civil de 2002:

> Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, **contra riscos predeterminados.** (grifo nosso)

Ademais, o art. 760 do mesmo diploma legal estabelece:

> Art. 760. A apólice ou o bilhete de seguro serão nominativos, à ordem ou ao portador, e mencionarão os riscos assumidos, o início e o fim de sua validade, o limite da garantia e o prêmio devido, e, quando for o caso, o nome do segurado e o do beneficiário.

Do acima disposto, tem-se que a seguradora somente tem o dever de indenizar nos casos em que ocorram os riscos previamente contratados e nos limites das garantias mencionadas na apólice.

Note-se que restou consignado na apólice, os riscos excluídos, particularizando-os, de modo a evitar qualquer dúvida na interpretação da cobertura securitária.

Assim, cabe uma análise do que restou previamente excluído da contratação.

O contrato de seguro firmado entre as partes, com início de vigência em 27/03/2007, prevê em seu Regulamento, prazo de carência de 02 anos para pagamento do seguro, nos casos de morte considerada não acidental.

Senão vejamos:

> Prazo de carência
>
> A cobertura do benefício por morte do participante (Pecúlio aos beneficiários) tem início a partir da implantação da Proposta de inscrição, em caso de morte acidental. Nos demais casos, haverá carência de 24 meses a partir do pagamento da primeira contribuição mensal." (F 15 TJMS)

Tem-se, portanto, que em se tratando de morte não acidental, apenas em 27/03/2009, passaria a ser devido o recebimento do seguro de vida em caso de morte do segurado.

Conforme se verifica da inicial e dos documentos acostados nos autos, o segurado realizou uma cirurgia na vesícula biliar em 14/07/2007, e devido a complicações decorrentes da "migração da prótese", que o levou a ser novamente submetido à procedimento cirúrgico, desenvolveu um quadro infeccioso que culminou em choque séptico que o levou à óbito em 10/09/2007.

Da certidão de óbito acostado às F. 12 TJMS, verifica-se como *causa mortis*: *"choque séptico/ endogênico – sepsis - distúrbio de coagulação – hepatopatia não definida (neoplasia)."*

Enquanto a requerente defende seu direito ao argumento de que a causa da morte de seu marido seria acidental, a seguradora refuta tal alegação, afirmando tratar-se de morte não acidental, fazendo jus ao recebimento do seguro.

Tenho que decidiu com acerto o magistrado singular ao desconsiderar a morte do marido da apelante como acidental.

Compulsando os autos, vê-se que não há dúvidas que a vítima morreu em razão de choque séptico, provocado por quadro infeccioso, adquirido no processo de recuperação de cirurgia de vesícula biliar.

Não se pode atribuir ao quadro infeccioso adquirido no processo de cirurgia da vítima natureza acidental.

Como bem observado na sentença:

> A cirurgia de vesícula biliar foi o fato desencadeador do quadro clínico que levou Marcelo à morte, de maneira que não se está diante de acidente, conforme definido no Regulamento, como evento com data caracterizada, exclusivo e diretamente externo, súbito, involuntário, violento, causador de lesão física.
>
> [...]
>
> Por outro lado, poder-se-ia caracterizar como morte acidental, se o problema de vesícula biliar do segurado tivesse sido desencadeado por algum evento considerado como acidente.
>
> Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:
>
> SEGURO DE VIDA. CAUSA MORTIS. INFARTO AGUDO DO MIOCÁRDIO. AGRESSÕES SOFRIDAS PELO SEGURADO. MORTE ACIDENTAL. QUALIFICAÇÃO DOS FATOS.
>
> - Se a morte resultou do esforço físico do segurado para se defender de uma agressão, ainda que na certidão de óbito conste "enfarto agudo do miocárdio", não há como se qualificar tal sinistro como "morte natural".
>
> - É acidental a morte resultante de entrevero que acirrou deficiência orgânica apresentada pela vítima. (REsp 782.684/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/02/2008, DJe 13/03/2008).
>
> Entretanto, conforme já salientado, não houve nenhum acidente como fator desencadeante do problema de vesícula, de sorte que, caracteriza-se como natural a morte do segurado, impondo-se a improcedência do pedido."
>
> Não há dúvida portanto que a infecção generalizada por septicemia, é considerada complicação cirúrgica a qual todos os pacientes hospitalares estão suscetíveis de contrair, não se tratando portanto de morte acidental como defendeu a autora.

Neste sentido:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – SEGURO DE VIDA – COMPLEMENTAÇÃO SECURITÁRIA – CIRURGIA DE GASTROPLASTIA "REDUÇÃO DO ESTÔMAGO" – COMPLICAÇÕES DECORRENTES DA CIRURGIA – MORTE ACIDENTAL – NÃO CARACTERIZADA – INDENIZAÇÃO LIMITADA AOS RISCOS PREDETERMINADOS – INTELIGÊNCIA DO ART. 757 CC – RECURSO PROVIDO.
>
> Somente para fins securitários, considera-se como morte natural, as complicações pós-operatórias decorrente de infecção generalizada, oriunda de cirurgia de gastroplastia "cirurgia de redução do estômago".
>
> Acidente pessoal ou morte acidental é aquela que decorre de evento súbito, com data caracterizada, exclusivo e diretamente externo, involuntário e violento.
>
> Descabe ao segurador a obrigação de indenizar o segurado sobre os riscos excluídos na apólice, consoante o disposto no artigo 757 do CC.

> Indevida, pois, a complementação do seguro para a cobertura da modalidade morte acidental. (TJMS; AC 2009.025186-2/; Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran; 20/10/2009)
>
> EMBARGOS À AÇÃO MONITÓRIA – PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA – ACIDENTE PESSOAL NÃO CARACTERIZADO – DESCABIMENTO DA INDENIZAÇÃO POR NÃO IMPLEMENTAÇÃO DO PRAZO DE CARÊNCIA DO SEGURO PARA MORTE NATURAL – NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.
>
> Não configura morte acidental aquela decorrente de complicações cirúrgicas, no caso, de cirurgia de redução de estômago.
>
> Não havendo abusividade na cláusula que prevê prazo de carência para mortes não acidentais, correta a negativa de pagamento do benefício ou pecúlio. (TJMS; 2010.030113-0; Relator - Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins; 03/03/2011)

Logo, como na data do falecimento do segurado, havia apenas 09 meses de contribuição, vê-se que não foi respeitado o prazo de carência de 02 anos previamente estabelecido, não havendo falar em obrigação da seguradora ao pagamento do prêmio.

Ante o exposto, conheço do recurso mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

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

Campo Grande, 26 de junho de 2012.

***

Terceira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.017250-4 - Campo Grande
Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PESSOA JURÍDICA – MATÉRIA JORNALÍSTICA – INFORMAÇÃO SOBRE A ORIGEM DOS FATOS OCORRIDOS EM DATA PRETÉRITA – AUSENTE – OCORRÊNCIA DO DANO MORAL – RECURSO IMPROVIDO.

O constrangimento e o abalo sofridos, decorrentes de uma matéria jornalística veiculada sem a informação de que os fatos narrados teriam ocorrido em data pretérita, de acordo com o processo administrativo informado pelo Diário Oficial, constitue causa eficiente que gera direito à indenização por danos morais.

A honra objetiva da pessoa jurídica refere-se à sua imagem perante terceiros, uma vez que o fato de ter publicado matéria jornalística sem todos os dados necessários para informar que o fato narrado teria ocorrido em data pretérita, é suficiente a macular a imagem da pessoa jurídica por afetar o seu bom nome no comércio em que atua.

Para a fixação do *quantum* da indenização pelo dano moral causado, o julgador deve aproximar-se criteriosamente do necessário a compensar a vítima pelo abalo sofrido e do valor adequado ao desestímulo da conduta ilícita, atento sempre ao princípio da razoabilidade.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 26 de junho de 2012.

Des. Rubens Bergonzi Bossay – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay

Campo Grande Notícias Ltda, inconformada com a sentença prolatada pelo Juiz da 9ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação de Indenização Por Danos Morais que lhe move Indian Bady Piercyng, interpõe apelação cível objetivando a reforma da sentença que assim dispôs: "julgou parcialmente procedentes os pedidos, reconhecendo a veiculação de conteúdo danoso à reputação da requerente, expondo a empresa a constrangimento, havendo nexo de causalidade entre a conduta e o dano provocado e condeno o Requerido Campo Grande Notícias Ltda. a indenizar a requerente Indian Bady Piercing, a título de danos morais no valor que arbitro em 20 (vinte) salários mínimos vigentes neste data, o que corresponde a R$ 10.900,00 (dez mil e novecentos reais). Anoto que os juros de mora incidirão desde o evento danoso e a correção monetária desde o arbitramento, na forma das Súmulas 362 e 54 do STJ." (f. 127)

A apelante alega que a sentença deve ser reformada para afastar a ordem de efetuar pagamento relativo a indenização por dano moral e verba honorária.

A apelante explica ter exposto em sua defesa, que por se tratar de uma empresa jornalística exerce direito de informar (artigo 220 da Constituição Federal), relatando fato o que vem afastar injuria, difamação ou calúnia.

Afirma ser fato que, a empresa apelada deixou de atender normas de saúde pública, conforme noticiado, não sendo uma falácia da apelante.

Alega que, ao veicular matéria jornalística noticiando fato não praticou ato ilícito, eis que este ocorreu nos estritos limites do animus narrandi.

Explica que, a primeira divulgação do fato envolvendo a empresa apelada é oriunda do Poder Executivo Municipal, sendo que a apelante veiculou a notícia em data posterior.

Argumenta que, da atividade jornalística não são exigidas verdades absolutas, provadas previamente em sede de investigações, pois tal exigência colide com a celeridade do tráfego da informação.

Alega que, a matéria jornalística desta ação, trata-se de simples e regular exercício de direito, consubstanciado em crítica jornalística própria de estados democráticos, razão pela qual a apelada deve conformar-se com os dissabores eventualmente experimentados.

Afirma que, no caso vertente não houve publicação de fato, o que afasta culpa da apelante, pois presente o *animus narrandi*, o que leva a concluir a inaplicabilidade dos artigos 186 e 927 do Código Civil.

Esclarece que, a notícia divulgada não teve caráter sensacionalista ou ofensivo, mas somente a intenção de noticiar os fatos obtidos por meio da Imprensa Oficial – Diário Oficial de Campo Grande, o que não configura ato que venha a provocar abalo moral e a responsabilidade em reparar dano.

Argumenta que, caso não seja reformada a sentença, então o valor arbitrado a título de danos morais deve ser reduzido para quantia não superior a R$ 3.000,00, pois não foi atendido o princípio da razoabilidade, eis que a reparação deve ser proporcional à condição social da vítima.

Ao final requer o provimento do recurso ou a redução do valor arbitrado para R$ 3.000,00 (três mil reais), por atender ao princípio da razoabilidade e moderação, conforme disposto nos artigos 944 e 945 do Código Civil.

Em contrarrazões, o apelado manifesta-se pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Campo Grande Notícias Ltda, por não se conformar com a sentença prolatada pelo Juiz da 9ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação de Indenização Por Danos Morais que lhe move Indian Bady Piercyng, objetivando a reforma da sentença que assim dispôs: *"julgou parcialmente procedentes os pedidos, reconhecendo a veiculação de conteúdo danoso à reputação da requerente, expondo a empresa a constrangimento, havendo nexo de causalidade entre a conduta e o dano provocado e condeno o Requerido Campo Grande Notícias Ltda. a indenizar a requerente Indian Bady Piercing, a título de danos morais no valor que arbitro em 20 (vinte) salários*

mínimos vigentes neste data, o que corresponde a R$ 10.900,00 (dez mil e novecentos reais). Anoto que os juros de mora incidirão desde o evento danoso e a correção monetária desde o arbitramento, na forma das Súmulas 362 e 54 do STJ." (f. 127)

A apelante alega que a sentença deve ser reformada para afastar a ordem de efetuar pagamento relativo a indenização por dano moral e verba honorária.

Esclarece que, a notícia divulgada não teve caráter sensacionalista ou ofensivo, mas somente a intenção de noticiar os fatos obtidos por meio da Imprensa Oficial – Diário Oficial de Campo Grande, o que não configura ato que venha a provocar abalo moral e a responsabilidade em reparar dano.

O recurso não merece provimento.

Ao cotejar os autos, denota-se que a parte apelada ajuizou ação de indenização por danos morais, alegando que a apelante publicou em seu site de notícias (www.campograndenews.com.br), matéria entitulada "Na Capital, de funerária a clínica abrem sem alvará", tendo como fonte edições do Diário Oficial de Campo Grande, que traziam diversas advertências da Vigilância Sanitária.

De acordo com o argumento do autor, denota-se que este alega que os fatos narrados pela apelante, ocorreram no ano de 2006, inclusive sendo objeto de Notificação Preliminar n.º 4004 pelas situações publicadas. No entanto, essas advertências foram feitas, mas o autor foi absolvido do processo administrativo e, considerado regularizado pela Vigilância Sanitária.

Conforme se vê dos autos, a matéria veiculada pela apelante em 04 de abril de 2009, cita como fonte as Edições do Diário Oficial de Campo Grande. (f. 80)

Sucede, contudo, que não consta em referida matéria que os fatos descritos são oriundos de processo administrativo instaurado no ano de 2006, conforme se ve do Diário Oficial de Campo Grande – DIOGRAN n.º 2.761, publicado em 02 de abril de 2009. (f. 67)

Embora a matéria publicada pela apelante seja uma síntese das infrações descritas no Diário Oficial, seria necessário, contudo, que a notícia apresentasse adequadamente as informações descritas, assim como a data em que o processo administrativo foi instaurado.

Pois, conforme se vê dos autos, na data em que a matéria foi publicada (04/04/2009), a empresa apelada já estava funcionando de acordo com as exigências feitas pela Secretaria Municipal de Saúde. (f. 25/28)

Aliás, neste sentido foram os fundamentos da sentença:

> Ao analisar a publicação constante do Diário Oficial de Campo Grande (fls. 67), vê-se claramente que se trata do resultado do julgamento de processo que envolve a Requerente. Apesar da publicação sucinta do teor da decisão não fazer alusão expressa a data dos fatos, indica o número do processo como referente ao ano de 2006 (processo n. 40536/2006-70).
>
> Assim, da notícia em comento (fls. 20/21), observa-se que o Requerido não foi fiel a matéria publicada no diário oficial, pois em nenhum momento esclareceu que se tratava do julgamento de processo relativo a fatos ocorridos em ano pretérito.
>
> Observa-se que afoita e inadvertidamente o Requerido publicou extemporânea, sendo que à época da veiculação da matéria jornalística (04/2009) as irregularidades indicadas já haviam sido sanadas, estando a Requerente em regular funcionamento.

> Ademais a alegação de que tais informações foram prestadas pela Secretaria Municipal de Saúde não exime a responsabilidade do Requerido, pois é seu dever diligenciar acerca do fato, certificando-se de suas reais implicações e especialmente a data de sua ocorrência.
>
> [...]
>
> Assim, tenho que o Requerido ultrapassou os limites da mera comunicação e agiu, no mínimo, de forma negligente, uma vez que, ao publicar a matéria, não se ateve a data dos fatos, tampouco esclareceu que se tratava do resultado do julgamento de processo que culminou em pena de advertência, estando as irregularidades sanadas.

É certo que a apelante possui o direito de informar, de acordo com o artigo 220 da Constituição Federal, no entanto, tal circunstância não lhe retira a obrigação de veicular a matéria com a indicação todos os dados fornecidos pela fonte de sua pesquisa.

No caso, conforme já mencionado, a origem da matéria publicada pela apelante foi o Diário Oficial de Campo Grande, no entanto, nesta publicação denota-se que infração cometida pela apelada é oriunda de processo administrativo originário em 2006.

Deste modo, caberia à apelante, ao publicar a matéria, informar que a infração foi cometida em 2006 e, de acordo com o disposto no Diário Oficial, a penalidade imposta foi advertência.

Assim, vê-se que a apelante ao publicar a matéria sem, contudo, informar que o fato relatado tratava-se de evento pretérito, acabou por acarretar dano à apelada.

Aliás, assim dispõe o artigo 186 do Código Civil:

> Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

O dano moral da pessoa jurídica é devido quando o agente por ação ou omissão causa dano a bens não patrimoniais, que agregam valor à instituição, tais como reputação, confiança, credibilidade e outras derivadas da tradição, qualidade dos produtos, eficiência organizacional, etc.

Assim, compete a apelante indenizar a apelada pelos danos sofridos em decorrência da publicação incorreta.

Cumpre esclarecer que a honra objetiva da apelada, por ser pessoa jurídica, refere-se à sua imagem perante terceiros, uma vez que o fato de ter publicado uma matéria sem mencionar que os fatos descritos estavam informados em processo administrativo pretérito, é suficiente a macular a imagem da autora por afetar o seu bom nome no comércio em que atua.

A propósito, confiram-se os julgados abaixo:

> CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - RESPONSABILIDADE CIVIL - PESSOA JURÍDICA - DANO MORAL.
>
> I - A honra objetiva da pessoa jurídica pode ser ofendida pelo protesto indevido de título cambial. Cabível a ação de indenização, por dano moral, sofrido por pessoa jurídica, visto que a proteção dos atributos morais da personalidade não está reservada somente às pessoas físicas (REsp nº 60.033-2-MG-DJ de 27.11.95). II- Recurso conhecido e provido. (Resp. 147702/MA. Rel. Min. Eduardo Ribeiro. Relator P/Acórdão Min. Waldemar Zveiter. 3ª Turma. J: 21.11.1997).

INDENIZAÇÃO. PROTESTO INDEVIDO. DUPLICATA PAGA. INSCRIÇÃO SERASA. DANOS MORAIS. PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE. QUANTUM INDENIZATÓRIO EXAGERADO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. INTERVENÇÃO DO STJ. REDUÇÃO PARA PATAMAR RAZOÁVEL.

- Pessoa jurídica pode sofrer dano moral (Súmula 227).

- Protesto indevido com inscrição em cadastro negativo, justifica a condenação por dano moral.

- A revisão do ressarcimento fixado para danos morais, em recurso especial é possível quando a condenação maltrata a razoabilidade e o Art. 159 do Código Beviláqua.

- A indenização por dano moral deve ser graduada de modo a coibir a reincidência e obviar o enriquecimento da vítima.

- É razoável a condenação em 50 (cinqüenta) salários mínimos por indenização decorrente de inscrição indevida no SPC, SERASA e afins. (Resp. 295130/SP. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. 3ª Turma. J: 22.2.2005).

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. PROTESTO INDEVIDO DE DUPLICATA PAGA NO VENCIMENTO. PESSOA JURÍDICA. BANCO ENDOSSATÁRIO. ENDOSSO-MANDATO. CIÊNCIA DO PAGAMENTO. LEGITIMIDADE PASSIVA. PROVA DO DANO. PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 42 DO CDC. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA.

[...].

2. O protesto de título já quitado acarreta prejuízo à reputação da pessoa jurídica, sendo presumível o dano extrapatrimonial que resulta deste ato. Consoante reiterada jurisprudência desta Corte, "é presumido o dano que sofre a pessoa jurídica no conceito de que goza na praça em virtude de protesto indevido, o que se apura por um juízo de experiência (Cfr. REsp. 487.979/RJ, Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, DJ 08.09.2003). Precedentes.

[...]

5. Recurso não conhecido. (Resp. 662111/RN. Rel. Min. Jorge Scartezzini. 4ª Turma. J: 21.9.2004).

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDENIZAÇÃO. INSCRIÇÃO INDEVIDA. CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DANOS MORAIS. PESSOA JURÍDICA. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DOS PREJUÍZOS. VALOR. RAZOABILIDADE. MANUTENÇÃO.

1 - A indevida inscrição do nome de pessoa jurídica em cadastros de inadimplentes gera o direito à indenização por danos morais, sendo desnecessária a comprovação dos prejuízos suportados, pois são óbvios os efeitos nocivos da negativação.

[...] (STJ. AgRg no Ag 951736/DF. Rel. Min. Fernando Gonçalves. Quarta Turma. J: 18.12.2007).

Por sua vez, quanto ao *quantum* indenizatório, verifica-se que não merece reparos a sentença, porquanto está evidente que o valor de R$ 10.900,00 foi fixado dentro dos parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade.

Não se pode olvidar que a indenização, neste caso, deve servir de punição à apelante, para que reanalise melhor a sua conduta e evite que atos deste porte voltem a ocorrer, bem como servir de compensação aos prejuízos que a apelada tenha suportado.

Além disso, a fixação deve atender às condições socioeconômicas das partes, para evitar com isso o enriquecimento ilícito de uma das partes.

No caso em tela, levando-se em consideração a situação fática apresentada nos autos, a condição socioeconômica das partes, o *quantum* indenizatório deve ser mantido em R$ 10.900,00 (dez mil e novecentos reais).

Pelo exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Rubens Bergonzi Bossay, Fernando Mauro Moreira Marinho e Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 26 de junho de 2012.

***

Terceira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.019291-5 - Campo Grande
Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ENCERRAMENTO DE CONTA CORRENTE – INATIVIDADE POR PERÍODO PREVISTO NO CONTRATO – ENCERRAMENTO AUTOMÁTICO – TARIFA DE MANUTENÇÃO – DÉBITO EXISTENTE – INADIMPLÊNCIA – INSCRIÇÃO NOS CADASTROS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO – DANO MORAL NÃO CONFIGURADO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Em havendo cláusula expressa no tocante ao encerramento da conta-corrente por ausência de movimentação por 180 dias, não há falar em necessidade de requerimento por escrito do titular.

Independentemente do valor pelo qual o devedor foi incluído nos cadastros de restrição ao crédito, diante de sua inadimplência, torna-se legítima sua inscrição.

Diante da regularidade da inscrição, não há falar em configuração do dano moral a ser indenizado.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 24 de julho de 2012.

Des. Rubens Bergonzi Bossay – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay

Tânia Mara do Carmo Ribeiro inconformada com a sentença prolatada nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais que move em face do Banco do Brasil S/A, interpõe o presente recurso, objetivando sua reforma.

Na sentença o pedido foi julgado improcedente, ao fundamento de que o cancelamento da conta corrente depende de quitação da dívida e de requerimento por escrito, bem como não há falar em dano moral a ser indenizado quando a inscrição no rol de inadimplentes não é considerada indevida.

A apelante alega, em síntese, que mesmo não tendo movimentado por 180 dias a conta corrente, o banco descumpriu o disposto no item 29 do contrato que reza sobre o cancelamento automático da conta nestes casos.

Salienta que mesmo tendo procurado o réu para pagar seu débito, este se recusou a receber o valor.

Pugna pelo provimento do recurso, a fim de que seja reformada a sentença para julgar procedente os pedidos formulados na exordial para determinar o encerramento da conta corrente de sua titularidade, a exclusão de seu nome do rol de inadimplentes, e a indenização por danos morais.

Em apresentação de contrarrazões, o apelado pugna pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Relator)

Tânia Mara do Carmo Ribeiro inconformada com a sentença prolatada nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais que move em face do Banco do Brasil S/A, interpõe o presente recurso, objetivando sua reforma.

Na sentença o pedido foi julgado improcedente, ao fundamento de que o cancelamento da conta corrente depende de quitação da dívida e de requerimento por escrito, bem como não há falar em dano moral a ser indenizado quando a inscrição no rol de inadimplentes não é considerada indevida.

A apelante alega, em síntese, que mesmo não tendo movimentado por 180 dias a conta corrente, o banco descumpriu o disposto no item 29 do contrato que reza sobre o cancelamento automático da conta nestes casos.

Salienta que mesmo tendo procurado o réu para pagar seu débito, este se recusou a receber o valor.

Pugna pelo provimento do recurso, a fim de que seja reformada a sentença para julgar procedente os pedidos formulados na exordial para determinar o encerramento da conta corrente de sua titularidade, a exclusão de seu nome do rol de inadimplentes, e a indenização por danos morais.

Inicialmente, mister se faz uma breve síntese dos fatos.

A autora, ora apelante, ingressou com os presentes autos requerendo a nulidade do débito superior a R$ 45,00, a exclusão de seu nome do rol de inadimplentes, e a condenação do banco ao pagamento de indenização por danos morais em razão da inclusão indevida de seu nome nos cadastros de restrição ao crédito.

Para tanto, sustenta que o banco não cumpriu com o disposto no item 29 do contrato no sentido de que em caso de não movimentação da conta por 180 dias, deveria ocorrer o encerramento automático.

Pois bem.

No tocante ao pedido de encerramento da conta corrente, tenho que assiste razão à parte autora.

Isto porque, conforme consta na cláusula 29º do contrato:

> 29: A conta corrente não movimentada pelo correntista no período de 180 dias será considerada inativa, estando sujeita à cobrança de tarifa de manutenção de conta inativa e consequente encerramento.

Tendo em vista que restou incontroversa nos autos a ausência de movimentação na conta corrente de titularidade da autora, tenho que lhe assiste razão no tocante ao pedido de encerramento da conta corrente.

Em havendo cláusula expressa no tocante ao encerramento da conta por ausência de movimentação por 180 dias, não há falar em necessidade de requerimento por escrito.

Em caso semelhante, o Des. Rêmolo Letteriello assim consignou:

> Nesse contexto, pouco importa, a prova de que tenha havido ou não pedido de cancelamento da conta corrente. A ausência de movimentação por longo tempo e de forma continuada é suficiente para demonstrar a intenção do consumidor. E a omissão do apelado chega a ser abusiva. Porque só ele se beneficiaria com a prática. (TJMS; Apelação Cível - Ordinário - N. 2008.015446-2; Relator - Exmo. Sr. Des. Rêmolo Letteriello; 09/09/2008)

Logo, merece reforma a sentença nesta parte, para determinar o encerramento da conta corrente nº 20.058-9 de titularidade da autora, descrita na inicial.

No tocante ao pedido de declaração de inexistência do débito acima de R$ 45,00, o magistrado consignou que *"se a requerente concorda com o pagamento dos 180 dias de manutenção da conta o valor devido seria de R$ 90,00 e não de R$ 45,00 como pretende."*

Isto porque, a taxa mensal de manutenção prevista é de R$ 15,00, o que em 6 meses (180 dias), totalizaria, no mínimo, uma quantia de R$ 90,00.

Não fosse isto, vê-se que o valor pelo qual a autora foi inscrita no rol de inadimplentes é de R$ 867,11, sobre o qual, à toda evidência, devem estar incluídos outros encargos contratuais, os quais não foram objeto de insurgência na exordial, e que devem ser discutidos em ação própria.

Logo, fica mantida a sentença de improcedência do pedido de declaração de inexistência do débito.

Igualmente fica mantida a improcedência do pedido de indenização por danos morais.

Isto porque, independentemente do valor pelo qual foi incluída nos cadastros de restrição ao crédito, certo é que a autora encontra-se inadimplente em relação ao débito existente na conta corrente de sua titularidade, o que torna legítima a inscrição.

Como bem sentenciado em primeiro grau *"reconhecida a regularidade do débito lançado na conta corrente da requerente e a inadimplência, a inclusão de seu nome no SPC se mostra legítima."* (F. 113 TJMS)

Diante da regularidade da inscrição, não há falar em configuração do dano moral a ser indenizado.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento apenas para, reformando em parte a sentença, determinar o encerramento da conta corrente de titularidade da autora, descrita na exordial.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. 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, 24 de julho de 2012.

***

Primeira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2011.014633-1 - Brasilândia
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA COM RESERVA DE DOMÍNIO. EXCLUDENTE DO § 3º DO ART. 49 DA LEI N. 11.101/05. JUÍZO COMPETENTE. CÂRENCIA DE AÇÃO. AFASTADA. REIVINDICATÓRIA. REQUISITOS PRESENTES. PROVA DO DOMÍNIO. IDENTIFICAÇÃO DA COISA. POSSE INJUSTA. SENTENÇA REFORMADA. MÉRITO JULGADO SENTENÇA ANULADA. ART. 515, § 3º, DO CPC. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

O § 3º do artigo 49 da Lei n. 11.101/05 prevê expressamente que os créditos nos quais o credor mantém-se como proprietário do bem objeto do negócio não se submetem aos efeitos da recuperação judicial.

A ação reivindicatória não é atraída pelo juízo universal da falência.

Ao proprietário não possuidor é assegurado o direito de reaver a coisa em poder de quem quer a possua ou detenha, por meio da ação reivindicatória, desde que devidamente comprovados os pressupostos necessários para sua propositura, quais sejam, a comprovação do domínio do proprietário, a posse injusta e a individualização do imóvel objeto da demanda.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 6 de junho de 2012.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Cuida-se de apelação cível interposta por Bruna Cardin Hofig Ramos em face da sentença que extinguiu, sem julgamento de mérito, a ação reivindicatória ajuizada contra Energética Brasilândia Ltda.

Assevera a apelante, em apertada síntese, que (I) firmou um acordo judicial que versava sobre créditos devidos em outro processo e sobre a recompra pela apelada de área anteriormente adjudicada pela apelante; (II) 20 dias depois e apenas 4 dias depois da segunda parcela não paga, a apelada apresentou pedido de recuperação judicial; (III) contudo, como a área reivindicada foi objeto de contrato de compra e venda, com reserva de domínio, ou de promessa de compra e venda, a mesma não está sujeita aos efeitos do plano de recuperação judicial da apelada; (IV) portanto, não houve novação com o deferimento da

recuperação judicial da apelada; (V) apenas a parte do acordo que versa sobre saldos remanescentes do outro processo é que se submete ao plano de recuperação judicial e, registra, nestes autos não se discute valores, mas somente a devolução da área que, ante a mora contratual, é de sua prioridade; (VI) assim, os autos não devem ser extintos, mas sim julgados procedentes; e (VII) é flagrante a má-fé da apelada.

Requer, assim, o provimento do recurso "para que seja julgada totalmente procedente a ação reivindicatória, determinando-se a imediata imissão de posse da apelante na área reivindicada, em local a ser dividido mediante laudo expedido por ser medida de inteira justiça com o reconhecimento da natureza de contrato de alienação de bens dos valores mencionados e em razão da mora contratual da ré, cujo Plano de Recuperação não tem o poder de restaurar ou alterar as cláusulas de uma composição judicial feita 20 dias antes do pedido" (f. 411)

Devidamente intimada, a apelada não apresentou contrarrazões ao recurso (f. 408).

VOTO (EM 23.5.2012)

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator)

Cuida-se de apelação cível interposta por Bruna Cardin Hofig Ramos contra sentença que extinguiu, sem resolução de mérito, a ação reivindicatória ajuizada em desfavor da Energética Brasilândia Ltda.

Para melhor análise da questão posta em julgamento, passo a fazer uma breve digressão fática dos acontecimentos.

Verifico dos autos que a ora apelante, em processos executivos distintos, adjudicou da apelada a área objeto do presente litígio e, em seguida, procedeu o devido registro de propriedade da mesma.

Na qualidade da proprietária do imóvel, a apelante ingressou com a presente ação reivindicatória, na qual foi-lhe deferida liminar de imissão de posse, tendo a requerida, ora apelada, deixado de apresentar contestação (f. 263).

Após o deferimento da liminar, as partes firmaram, em 4 de novembro de 2009, o acordo de f. 161-172, que abrangeu todos os débitos da apelada para com a apelante, bem assim com a *reaquisição* (f. 161) ou *devolução* (f. 171) da áreas adjudicadas, incluindo esta que é objeto dos presentes autos.

No dia 24 de novembro de 2009, a apelada ingressou com pedido de recuperação judicial na Vara de Falências de São José do Rio Preto, tendo o processamento do mesmo sido deferido em 2 de dezembro de 2009.

Em 28 de maio de 2010, o plano de recuperação foi aprovado pela Assembléia Geral de Credores e, em 11 de junho de 2010, deu-se a sua homologação (f. 239-246).

Às f. 184-189, a requerida, ora apelada, requereu a extinção da presente ação, sob o fundamento de ocorrência novação, em razão da aprovação do suprareferido plano de recuperação, pedido este, entretanto, indeferido em um primeiro momento pelo magistrado singular na decisão de f. 261, por entender que a homologação do plano de recuperação não impede o prosseguimento de ação real, bem como pelo fato de que o acordo informado nos autos não produz efeitos em face do seu descumprimento.

Após pedido de reconsideração de f. 269-277, o juiz singular, reconhecendo a ocorrência de novação,[1] em razão da homologação do plano de recuperação, houve por bem extinguir o feito por carência superveniente da ação (f. 336-338).

1 Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

Daí é que foi interposto o presente recurso, sob o argumento de que o acordo contém em si uma parte de reconhecimento de dívida e outra parte de compra de imóvel, sendo que, no entender da ora apelante, a parte referente à compra de imóvel não é atingida pela recuperação judicial.

Feito este breve relato dos autos, passo à apreciação das razões recursais.

O recurso merece provimento.

De início, registro que, de fato, o § 3º do artigo 49 da Lei n. 11.1010/05 prevê expressamente que os créditos nos quais o credor mantém-se como proprietário do bem objeto do negócio não se submetem aos efeitos da recuperação judicial.

Veja-se, a propósito, o teor do referido artigo:

> Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.
>
> [...]
>
> § 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial. (Destaquei)

Assim, como se vê, o ponto nodal do presente recurso é saber se parte do acordo de f. 161-172 configura-se, como alega a apelante e discorda a apelada, como um contrato de compra e venda com reserva de domínio ou trata-se de promessa de compra e venda da área objeto deste litígio.

A meu ver, assiste razão à apelante, pois é nítido que o acordo de f. 161-172 contém um contrato de compra e venda do imóvel com reserva de domínio e, desse modo, atrai a aplicação da excludente do referido § 3º do artigo 49 da Lei n. 11.101/05.

Com efeito, o imóvel em questão, assim como aquele objeto de discussão nos autos em apenso, era – e ainda é – de propriedade esta adquirida através de adjudicação.

No acordo em questão, pactuou-se expressamente que só após o pagamento dos valores ali negociados é que a propriedade seria transferida à apelada, configurando-se, portanto, um compra e venda com reserva de domínio.

Ora, em diversas passagens do acordo é possível verificar que trata-se realmente de uma compra e venda com reserva de domínio. Veja-se:

> (I) Visando única e exclusivamente a tentativa de auxiliar as devedoras em honras com seus compromissos, bem como possibilitar-se a reaquisição das áreas das áreas já adjudicadas [...] (f. 161)
>
> (II) Considerando que a credora, bem como os advogados dela, pela última vez, pretendem receber os valores que lhe são devidos, e em virtude da imissão de posse deferida das áreas adjudicadas, e, ainda em face do presente acordo os devedores se manterem de forma precária na posse dos imóveis; (f. 162).

> (III) As DEVEDORAS das áreas adjudicadas descritas nas matrículas de n. 6.452 e 8.579, objeto das Ações Reivindicatórias de n.º 030.09.005078-9 e n.º 030.09.005077-0, com solidariedade das demais devedoras, concordam com a imissão de posse deferida, reconhecendo agora só tê-la em caráter precário [...] (f. 167)
>
> (V) M- CASO TODAS ESSAS OBSERVAÇÕES E OBRIGAÇÕES SEJAM CUMPRIDAS (TANTO PAGAMENTO QUANTO OBRIGAÇÃO DE FAZER) A CREDORA SE COMPROMENTE A: A) Ao final do cumprimento do acordo devolver as áreas adjudicadas aos DEVEDORES [...] (f. 171)

Como se vê, a propriedade do imóvel em questão permaneceu com a apelante, sendo que tão somente seria repassada à empresa-apelada caso cumprido integralmente o noticiado acordo.

Destarte, é evidente que o acordo em questão contém em si um contrato de compra e venda com reserva de domínio, o que caracteriza a hipótese excludente prevista no já mencionado § 3º do artigo 49 da Lei n. 11.101/05.

Por oportuno, veja-se o que leciona Marcos Andrey, nos comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresa [2] e de Falência, organizada por Newton de Lucca Adalberto Simão Filho:

> **Os § 3º e 4º do artigo 49 apontam expressamente os créditos excluídos**. O primeiro deles refere-se àqueles créditos em que o credor é proprietário do bem objeto do negócio ou oferecido em garantia. Note-se que não corresponde exatamente a todos os créditos com garantia real, eis que esta, na maioria das vezes, é representada por bem que mantém na propriedade do devedor, mas que é onerado para garantir a eventual inadimplência de determinado negócio jurídico.
>
> Em todos os negócios mencionado no § 3º, todavia, os respectivos credores são *proprietários* do bem que os garante, razão pela qual a lei optou por excluí-los da sujeição ao plano sob pena de enfraquecimento da garantia e, consequentemente, do aumento do risco do negócio com inevitável influência nas taxas de juros (*spreads)*

Assim, contrário ao entendimento adotado pela magistrado de piso, não há falar em novação decorrente do plano de recuperação judicial, pois, reitero, a questão versada nestes autos não está abrangida pela referida medida judicial.

Fixada essa premissa, insta salientar que, diferentemente do que afirma a empresa apelada em suas contrarrazões, não há falar em competência do juízo especial.

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, apreciando conflito de competência envolvendo pedido de recuperação judicial e ação de despejo, que em muito se assemelha a presente ação reivindicatória (ação do proprietário contra possuidor precário), já decidiu que:

> AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. O DEFERIMENTO DO PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL NÃO OBSTA O PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO DE DESPEJO (DEMANDA ÍLIQUIDA). DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO[3].

Do inteiro teor do presente supratranscrito, colhe-se o seguinte excerto:

> A primeira questão a ser examinada, para logo, diz respeito a existência real ou não de conflito de competência envolvendo o juízo da recuperação da empresa e o juízo

2 *In* Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências. Quartier Latin. P. 235-236

3 AgRg no CC 103012/GO, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/04/2010, DJe 24/06/2010

> por onde tramita a ação de despejo, máxime no que pertine a necessidade de reunião das demandas para decisão conjunta.

Nesse passo, afasta-se a possibilidade de reunião das ações, pois o deferimento do processamento da recuperação (ou até mesmo a falência decretada) não tem o condão de modificar a competência em relação à ação de despejo.

É a dicção do art. 6º, caput, e § 1º, da Lei n. 11.101/05:

> A decretação da falência ou deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.
>
> § 1º Terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida.

Confira-se o precedente da Corte:

> REsp – Comercial – Civil – Falência – Locação – Despejo – Juízo competente – A ação de despejo não é atraída pelo juízo universal da falência. Aqui, reúnem-se passivo e ativo do falido, a fim de os credores receberem o mesmo tratamento. A ação de despejo tem finalidade e conteúdo diversos." (REsp n. 64.804/MG, relator Ministro Vicente Cernicchiaro, DJ 27/05/96)

No mesmo sentido:

> RESP – COMERCIAL – CIVIL – FALÊNCIA – LOCAÇÃO – DESPEJO – JUÍZO COMPETENTE – A AÇÃO DE DESPEJO NÃO É ATRAÍDA PELO JUÍZO UNIVERSAL DA FALÊNCIA. AQUI, REUNEM-SE PASSIVO E ATIVO DO FALIDO, A FIM DE OS CREDORES RECEBEREM O MESMO TRATAMENTO. A AÇÃO DE DESPEJO TEM FINALIDADE DE CONTEÚDO DIVERSOS[4]. (Destaquei)

Por tais razões, afasto o reconhecimento de carência de ação e confirmo que o juízo singular e, por conseguinte, este Tribunal de Justiça em grau recursal, é o competente para apreciar o presente feito.

Julgamento da ação reivindicatória propriamente dita.

Verifico também que, conforme afirmado pela apelante, o presente feito encontra-se em condições de pronto julgamento, o que atrai a aplicação da *teoria da causa madura*, expressamente consagrada no § 3º[5] do artigo 515 do Código de Processo Civil.

No caso, a autora, ora apelante, comprovou que é proprietária do bem, descriminando-o corretamente, bem como demonstrou inequivocamente que a apelada encontra-se na posse do mesmo sem nenhum título.

Enfim, todos os requisitos para a procedência do pedido reivindicatório encontram-se presentes nos autos.

Sobre o tema, leciona Sílvio de Salvo Venosa[6]:

> Ação reivindicatória é a ação petitória por excelência. É direito elementar e fundamental do proprietário a sequela; ir buscar a coisa onde e encontra e em poder de

4 REsp 64.804/MG, Rel. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, SEXTA TURMA, julgado em 28/08/1995, DJ 27/05/1996, p. 17924

5 Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.
§ 3º Nos caso de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.

6 In Direito Civil – Direitos Reais, volume 5, 4ª edição, Editora Atlas S.A., p. 289-290.

> quem se encontra. Deflui daí a faculdade de o proprietário recuperar a coisa. Escuda-se no direito de propriedade para reivindicar a coisa do possuidor não proprietário, que a detém indevidamente. É ação real que compete ao titular do titular do domínio para retomar a coisa do poder de terceiro detento ou possuidor indevido. "Art. 1.228: O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, é o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha" (antigo art. 524). Possuir injustamente é ter o bem sem o direito de possuir (ius possidendi).
>
> Geralmente, mas não exclusivamente, na ação reivindicatória estabelece-se conflito entre o direito e a aparência, o estado de fato da posse. Aquele que é proprietário quer retomar a coisa do possuidor ou detentor injusto. Está, portanto, legitimando para essa ação o proprietário, que deve fazer prova de seu direito, assim como do fato de o terceiro a deter injustamente. Nem sempre a prova de propriedade é absoluta. Vimos que a presunção do registro imobiliário também não é absoluta. Por outro lado, a posse justa do réu, ainda que temporário, pode obstar a reivindicação.

Destarte, ao proprietário não possuidor é assegurado o direito de reaver a coisa em poder de quem quer a possua ou detenha, por meio da ação reivindicatória, desde que devidamente comprovados os pressupostos necessários para sua propositura, quais sejam, a comprovação do domínio do proprietário, a posse injusta e a individualização do imóvel objeto da demanda.

Nesse sentido, aliás, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> DIREITO CIVIL. REIVINDICATÓRIA DE IMÓVEL. REQUISITOS. PROVA DO DOMÍNIO. IDENTIFICAÇÃO DA COISA. POSSE INJUSTA. REEXAME DE PROVA. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ. TAMANHO DA PROPRIEDADE MENOR QUE UM MÓDULO. ARTS. 8º DA LEI N. 5.868/72 E 65 DA LEI N. 4.504/64. IRREGULARIDADE. EVENTUAL RESPONSABILIZAÇÃO. AÇÃO PRÓPRIA. RECURSO DESACOLHIDO.
>
> I – A admissibilidade da ação reivindicatória, que compete ao proprietário não-possuidor contra o possuidor não-proprietário, depende da prova da titularidade do domínio, da individualização da coisa e da "posse injusta" pelo réu, a teor do art. 524 do Código Civil, o que autoriza a procedência do pedido.
>
> II – Assentada pelas instâncias ordinárias a comprovação desses requisitos, com base nas provas documental e testemunhal produzidas, o reexame do tema resta vedado a esta instância especial, nos termos do enunciado n. 7 da Súmula/STJ.
>
> III – O impedimento legal de que haja registro imobiliário de área menor que um módulo, como previsto no art. 8º, § 3º da Lei n. 5.868/72, não elide a faculdade de o proprietário reivindicar seu imóvel, de quem indevidamente o possua, sobretudo se seu domínio adveio de "processo fundiário competente", como afirmou a sentença, e de registro público de sua escritura, sendo certo que eventual responsabilização pelo registro efetuado contrariamente à lei refoge ao âmbito da ação de reivindicação.

Ressalte-se, outrossim, que a apelada é revel (f. 263), bem como reconheceu esta inadimplente quando assinou o acordo noticiado nos autos.

Assim, a ação reivindicatória deve ser julgada procedente para determinar a imediata imissão de posse da apelante na área em litígio.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso de apelação cível interposto por Bruna Cardin Hofig Ramos para reformar a sentença que extinguiu o feito sem resolução de mérito e, com fulcro no permissivo

do artigo 515 § 3º do Código de Processo Civil, julgo procedente o pedido contido na inicial, determinando a restituição do imóvel reivindicado à autora.

Condeno a empresa-ré ao pagamento de custas e honorários advocatícios, que fico em R$ 15.000,00 (quinze mil reais), nos termos do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, levando-se em conta o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação de serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

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

VOTO (EM 6.6.2012)

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves (Revisor).

É mister salientar como intróito que as apelações 2011.014636-2 e 2011.014633-1 serão analisadas em conjunto pela identidade de causa de pedir e pedido.

Vejamos.

Pedi vista para melhor análise da questão e há dois pontos centrais trazidos para apreciação.

O primeiro se o bem imóvel objeto de discussão deve entrar no processo de recuperação judicial e, se entender pela negativa, cabe aferir o mérito que consiste na procedência ou não do pedido reivindicatório.

Passo ao primeiro ponto.

Tenho que o bem imóvel não deve entrar no processo de recuperação judicial da empresa.

Isso porque é brocardo, portanto, princípio geral de direito que as *"Exceptiones sunt strictissimae interpretationis" (as exceções são de interpretação estrita).*

O artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil prescrevia que:

> A lei que abre excepção a regras geraes, ou restringe direitos, só abranje os casos, que especifica.

No dizer de Bernardo Pimentel Souza (Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 39):

> [...] trata-se de princípio de hermenêutica jurídica herdado do Direito Romano e do Direito Canônico, consagrado expressamente tento no Código Canônico de 1917 como no Codex de 1983. eis o teor cânon 18 do Código Vigente: "*leges quae poenan statuunt aut liberum iurium exercitium coarctant aut excepcionem a lege continent, strictae subsunt enterpretationi"*.

Forte nestas premissas que tenho em acompanhar o relator, porque a relação negocial entre as partes, não resta dúvidas que se trata de compra e venda com reserva de domínio e como tal não entra no plano de recuperação judicial por exclusão legal expressa, mais precisamente o §3º do art. 49 da Lei n. 11.101/05:

> Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.
>
> §3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

Desta feita e levando em contra que a interpretação deve ser restrita, acompanho o relator para excluir a questão do plano de recuperação judicial, já que a *compra e venda com reserva de domínio não se sujeita à jus atractiva*.

Passo à segunda questão.

Cabe neste último e segundo momento a aferição do pedido de ação reivindicatória.

Pois bem, é certo que a ação reivindicatória, que corresponde à ação proposta pelo proprietário que não tem posse em face de quem não é proprietário e tem a tal posse, exige a posse injusta da parte requerida.

Ora, se a autora tem o título de propriedade e o requerido não, inconteste de maiores dúvidas a respeito da posse injusta.

Até porque, a preservação da posse em caso das ações possessórias (que não é o caso vertente - petitória) ainda que o possuidor seja esbulhador, reside no fato de que deve ser preservada a posse tendo em vista a aparência da titularidade.

Isto significa dizer que "nunca" a propriedade deve ser prejudicada pela posse, pois está é a aparência momentânea daquela, ou seja, sempre que estiver em conflito uma posse e a propriedade a propriedade deve prevalecer.

Isto se aplica tanto na ação possessória quanto na ação petitória. Tanto isso é verdade que é regra assente entre nós que "*não se deve, entretanto, julgar a posse em favor daquele a quem evidentemente não pertencer o domínio*".

São por tais razões que acompanho o relator para julgar procedente, também, o pedido reivindicatório da apelante/autora.

Isto posto, acompanho o relator.

O Sr. Des. João Maria Lós (Vogal).

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sérgio Fernandes Martins, Joenildo de Sousa Chaves e João Maria Lós.

Campo Grande, 6 de junho de 2012.

***

Primeira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2011.023559-7 - Ponta Porã
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL. RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. CONTRATOS SUCESSIVOS. TRABALHO TEMPORÁRIO. CONTRATO NULO. FGTS. DEVIDO. RECURSO PROVIDO.

São devidos os depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) aos trabalhadores que tiveram o contrato de trabalho com a administração pública declarado nulo em função de inobservância da regra constitucional que estabelece prévia aprovação em concurso público.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 4 de julho de 2012.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Cuida-se de recurso de apelação cível interposto por Elizabeth Cabreira Duarte e outros contra sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados nos autos da reclamação trabalhista promovida em face de Estado de Mato Grosso do Sul.

Os apelantes alegam, em síntese, que:

> Os recorrentes ajuizaram reclamação trabalhista junto a Vara do Trabalho desse Estado, aduzindo em síntese terem ministrado aulas para a rede pública estadual, por anos consecutivos, mediante contratação temporária, sem submissão a concurso público, desvirtuando a finalidade estabelecida no art. 37, inciso IX da Constituição Federal (f. 1097).
>
> E que diante da inexistência de situação transitória ou emergencial a justificar e legitimar a contratação temporária, perdendo a relação jurídico-administrativa da relação, entendeu os recorrentes ser uma relação trabalhista (f. 1097).
>
> Assim, os recorrentes pleitearam o pagamento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, no patamar de 8% sobre os valores mensalmente recebidos a título de remuneração e ainda o reconhecimento da unicidade contratual, já que eram afastados no período de férias (f. 1097).

> Considerando a regra de que a indenização mede-se pela extensão do dano, o parâmetro utilizado deverá ser o próprio valor das parcelas da contribuição do FGTS, calculados sobre o salário mensal do período ministrado (f. 1071).
>
> Por fim, requerem o provimento do recurso para "declarando a nulidade do contrato temporário, condenando o recorrido ao pagamento das contribuições do FGTS, a título de indenização por danos materiais, calculados sobre os salários efetivamente pagos pelo período trabalhado, devidamente atualizado e acrescidos de juros legais. (f. 1076).

O apelado, devidamente intimado, apresentou contrarrazões (f. 1260-1308).

VOTO (EM 27.6.2012)

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator)

Cuida-se de recurso de apelação cível interposto por Elizabeth Cabreira Duarte e outros contra sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados nos autos da reclamação trabalhista que promovem em face do Estado de Mato Grosso do Sul.

De plano, afasto a alegada ocorrência de prescrição quinquenal arguida pelo Estado de Mato Grosso do Sul, pois, consoante entendimento jurisprudencial dominante, "*o prazo prescricional para a cobrança de contribuições para o FGTS é trintenário, não se lhe aplicando a prescrição quinquenal prevista no artigo 174 do CTN, por não possuir natureza jurídica tributária. Inteligência da Súmula 210 do STJ*".[1]

No mérito, os apelantes insurgem-se contra a sentença ao argumento que lhes é devido o FGTS relativo aos períodos de suas contratações temporárias.

Os ora recorrentes, como relatado, foram contratados temporariamente para lecionar na rede pública estadual de ensino, com base no disposto na Lei Complementar Estadual n. 87/2000 (Estatuto dos Profissionais da Educação Básica do Estado de Mato Grosso do Sul).

A Constituição Federal, como cediço, em regra, condiciona o ingresso no serviço público à prévia aprovação em concurso de provas ou de provas e títulos. Confira-se:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
>
> [...]
>
> II - 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; (Grifei)

O próprio Texto Constitucional, contudo, autoriza, excepcionalmente, e em caráter temporário, a contratação mediante convocação de profissionais para atuar como docentes na educação básica. Em consonância com o referido comando constitucional, a supracitada LC n. 87/2000, em seu artigo 19, estabelece a convocação, em caráter temporário, de candidato com habilitação para atuar como docente na educação básica.

1 Processo: AC 953 PA 0000953-17.2006.4.01.3903 Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAGUNDES DE DEUS J.: 02/05/2011. 5ª TURMA. e-DJF1 p.168 de 13/05/2011.

Esta forma de contratação ocorre quando, de forma justificada, há necessidade temporária e excepcional interesse público do ente estatal na contratação.

No caso, verifica-se que, não obstante o Estado, inicialmente, ter contratado os recorrentes mediante convocação, valendo-se dos requisitos da necessidade temporária e excepcional interesse, a aludida modalidade de contratação deslegitimou-se em razão das sucessivas e posteriores re-contratações.

A prorrogação dos contratos, mediante sucessivas convocações e contratações, ocorreu, no caso, sem a observância dos dispositivos contidos na Constituição Federal, notadamente porque a permanência dos contratados, investidos nos cargos sem o necessário concurso público, perdeu o caráter temporário exigido na lei, o que torna nulo os respectivos contratos.

Ocorre que, conquanto os contratos temporários epigrafados sejam reconhecidamente nulos, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento recente no RE 596478, decidiu, por maioria, que: "são devidos os depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) aos trabalhadores que tiveram o contrato de trabalho com a administração pública declarado nulo em função de inobservância da regra constitucional que estabelece prévia aprovação em concurso público".[2] (Grifei)

Veja-se trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, por ocasião do julgamento do RE 596478:

> [...]
>
> De antemão, faz-se mister assinalar que a matéria relativa aos efeitos da nulidade do contrato de trabalho constitui em diversos sistemas jurídicos autêntica vexata quaestio. Alguns autores defendem a aplicação ao contrato de trabalho das concepções civilistas, entendendo que, em caso de nulidade do aludido negócio jurídico, hão de se lhe reconhecer todos os efeitos que lhe atribui o Direito Civil, (Hueck - Nipperdey, Lehrbuch dos Arbeitsrechts, apud Mario de la Cueva, Derecho Mexicano Del Trabajo, Mexico, 1969, t. 1, p. 512). Afirma-se, nessa linha de entendimento, que eventual prejuízo do empregado haverá de ser composto mediante a propositura da competente ação de indenização.
>
> [...]
>
> 10. A doutrina dominante parece perfilhar orientação diversa, sustentando a inaplicabilidade das idéias civilistas em caso de nulidade de contrato de trabalho, porquanto impossível a restituição das partes à situação anterior. Nesse sentido, Mario de La Cueva leciona [...]
>
> O insigne mestre mexicano afirma que os efeitos da nulidade na relação contratual de trabalho podem ser assim resumidos:
>
> a) na hipótese do serviço não se ter iniciado, a nulidade impede a formação da relação;
>
> b) no caso da prestação de trabalho já se ter iniciado, não poderá a nulidade produzir efeitos retroativos com prejuízo para o trabalhador, fundando-se esse entendimento no próprio Direito Civil que também preserva as situações decorrentes dos chamados contratos de trato sucessivo, colocando-os a salvo da destruição retroativa. Tendo o Direito do Trabalho o duplo propósito de cuidar da vida e da saúde do trabalhador e de assegurar-lhe, mediante a proteção do salário, uma posição adequada, a nulidade da relação de emprego se assemelha, nesse aspecto, à rescisão, pondo fim à relação para o futuro.

2 http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=209782&tip=UN. Acesso em 19.6.2012.

Em outros sistemas jurídicos, como o alemão, problemas oriundos da nulidade do contrato de trabalho têm sido arrostados com fundamento na chamada 'Doutrina das Relações Contratuais Fáticas '(Lehre der faktischen Vertragsverhältnisse'). Tal concepção doutrinária tem o propósito, dentre outros, de oferecer solução adequada às consequências legais oriundas de um contrato nulo, mormente nas chamadas 'relações de engajamento' (Eingliederungsverhältnisse'), como nos contratos de sociedade e de trabalho, já que nesses casos a teoria clássica da nulidade dos negócios não se tem mostrado capaz de oferecer soluções adequadas. Entende-se que a execução do contrato não permite que ele seja tido por não verificado ('ungeschehen'), cuidando-se assim, de uma 'relação de trabalho fática'('faktisches Arbeitsverhältnis'), de uma 'sociedade de fato' ('faktische Gesellschaft') J. Esser e E. Schmidt, Schuldrecht, Allg. Teil, Heidelberg-Karlsruhe, 1976, pp. 110/116; Werner Flume, Das Rechtsgeschäft Berlim 1979, pp. 95/102; Hans Brox, Allgemeines Schuldrecht, München, 1982, pp. 33/36). Daí considerar essa corrente como válida (als gültig) as aludidas relações, pelo menos no que concerne ao passado (Esser, Ob. cit., p. 114).

[...]

17. Também entre nós não parece existir razão para que se atribua efeito retroativo à decretação de nulidade do contrato de trabalho. Na ausência de disposição expressa, como a do Direito Italiano, e à falta de um desenvolvimento doutrinário, no tocante às 'Relações Contratuais Fáticas', há de se admitir a legitimidade das pretensões decorrentes da relação de emprego, ainda que esta venha a ser declarada inválida.

Do contrário, ter-se-ía a norma protetiva aplicada contra os interesses daquele a quem visa proteger. Esta constitui sem dúvida a única solução compatível com a natureza tutelar do Direito de Trabalho. Nesse sentido, prelecionam Orlando Gomes e Elson Gottschalk, *in verbis:*

'A questão da ineficácia do contrato de trabalho seria resolvida em termos tão simples se fôra possível aplicar ao mesmo, com todo rigor, a teoria civilista das nulidades. Mas, a natureza especial da relação de emprego não se compadece com a retroatividade dos efeitos da decretação da nulidade. O princípio segundo o qual o que é nulo nenhum efeito produz não pode ser aplicado ao contrato de trabalho. É impossível aceitá-lo em face da natureza da prestação devida pelo empregado. Consistindo em força-trabalho, que implica em dispêndio de energia física e intelectual, é, por isso mesmo, insuscetível de restituição. Se a nulidade absoluta tem efeito retroativo, se repõe os contraentes no estado em que se encontravam ao estipular o contrato nulo, como se não fora celebrado, nenhuma parte tem o direito de exigir da outra o cumprimento da obrigação. Donde se segue que o empregado não tem o direito de cobrar o salário ajustado. Esta seria a consenquência inelutável do princípio da retroatividade da nulidade de pleno direito.

Mas, é conseqüência evidentemente absurda, ainda mesmo se admitindo que o trabalhador possa exigir a remuneração com fundamento na regra que proíbe o enriquecimento ilícito. Porque a verdade à que a retroatividade só teria cabimento se o empregador pudesse devolver ao empregado a energia que este gastou no trabalho.

Mas, como isso não é possível, os efeitos da retroatividade seriam unilaterais, isto é, beneficiariam exclusivamente ao empregador, como pondera DE LA CUEVA, ao criticar a opinião de HUECK-NIPPERDEY. Deve-se admitir em toda extensão o princípio segundo o qual trabalho feito é salário ganho. Pouco importa que a prestação de serviço tenha por fundamento uma convenção nula. Em Direito do Trabalho, a regra geral há de ser a irretroatividade das nulidades. O contrato nulo produz efeitos até a data em que for decretada a nulidade. Subverte-se, desse modo, um dos princípios cardeais da teoria civilista

> das nulidades. A distinção entre os efeitos do ato nulo e do ato anulável, se permanece para alguns, não subsiste em relação a este.' (Curso Elementar de Direito do Trabalho, 1963, pp. 115/116). [...][3] (Grifei)

Assim, diante do posicionamento já sedimentado sobre o tema no Supremo Tribunal Federal e, no intuito de evitar outros recursos extraordinários, garantindo a efetividade e a celeridade processual, passo a adotar, como razão de decidir, a argumentação desenvolvida na Corte Constitucional, qual seja, a de que são devidos os depósitos do Fundo de Garantia por tempo de Serviço aos trabalhadores que tiveram o contrato de trabalho com a administração pública declarado nulo nas condições aqui epigrafadas.

Ante o exposto, dou provimento ao presente recurso para reformar a sentença hostilizada, condenando o Estado apelado ao pagamento dos depósitos do FGTS pelo período reclamado, devidamente atualizados e acrescidos de juros moratórios sejam de 6% ao ano desde a citação até a data de 29.6.2009, a partir de quando os encargos serão aqueles aplicados às cadernetas de poupança, nos termos do disposto no art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com a alteração da Lei n. 11.960, de 29 de junho de 2009.

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

VOTO (EM 4.7.2012)

O Sr. Des. João Maria Lós (Revisor)

Na última sessão de julgamento pedi vista dos autos para uma melhor análise da questão meritória devolvida para este Tribunal no presente recurso, mormente em razão de o e. Relator ter adotado posicionamento contrário ao que esta E. 1ª Câmara Cível vinha adotando anteriormente em casos análogos.

Após análise dos argumentos lançados no voto do e. Relator e da notícia nele trazida de que a Suprema Corte, recentemente, ao julgar o RE 596478 firmou posicionamento no sentido de que os depósitos Fundo de Garantia por Tempo de Serviço são devidos aos trabalhadores que firmaram contrato de trabalho com a Administração Pública declarado nulo em razão da inobservância da regra constitucional que exige o ingresso no serviço público mediante prévia aprovação em concurso, impõe-se a revisão do posicionamento que vinha adotando até então em casos análogos envolvendo o mesmo debate.

Com efeito, além da tese dos efeitos meramente *ex nunc* da declaração de nulidade de contrato de trabalho – uma vez que não é possível restituir os contratantes ao *status quo ante* -, vale destacar que o artigo 19-A da Lei n. 8.036/90 é expresso em afirmar que *"É devido o depósito do FGTS na conta vinculada do trabalhador cujo contrato de trabalho seja declarado nulo nas hipóteses previstas no art. 37, § 2o, da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário"*.

Por tais razões, conheço do recurso e dou-lhe provimento para o fim de condenar o apelado ao pagamento dos depósitos do FGTS pelo período reclamado, nos termos do voto do e. Relator.

O Sr. Des.Divoncir Schreiner Maran (Vogal)

De acordo com o relator.

3 http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=209782&tip=UN. Acessado em 19.06.2012.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

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

Campo Grande, 4 de julho de 2012.

***

Primeira Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.014300-8 - Campo Grande
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA. REQUISITOS ESPECÍFICOS DE PROCEDIBILIDADE DA ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA. NÃO COMPROVAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MANTIDOS. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Se a autora da ação que objetiva adjudicação compulsória não se desincumbe de comprovar o cumprimento dos requisitos pra obtenção da adjudicação, não há como atender-lhe a demanda posta em juízo.

O artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, estabelece que, nos casos de inexistência de condenação, o julgador deverá fixar os honorários advocatícios de forma equitativa, balizando-se nas circunstâncias das alíneas a, b e c, do § 3º do referido diploma processual, não estando o magistrado vinculado aos limites percentuais ali estabelecidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso. O Des. Joenildo S. Chaves declarou-se impedido.

Campo Grande, 18 de julho de 2012.

Des. Divoncir Schereiner Maran – Em substituição legal.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Trata-se de apelação cível interposta por NBL Incorporações Ltda. contra sentença que extinguiu sem resolução de mérito a ação de adjudicação compulsória ajuizada por Rodrigo Vila Jabour.

A apelante alega, em síntese, que:

> [...] a questão do desmembramento pendente da Prefeitura em nada influencia a obrigação de manifestação de declaração de vontade por parte do vendedor (obrigação que é dele e dele apenas), que é objeto desta demanda. É injustificada qualquer resistência a esse título, porquanto tais questões dizem respeito apenas e tão somente ao ato posterior do registro imobiliário, e não à outorga de escritura. Em outras palavras, não há vínculo de subordinação ou prejudicialidade entre o desmembramento ainda não realizado e a outorga pleiteada (f. 208-209).
>
> [...] justamente por não haver vínculo de subordinação entre desmembramento e outorga de escritura, não há inadequação da via da adjudicação compulsória: esta

demanda é justamente o meio apropriado para requerer o cumprimento de obrigação de prestar declaração de vontade faltante. Por sua vez, a ponderação feita na sentença de que a obrigação de desmembramento – uma fazer material – exigiria a competente ação de execução de fazer é correta, tanto que, como noticiado nos autos pela NBL, esta ação foi ajuizada simultaneamente com a presente demanda contra o devedor faltoso Rodrigo Jabour. Nos autos processo executivo, há inclusive decisão determinando que se proceda ao desmembramento sob pena de multa diária (f. 209).

[...] como o que se busca é o cumprimento de uma obrigação de fazer, através de uma sentença que produza "todos os efeitos da declaração não emitida" (nos termos do art. 466-A do CPC), e lembrando que esta declaração não tem por efeito o registro ou a transmissão de propriedade, é totalmente irrelevante questão que diz respeito tão-somente ao registro da escritura ou da sentença que lhe faça às vezes. Ou seja, é totalmente irrelevante a pendência de processo administrativo que poderá – apenas e tão somente – atrasar o registro da transmissão imobiliária, mas não exonerar o vendedor faltoso de suas obrigações contratuais. Ao registro, inclusive, pode-se proceder a qualquer tempo, não estando tal poder sujeito à preclusão ou prescrição (f. 210-211).

[...] possui interesse no ajuizamento da presente demanda: a um, porque a sentença de procedência em ação de adjudicação confere ao demandante apenas a declaração de vontade faltante. Ela não implica transferência da propriedade (que só se obtém por meio de registro) e, portanto, deve o acórdão reformar a sentença e fazer as vezes da vontade do apelado na outorga da escritura; a dois, porque, mesmo que superado o entendimento acima, a apelante demonstrou fato novo consistente na abertura de novas matrículas referentes ao desmembramento da área desapropriada pelo Município de Campo Grande-MS (f. 216).

Verificado o inadimplemento do devedor Rodrigo Jabour com relação à sua obrigação de outorgar a escritura (e também, com relação à obrigação de desmembramento do terreno), incide no caso a multa contratual prevista cláusula oitava do compromisso de compra e venda (f. 217).

Conforme determinação da cláusula 2ª, par. único, do contrato, cabiam ao demandado todas as despesas com o desmembramento da área. Contudo, diante de sua inércia em providenciar o delineamento da área, a demandante viu-se forçada a arcar com tais despesas ela mesma, pagando profissional especializado para tanto (conforme recibos acostados à inicial – valor de R$ 6.000,00) (f. 217).

[...] caso não haja a reforma integral da sentença com a inversão do onus da sucumbência, requer a reforma da sentença na capítulo referente aos honorários advocatícios para que a verba seja reduzida ao mesmo patamar da condenação da reconvenção – R$ 5.000,00 (f. 219).

Ao final, requer "o provimento do recurso com a reforma integral da sentença que extinguiu o feito sem resolução de mérito, com a prolação de acórdão substitutivo da vontade do apelado, equivalente à escritura pública, que poderá ser ulteriormente levada a registro, bem como sua condenação ao pagamento de multa contratual prevista e ao ressarcimento de despesas efetuadas pela NBL, com a inversão do ônus de sucumbência" (f. 220).

O apelado, em contrarrazões, pugna pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por NBL Incorporações Ltda. contra sentença que extinguiu sem resolução de mérito a ação de adjudicação compulsória ajuizada por Rodrigo Vila Jabour.

Para melhor análise da questão posta em julgamento, passo a fazer uma breve digressão fática dos acontecimentos.

Verifica-se dos autos que NBL Incorporações Ltda. ajuizou ação em desfavor Rodrigo Vila Jabour, requerendo a adjudicação compulsória de 9.835,65 m² da área maior pertencente ao imóvel matriculado sob o n. 31.144, Livro 02, do CRI da 3ª Circunscrição de Campo Grande-MS, sob o argumento de que (I) no dia 8.8.2007, firmou com o réu compromisso de compra e venda pelo qual este se obrigou a desmembrar e transferir à autora o domínio de fração correspondente a 12.000 m² do imóvel matriculados sob o n. 31.144, Livro 02, do CRI da 3ª Circunscrição de Campo Grande-MS, pagando, no ato, a quantia de R$ 35.000,00; (II) em um aditivo contratual firmado em 10.06.2008, as partes fizeram novas disposições sobre o pagamento, oportunidade em que a autora se obrigara a pagar mais R$ 3.000,00, comprometendo-se a pagar, ainda, R$ 11.000,00 a título de "adiantamento"; (III) com relação ao preço restante, ficou estipulado que as demais parcelas seriam pagas a partir da assinatura do desmembramento da área e da respectiva escritura, complementado com a entrega de uma unidade de apartamento integrante do empreendimento a ser futuramente construído no local; (IV) pelo aditivo contratual também foi reduzida a área objeto da compra e venda para 9.835,65 m², mantendo-se as demais cláusulas contratuais; (V) além do pagamento dos valores que lhe incumbia, a autora também arcou com R$ 6.000,00 referentes às despesas decorrentes da regularização das medidas da área, gastos estes que, segundo consta no contrato, competiriam ao réu realizar; e (VI) a despeito de cumprir sua parte da avença, o réu se recusa a outorgar a escritura e a promover a demarcação da área, de acordo com o que fora estipulado entre as partes.

O juízo de origem, ao proferir sentença, extinguiu o feito sem resolução de mérito, por falta de interesse de agir, alegando que não houve recusa do demandado, mas sim suspensão do procedimento de desmembramento do imóvel na Prefeitura desta Capital, em razão de pendência de procedimento de desapropriação.

É contra essa decisão que se insurge a empresa apelante.

Sem razão, no entanto, a recorrente.

O recurso, portanto, não merece provimento.

De pronto, verifico que, com relação à matéria trazida nos recursos, a sentença deve ser mantida por seus próprios fundamentos e, para não incorrer em tautologia, transcrevo trechos da mesma que servem para embasar esta decisão:

O feito comporta julgamento antecipado nos termos do art. 330, I, do CPC uma vez que, embora verse sobre matéria de direito e de fato, não depende de prova a ser produzida em audiência.

Demais disso, o depoimento pessoal da autora e do réu, requeridos por este último, não foram justificados e, a meu ver, são desnecessários para a resolução do mérito da demanda face aos documentos encartados nos autos.

Pois bem, inicialmente, registro que a adjudicação compulsória não tem cabimento no presente caso.

Explico. Este instituto jurídico assiste ao promitente-comprador que, após pagar integralmente o preço da coisa, não obteve a anuência do promitente-vendedor para a lavratura da competente escritura pública de compra e venda, passível de registro no Registro de Imóveis.

A autora, pelo que vejo, é promitente-compradora de uma parte de imóvel maior descrito na matrícula n. 31144 do Livro 02 do CRI do 5º Ofício.

A compra desta parte, segundo consta no contrato, ficou condicionada ao desmembramento da área e à prévia abertura da matrícula da área desmembrada.

Com relação ao desmembramento do imóvel, este pode ser realizado administrativamente, inclusive sem necessidade de escritura pública, perante o CRI competente, bastando, para tanto, a apresentação de mapas e memoriais descritivos assinados pelo responsável técnico, pagamento da ART e aprovação do projeto pelo órgão responsável da Prefeitura Municipal de Campo Grande.

Eis aqui o ponto crucial desta demanda: a falta de autorização da municipalidade para a realização do desmembramento.

Vejo que o réu comprovou documentalmente (f. 86-111) que protocolizou, no dia 31.01.2008, na prefeitura, o projeto de desmembramento que, entretanto, foi suspenso devido à tramitação de processo de desapropriação da mesma área (n. 18.94212008-39).

Desta forma, o réu cumpriu a obrigação que lhe competia em decorrência do que dispõe o parágrafo único da cláusula segunda do contrato (f. 31), cuja redação vigia anteriormente à complementação do contrato promovida pelo aditivo datado de 10.06.2008.

Aliás, a simples leitura deste dispositivo demonstra que, até aquele momento contratual, o réu adimpliu sua obrigação de requerer a inscrição municipal da área desmembrada, que não pode ser obtida sem prévia aprovação do projeto pelo órgão municipal competente.

Em consequência, a própria abertura da matrícula da área desmembrada não pode ser realizada sem a apresentação do projeto de desmembramento aprovado pela prefeitura municipal.

Demais disso, em que pesem os argumentos expendidos pela autora na impugnação à contestação, a cláusula terceira do contrato prevê que a escritura pública seria outorgada após o desmembramento e a abertura da matrícula junto ao CRI competente.

Logo, não se pode falar aqui em negativa, por parte do réu, de outorgar a escritura pública de compra e venda, pois, como se pode constatar, a municipalidade suspendeu o trâmite do projeto de desmembramento em virtude da pendência de ação de desapropriação.

A rigor, nem mesmo o tabelionato de notas poderia lavrar descritivos devidamente aprovados pela prefeitura municipal, uma vez que não haveria certeza acerca da área a ser desmembrada e tampouco sobre sua possibilidade, vez que dependente de autorização da municipalidade.

Importante salientar que a própria existência de ação de desapropriação, conforme informado nos autos, já seria suficiente para o autor, com base no parágrafo segundo da cláusula terceira do contrato, pleitear a rescisão contratual, com seus consectários lógicos, porquanto traduza inegável restrição à venda do bem.

Outrossim, o pedido formulado de adjudicação do imóvel, neste momento, é inadequado porque, se busca o autor o cumprimento do contrato com o desmembramento, abertura da matrícula e posterior outorga de escritura definitiva de compra e venda, deveria ter se valido, em um primeiro momento, da competente ação de execução de obrigação de fazer, nos termos do art. 632 e ss. do CPC, para compelir o réu a executar suas obrigações contratuais (desmembramento e abertura de matrícula), dando seguimento aos procedimentos necessários à realização do acordo entabulado com o réu.

Isto porque o instrumento contratual em questão não versa apenas sobre compra e venda.

Contém, além disso, como dito, obrigações de fazer (desmembramento e abertura de matrícula) que necessariamente antecedem a compra e venda.

Após, em um segundo momento, seria cabível o pedido de adjudicação compulsória, pois, não haveria qualquer outra obrigação anterior e indispensável à transmissão da propriedade da forma como pactuado.

Assim, comprovada a ausência de recusa deliberada por parte do réu de outorgar a escritura, bem como que, segundo o contrato, esta está condicionada ao prévio desmembramento da área e abertura da matrícula, bem como que o réu deu cumprimento ao contrato até o momento em que protocolizou o pedido de desmembramento, sem o qual as fases posteriores do acordo não poderiam ser cumpridas, não há falar em recusa ou culpa de sua parte pela impossibilidade de outorgar a escritura de desmembramento e/ou compra e venda.

Em decorrência disso, a multa contratual que lhe está sendo exigida não pode ser aplicada diante da demonstrada ausência de culpa no descumprimento do contrato e da consequente desnecessidade de se ajuizar esta ação.

Com relação ao ressarcimento dos valores pagos pela autora a título de despesas com o desmembramento da área (R$ 6.000,00), compulsando os autos vejo que estes gastos não ficaram comprovados por qualquer modo, senão por sua própria alegação.

Assim, concluo que a autora não produziu a prova desta gasto e, por consequência, não se desincumbiu do ônus processual que lhe competia, nos termos do art. 333, I, do CPC.

Pelo exposto, é de se concluir pela improcedência dos pedidos formulados pelo autor. (Destaquei)

Ora, como se vê, em nenhum momento o ora apelado negou ou recusou a outorga definitiva da escritura de compra e venda do imóvel, tanto é que, assim que os pagamentos iniciais foram efetuados, dirigiu-se à Prefeitura Municipal para proceder ao desmembramento da área comprometida a venda à apelante. Contudo, o desmembramento não foi autorizado em virtude da pendência de um processo judicial de desapropriação da mesma área.

Destarte, resta inequívoco que inexiste recusa na outorga da escritura pretendida pela apelante, sendo certo também que existe sim uma relação de subordinação entre o desmembramento e a desapropriação da área, o que demonstra a inadequação da presente ação.

Anote-se, por necessário, que não merece prosperar a alegação da apelante de que existe fato novo, qual seja, a abertura de nova matrícula referente à área do imóvel objeto da dação de desapropriação (objeto da presente demanda), que, segundo suas alegações, tem o condão de alterar o entendimento esposado.

Ora, não se pode ter como fato novo a suposta conclusão do processo de desapropriação e abertura de novas matrículas do imóvel objeto da presente, pois o termino do processo expropriatório, bem como a referida abertura de novas matrículas, constitui-se tão somente uma consequência lógica e não fato novo.

Com efeito, conforme bem anotou o apelado em suas contrarrazões, "não pode ser apenado no presente momento por suposta conclusão de determinada demanda, quem nem mesmo tem condão de tornar legítima a pretensão da apelante, **uma vez que no momento da propositura da presente ação de adjudicação compulsória, inexistia qualquer recusa por parte do apelado, mas sim, uma imposição do poder público que impossibilitou proceder a continuidade do processo administrativo de desmembramento**,

o que repita-se, já se encontrava devidamente em curso e de acordo com contrato celebrado entre as partes" (f. 243-244). (Destaquei)

Destarte, demonstrado que não houve recusa na outorga da escritura pretendida pela apelante, também não há falar em aplicação da multa por inadimplemento contratual.

Por derradeiro, também não merece reforma a sentença quanto ao valor fixado a título de honorários advocatícios.

De fato, o artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil, estabelece que, nos casos de inexistência de condenação, o julgador deverá fixar os honorários advocatícios de forma equitativa, balizando-se nas circunstâncias das alíneas a, b e c, do § 3º do referido diploma processual, não estando o magistrado vinculado aos limites percentuais ali estabelecidos.

Vale lembrar, ainda sobre o tema, que a fixação dos honorários deve pautar-se pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo que remunere adequadamente o trabalho do advogado, sem deixar de considerar as peculiaridades do caso concreto.

Nesse norte, analisando o grau de zelo, o trabalho desenvolvido pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, bem como a natureza, a importância e o valor da causa, e, ainda, atento aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, tenho que o valor de R$ 15.000,00, fixado pelo juízo de origem, mostra-se razoável e compatível com o que dispõe o artigo 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso interposto por NBL Incorporações Ltda, mantendo intacta a sentença hostilizada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. DECLAROU-SE IMPEDIDO O DES. JOENILDO S. CHAVES.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

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

Campo Grande, 18 de julho de 2012.

***

Quinta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.018657-2 - Campo Grande
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL - COBRANÇA - SEGURO DE VIDA EM GRUPO - AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR - PRECLUSÃO - NÃO CONHECIDA - INVALIDEZ PERMANENTE INEXISTENTE - DOENÇA REVERSÍVEL MEDIANTE TRATAMENTO CIRÚRGICO OU COLOCAÇÃO DE PRÓTESE - INDENIZAÇÃO INDEVIDA - RECURSO CONHECIDO PARCIAL E IMPROVIDO.

1. A matéria arguida em sede recursal, objeto de análise pelo julgador singelo, cuja decisão não se tem notícias da interposição de recurso, não deve ser conhecida em razão da preclusão.

2. Se a prova pericial realizada por especialista (otorrinolaringologista) atestar que a doença do segurado (diminuição da audição em 45%) é reversível mediante tratamento cirúrgico ou colocação de prótese, podendo voltar ao nível normal de audição, não é devida a indenização prevista na apólice para o caso de invalidez permanente decorrente de doença.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 26 de julho de 2012.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

Marcial Torres Filho apela da sentença proferida nos autos da Ação de Cobrança que move em face de Bradesco Previdência e Seguros S/A e Vera Cruz Vida e Previdência S/A, na qual foi julgado improcedente o pedido. Sustenta o direito à indenização integral, pois de acordo com a prova pericial restou confirmada a existência de sequelas incapacitantes, bem como que a doença é degenerativa e progressiva. Defende que, embora o perito tenha afirmado que a realização de cirurgia poderá melhorar seu quadro clínico, não trará cura, sendo que o mais relevante é que o militar acometido de qualquer limitação funcional será considerado definitivamente inapto para o serviço do Exército, como sucedeu ao apelante. Destaca que a atividade do militar requer 100% de higidez física sem qualquer restrição, sendo que o apelante, no estado em que se encontra, sequer seria admitido nas fileiras das Forças Armadas, caso tivesse que passar por testes admissionais. Defende, ainda, que a redução auditiva do autor, no percentual de 45,31% é inaceitável para a atividade militar, traduzindo-se em invalidez total para sua profissão. Enfatiza que o contrato de seguro em questão foi realizado em razão do serviço castrense, tendo em vista que a ocupação possui suas peculiaridades, expondo o militar a maiores riscos que as profissões comuns. Alega que se o autor, em razão de algum *eventus damni*, tornou-se inapto para o ofício de militar, é certo que se enquadra na hipótese

de invalidez permanente por doença, devendo ser considerada a invalidez para o trabalho. Ilustra suas alegações com jurisprudência deste Tribunal, em caso de perda da visão, onde foram considerados aspectos como mercado de trabalho, escolaridade, idade e o mais importante, sua profissão habitual. Defende que interpretação do contrato de seguro deve ser feito à luz das regras consumeristas. Pleiteia o provimento do recurso com a reforma da sentença para a procedência do pedido.

Mapfre Vera Cruz Vida e Previdência S/A apresentou contrarrazões, alegando carência de ação, em razão da ausência do procedimento denominado "regulação de sinistro" na via administrativa. No mérito, requereu o improvimento do recurso (f. 282-292).

Bradesco Vida e Previdência S/A também apresentou contrarrazões, pugnando pelo improvimento do apelo (f. 306-317).

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator)

Trata-se de recurso de apelação proposto em face da sentença proferida nos autos da Ação de Cobrança que Marcial Torres Filho move em face de Bradesco Previdência e Seguros S/A e Vera Cruz Vida e Previdência S/A, objetivando a reforma da sentença de improcedência do pedido.

Inicialmente, quanto à preliminar de carência de ação, por ausência de pedido na via administrativa, arguida em contrarrazões, a matéria não deve ser conhecida, em razão da preclusão, porquanto já fora analisada pelo julgador singelo através da decisão de f. 201-202, contra a qual não se tem notícias da interposição de recurso, o que impede sua rediscussão nesta oportunidade.

Assim, deixo de conhecer da preliminar de carência de ação.

No mérito, entendo que a sentença não merece reformas.

Pleiteia o autor indenização em razão da contratação de seguro, tendo por fundamento invalidez permanente decorrente de doença, uma vez que foi acometido por otosclerose de ouvido direito, restando sequelas permanentes.

Para melhor elucidação acerca da doença que acomete o autor e, para fins da verificação do direito à indenização, foi deferida a prova pericial, tendo o perito afirmado:

> [...] É um quadro típico de otosclerose.
>
> Apresenta audição dentro dos limites da normalidade no ouvido esquerdo.
>
> A perda auditiva unilateral normalmente não incapacita os indivíduos a maior parte das funções.
>
> Algumas profissões exigem audição normal bilateral como pilotos de aeronaves, telefonista de call Center entre outros.
>
> Não há impedimento para por exemplo trabalhar em ambientes ruidosos desde que tome devidos cuidados que se toma com trabalhadores com audição normal. (f. 241)

Em resposta aos quesitos, o *expert* concluiu:

> 3- considerando ainda a gravidade do seu problema de saúde, ainda que o autor realize algum tipo de cirurgia, poderá o mesmo exercer qualquer tipo de atividade que exija um bom funcionamento do sistema auditivo?
>
> A adaptação de prótese auditiva reabilita a audição no ouvido direito a níveis de audição normal, no mesmo nível que o lado esquerdo normal. Caso faça opção por cirurgia a sua chance de ter a audição dentro dos limites da normalidade é de 70 a 90%.
>
> 4- as sequelas estão consolidadas? São permanentes?
>
> Não são sequelas, e sim perda auditiva induzida pela doença otosclerose e está consolidada. Permanecerá sem melhora se não for adaptado uma prótese auditiva ou submetido a cirurgia do ouvido (estapedotomia)
>
> [...]
>
> 6 - é possível reverter o quadro clínico do autor através de tratamento médico-fisioterápico?
>
> Sim. Através de cirurgia ou da adaptação de prótese auditiva no ouvido direito.
>
> [...] Caso considerássemos que não poder-se-ia realizar mais nenhum procedimento médico, a perda da audição unilateral (direita) seria de 45,31%. (f. 238-244)

Assim, da prova pericial, é possível concluir que o autor não possui invalidez permanente, pois ainda que sua doença seja degenerativa e progressiva, afirmou o perito judicial que é possível a reversão do quadro clínico através do uso de prótese auditiva, onde a audição poderá voltar à normalidade, ficando no mesmo nível que o ouvido esquerdo, que é normal.

Além disso, deixou claro o *expert* que poderá ser realizado procedimento cirúrgico, no qual o autor terá chance de 70 e 90% da audição ficar dentro dos limites da normalidade. Imperioso, destacar, ademais, que o especialista em otorrinolaringologia que realizou a perícia médica não deixa dúvidas de que a perda auditiva do autor não o incapacita para suas atividades habituais, sejam pessoais ou profissionais, pois afirma que a perda auditiva "*unilateral normalmente não incapacita os indivíduos a maior parte das funções"*.

Cita algumas profissões que exigem audição normal bilateral, tais como pilotos e telefonista de call Center, as quais, ao que consta dos autos, não são a profissão do autor. Por fim, o *expert* concluiu inclusive que não há impedimento do autor para trabalhar em ambiente ruidoso, desde que tome os devidos cuidados, como deve tomar quem tem audição normal.

Enfatiza o apelante que o contrato de seguro em questão foi realizado em razão do serviço castrense, tendo em vista que a ocupação possui suas peculiaridades, expondo o militar a maiores riscos que as profissões comuns. No entanto, o que se verifica pelo documento de f. 25 é que, na verdade, o autor tornou-se segurado em razão da adesão ao Fundo de Apoio à Moradia - FAM, por ser titular de Caderneta de Poupança POUPEX, caindo por terra sua alegação acerca da específica utilidade do seguro.

Consigno, ademais, que a jurisprudência citada no recurso não se aproveita ao caso em tela, uma vez que não pode ser comparado, para fins de indenização de seguro, a perda de visão com a diminuição da audição. A perda da visão logicamente traz invalidez permanente, seja qual for a profissão do segurado, pois invalida a pessoa para as atividades que antes desempenhava, diversamente do que ocorre com a diminuição da audição, como no presente caso, no percentual de 45,31%, ou seja, nem 50%, doença, aliás, como visto, que possui formas de reversão através de intervenção cirúrgica ou colocação de prótese.

Por fim, quanto à alegação de que a interpretação do contrato de seguro deve ser feito à luz das regras consumeristas, não se desconhece tal regramento, porém, na hipótese em análise, mesmo tendo o autor afirmado que não recebeu sua via da apólice do seguro, isso não tem o condão de afastar a impossibilidade de indenização, uma vez que inexiste a invalidez permanente, condição indispensável para o pagamento da indenização.

Esta Corte já teve oportunidade de julgar caso muito semelhante, tendo mantido mesmo entendimento, consoante julgados que trago à colação:

> APELAÇÃO CÍVEL - ORDINÁRIO - AÇÃO DE COBRANÇA DPVAT - LAUDO PERICIAL QUE CONCLUIU PELA AUSÊNCIA DE INVALIDEZ PERMANENTE - INDENIZAÇÃO IMPROCEDENTE - SENTENÇA MANTIDA. Inexistente a lesão permanente, descabido o pagamento da indenização do Seguro DPVAT. (Apelação Cível - Sumário - N. 2012.017770-0/0000-00 - Dourados, Segunda Câmara Cível, Relator: Des. Paulo Alfeu Puccinelli, Publicação:10/07/2012, Nº Diário: 2685)

E ainda,

> APELAÇÃO CÍVEL - COBRANÇA - SEGURO DE VIDA EM GRUPO - ALEGAÇÃO DE INVALIDEZ PARCIAL - **INCAPACIDADE REVERSÍVEL MEDIANTE TRATAMENTO CIRÚRGICO - SINISTRO NÃO COBERTO** - PEDIDO DE REEMBOLSO DE DESPESAS MÉDICAS - INOVAÇÃO RECURSAL - RECURSO DO AUTOR NÃO CONHECIDO EM PARTE E NA PARTE CONHECIDA, IMPROVIDO. **Se o perito atenta que a incapacidade que acomete o autor não é permanente, ou seja, é reversível mediante tratamento cirúrgico adequado, não pode lhe ser deferida a indenização prevista na apólice para o caso de invalidez permanente decorrente de acidente**. Consiste em inovação à lide a pretensão nova e por via inadequada, afrontando, inclusive, o princípio do duplo grau de jurisdição que exige a apreciação por dois órgãos diferentes.(Apelação Cível - Ordinário - N. 2010.025695-2/0000-00 - Campo Grande, Terceira Turma Cível, Relator: Des. Marco André Nogueira Hanson, Publicação:23/09/2010, Nº Diário: 2282) frisei

Corrobora o posicionamento ora adotado, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que a contrário sensu assim decidiu:

> AÇÃO DE COBRANÇA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONTRATO DE SEGURO. INVALIDEZ PERMANENTE POR DOENÇA. Não havendo garantia de que o segurado, mesmo submetido a tratamento adequado, possa obter recuperação completa do quadro clínico apresentado, nem reversão da incapacidade laborativa atual, é devida a indenização por invalidez permanente total por doença. Caso em que comprovada a aposentadoria do autor, pelo INSS, por invalidez permanente. Sentença que julgou procedente em parte a ação. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70004822029, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cacildo de Andrade Xavier, Julgado em 01/10/2003)

Feitas essas considerações, ante à ausência de invalidez permanente a ensejar a indenização do segurado, o improvimento do recurso é medida que se impõe.

Com isso, amparado nos fundamentos expostos, **conheço parcialmente do presente recurso e nego-lhe provimento**, mantendo-se a sentença em todos os seus termos e efeitos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONHECERAM EM PARTE DO RECURSO E NEGARAM-LHE PROVIMENTO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sideni Soncini Pimentel, Vladimir Abreu da Silva e Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 26 de julho de 2012.

***

Quinta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.018912-1 - Campo Grande
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS, C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO – DEFEITO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – INSTALAÇÃO LINHAS TELEFÔNICAS E INTERNET ADSL – COBRANÇA INDEVIDA – INSCRIÇÃO NO SERASA – ATO ILÍCITO – DANO MATERIAL E MORAL CONFIGURADOS – VALOR INDENIZATÓRIO MANTIDO – MATÉRIA ARGUIDA EM CONTRARRAZÕES – NÃO CONHECIDA – RECURSO IMPROVIDO.

1. Responsabilidade do fornecedor na relação de prestação de serviço não satisfatória ao consumidor. 2. A inscrição nominal indevida nos órgãos de restrição ao crédito é ato que por si só causa ao ofendido prejuízo moral indenizável, independente de provas quanto ao dano. 3. O inconformismo das partes quanto à sentença deve ser manifestada através de recurso próprio, não sendo as contrarrazões a via adequada.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 26 de julho de 2012.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

Brasil Telecom S/A, nos autos da Ação de Reparação por Danos Materiais e Morais, c/c Repetição de Indébito, promovida pelo Instituto de Incentivo a Medicina Preventiva- Med Prev, inconformada com a sentença que julgou procedentes os pedidos iniciais, interpõe recurso de apelação aduzindo que não praticou nenhum ato ilícito; que seus serviços foram devidamente prestados, motivo pelo qual não pode ser condenada a restituir valores e indenizar eventuais danos morais. No que se refere ao quantum indenizatório, afirma ser o valor com aparência de prêmio lotérico e não de justa reparação, não sendo observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Pugnou pelo provimento do recurso para o fim de reformar a sentença recorrida, afastando-se a condenação ao pagamento de indenização por danos materiais e morais, ou, ainda, a redução desse valor.

Em contrarrazões pugnou-se pelo improvimento do recurso com a aplicação ao apelante da pena por litigância de má fé; a majoração dos honorários advocatícios de sucumbência de 10 para 20% sobre o valor da causa e ainda que os juros de mora sejam fixados desde o evento danoso, ou seja, desde a data da inscrição indevida no SPC (05/02/2009) para a indenização pelos danos morais.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator)

Trata-se de recurso de apelação objetivando a modificação da sentença que condenou a apelante no pagamento de danos materiais e morais à apelada, em razão de defeito na prestação de serviços.

Instituto de Incentivo a Medicina Preventiva – Med Prev, ajuizou Ação de Reparação por Danos Materiais e Morais, c/c Repetição de Indébito, contra Brasil Telecom S/A, alegando que celebraram contrato de prestação de serviços de telecomunicações, porém houve o descumprimento do acordado pela apelante. As linhas telefônicas e a internet ADSL foram implantadas com três semanas de atraso e além disso houve cobrança de valores superiores ao ajustado, inclusive de serviços não contratados.

Segundo consta dos autos, a autora-apelada teve gastos com passagens aéreas, hospedagem e alimentação para um profissional contratado da matriz a fim de realizar treinamento aos funcionários, o que não pôde ser executado por conta do atraso na instalação das linhas telefônicas e da internet.

Além disso teve seu nome inscrito no cadastro de proteção ao crédito em virtude do não pagamento das cobranças indevidas e em duplicidade. Por ter suportado constrangimento pela conduta irresponsável da empresa ré, pediu que fosse arbitrado também dano moral além da restituição dos valores pagos indevidamente.

A Brasil Telecom S/A interpôs recurso de apelação contra a sentença que julgou procedente os pedidos iniciais, e lhe condenou à restituição no valor de R$ 1.133,18 referente às cobranças indevidas, R$ 1.075,39 referente aos danos materiais e R$ 5.000,00 pelos danos morais.

Os fundamentos recursais cingem-se à alegação de que os serviços foram devidamente prestados e que não foi cobrado qualquer valor em desconformidade com o contratado.

Em que pese a afirmativa da recorrente quanto à satisfatória prestação dos serviços contratados pela apelada, intimada para trazer aos autos o respectivo contrato, quedou-se inerte, limitando-se a colacionar cópias das telas de seus sistemas.

Entretanto, por se tratar de documentos unilaterais, não têm força probante capaz de desnaturar os fatos alegados na inicial, não se desincumbindo a requerida-apelante do ônus de comprovar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, como preconiza o art. 333, II, do CPC.

Ademais, a negativa de exibição do contrato enseja a aplicação do disposto no art. 359, I, do CPC, segundo o qual, ao decidir o pedido, serão admitidos como verdadeiros os fatos que, por meio do documento, a parte pretendia provar. Logo, tendo a apelante deixado de prestar o serviço necessário e adequado, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, deve responder pelos danos daí advindos, tendo em vista que a responsabilidade nesse caso é objetiva. E, considerando que o nome da autora foi inscrito nos órgãos de proteção ao crédito, por valor indevido, por certo que o ato foi ilícito, gerando o dever de indenizar pelos danos ocasionados.

Visto isso, quanto ao tema em debate, é possível extrair da redação do art. 927 do Código Civil (“Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”) que a obrigação de reparar depende da verificação da conduta lesiva, do dano, do nexo causal entre eles e da culpa, sendo dispensada esta última nos casos de responsabilidade objetiva.

No presente caso, diante dos fatos narrados na inicial e pelo que se depreende dos autos, restaram preenchidos os requisitos da responsabilidade civil.

É notável que o ato ilícito deve-se à cobrança da apelada por serviços insatisfatórios. Além disso a ocorrência de sucessivas cobranças equivocadas, decorrentes da inclusão de serviços não contratados ou mesmo erros na emissão das faturas caracterizam a responsabilidade de indenizar. Como a apelante, que se encontra na posição de prestadora de serviço, tinha condições de esclarecer as alegações e justificar as cobranças, porém não o fez, fica claro a impossibilidade de livra-la das consequências de seus atos. Além disso também permaneceu inerte quanto ao pedido da autora para o cancelamento das faturas.

Sendo assim, está caracterizada a responsabilidade civil da requerida-apelante e o dever de indenizar os danos materiais referentes à restituição dos valores nos meses em que houve cobrança indevida e o valor das despesas investidas no funcionário contratado sem sucesso para a realização do treinamento profissionalizante, conforme prova documental não impugnada especificamente.

No que tange ao dano moral, ante à inscrição indevida do nome da apelada em cadastro de restrição de crédito, tenho que estes são evidentes, devido ao prejuízo moral e a injusta lesão causada à imagem da apelada.

Dispensando outras provas, o Juízo de primeiro grau arbitrou em R$ 5.000,00 o valor do dano moral, ponto sobre o qual também não merece prosperar o recurso. Com efeito, a indenização por dano moral para a vítima não leva a um ressarcimento, mas a uma compensação, enquanto para o causador do dano, representa uma forma de punição suficiente para inibir a sua reincidência. Segundo os ensinamentos de Caio Mário[1]:

> Quando se cuida de reparar o dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: o caráter punitivo para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o caráter compensatório para a vitima, que receberá uma some que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido.

Para tanto, na falta de critério objetivo no sistema jurídico-legal do país, analisa-se o grau de culpabilidade do ofensor e as conseqüências do ato. Além disso, na quantificação da reparação do dano moral, há de se observar, também, a atividade, a condição social e econômica do ofendido, bem como a capacidade do ofensor (com capital social multibilionário - f. 109) em suportar o encargo, sem, no entanto, dar azo ao enriquecimento sem causa.

O artigo 944 do novo Código Civil invocado pela apelante prevê:

> A indenização mede-se pela extensão do dano.
>
> Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

"*In casu*", considerando tais elementos, tenho que deve ser mantida a indenização arbitrada no valor de R$ 5.000,00.

Por fim, no que tange aos argumentos da autora-apelada, verifico a ausência de motivos para aplicação das penas por litigância de má fé, haja vista a requerida ter exercido seu direito de defesa e ao duplo grau de jurisdição, não podendo ser considerado protelatório seu pleito.

Assim, afasto o pedido de condenação da apelante em litigância de má fé.

Quantos ao juros de mora, bem como valor dos honorários advocatícios de sucumbência, considerando que tais matérias não são objeto do recurso de apelação, uma vez que foram arguidas pela apelada em contrarrazões, portanto de forma desformalizada, deixo de conhecê-las, posto que a via não é adequada.

1 Responsabilidade Civil. 8ª edição. Editora Forense, 1997, p. 97.

Posto isso, **conheço e nego provimento** ao presente recurso, mantendo a sentença em todos os seus termos e efeitos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sideni Soncini Pimentel, Vladimir Abreu da Silva e Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 26 de julho de 2012.

***

Quinta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.018963-3 - Campo Grande
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – PRESCRIÇÃO – AFASTADA – CONVERSÃO DA LICENÇA PRÊMIO NÃO GOZADA EM PECÚNIA – APOSENTADORIA DO SERVIDOR – POSSIBILIDADE – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MANTIDOS – APELO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. O termo inicial para contagem do prazo prescricional da pretensão ao recebimento de indenização por licença-prêmio não gozada conta-se a partir do ato de exclusão do servidor, no caso da sua aposentadoria. 2. É possível a conversão da licença-prêmio não gozada em pecúnia, nos termos do art. 3º da Lei n. 1.756/97, sob pena de enriquecimento sem causa da Administração. Materialmente impossível a fruição da licença, em virtude da aposentadoria, deve a Administração indenizar o servidor. 3. É de 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 Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, afastar a prejudicial e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 26 de julho de 2012.

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 Maria das Neves Santana Moreira, na qual foi julgado procedente o pedido para o fim de determinar a conversão dos seis meses de licença-prêmio em pecúnia. Sustenta a ocorrência de prescrição, tendo em vista que as licenças-prêmio mencionadas nos autos aludem a 1985, 1990 e 1995, sendo certo que a presente ação foi ajuizada somente em 2010, muito tempo depois do prazo previsto no art. 1º do Decreto 20.910/32 (5 anos). Quanto à questão de fundo, sustenta que não existe previsão legal autorizando a conversão da licença-prêmio em pecúnia, destacando que a aposentadoria inibe as condições legais para o gozo do benefício. Prossegue aduzindo que o reconhecimento dessa pretensão implica vulneração ao princípio da interdependência dos Poderes e que não houve enriquecimento sem causa. . Ataca ainda o capítulo da sentença que fixou os honorários advocatícios em R$ 2.500,00, aduzindo a exorbitância do valor fixado, diante da ausência de complexidade da causa, sendo que nem sequer houve produção de provas em audiência. 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)

Pretende a autora/apelada converter seis meses de licença-prêmio não gozadas em indenização. O julgador da instância singela julgou procedente o pedido inicial, condenando o Estado ao pagamento da indenização, a ser apurada em liquidação de sentença. Insurge-se o Estado alegando: ocorrência da prescrição qüinqüenal; a impossibilidade de conversão das licenças não gozadas em indenização e a redução do valor dos honorários, arbitrados em R$ 2.500,00.

Sustenta o apelante que a pretensão inicial estaria prescrita, tendo em vista que o direito à licença-prêmio foi adquirido há mais de 27 anos.

A pretensão à prestação pecuniária contra a Fazenda Pública prescreve em 5 anos, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/32. Sustenta o apelante que esse prazo contar-se-ia da data da aquisição do direito à licença-prêmio, no que não lhe assiste razão alguma.

Não se discute nos autos o direito à licença-prêmio, mas sim a conversão deste direito em indenização, tendo em vista a aposentadoria da apelada. Com efeito, nos termos do art. 189, violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue pela prescrição. A pretensão não está, como dito, no direito à licença-prêmio, mas na sua conversão em dinheiro em virtude da aposentadoria da apelada. De sorte que o direito à conversão da licença em indenização somente foi violado quando da aposentadoria, momento a partir do qual passou a fluir o prazo prescricional, tal como consignado na sentença e em consonância com a jurisprudência desta Corte, veja:

> APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO ORDINÁRIA – PRESCRIÇÃO – FAZENDA PÚBLICA – DECRETO N. 20.910/1932 – AFASTADA – LICENÇA-PRÊMIO NÃO GOZADA E NÃO CONTADA PARA FINS DE APOSENTADORIA – SERVIDOR PÚBLICO APOSENTADO – INDENIZAÇÃO EM PECÚNIA – POSSIBILIDADE – VEDAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA – JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA – AÇÃO AJUIZADA APÓS A ENTRADA EM VIGOR DA LEI N. 11.960/2009 – RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS. Nos casos envolvendo pedido de pagamento de licença-prêmio não gozada durante o período de atividade, o quinquênio previsto no Decreto n° 20.910/32 conta-se a partir da data da extinção do vinculo estatutário do servidor com a Administração Pública. (Apelação Cível - Ordinário - N. 2012.015951-3/0000-00 - Campo Grande, Relator - Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, 4ª Câmara, j. 5.6.2012)

No mesmo sentido:

> APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – LICENÇA-PRÊMIO NÃO GOZADA – PRESCRIÇÃO QUINQUENAL – NÃO OCORRÊNCIA – TERMO INICIAL – APOSENTADORIA – JULGAMENTO DA AÇÃO – CAUSA MADURA – CONVERSÃO EM PECÚNIA – POSSIBILIDADE – JUROS DE MORA – ART. 1º-F DA LEI 9.494/97 – RECURSO PROVIDO. Nas ações e direitos pleiteados contra a Fazenda Pública aplica-se a prescrição qüinqüenal prevista no art. 1º do Decreto nº 20.910/32, sendo inaplicável o art. 206, § 3º, IV, do Código Civil. Segundo precedentes do Superior Tribunal de Justiça, o termo inicial da prescrição para cobrança de direitos relativos ao servidor público, é a data da aposentadoria. (Apelação Cível - Ordinário - N. 2010.032361-7/0000-00 – Aquidauana, Relator - Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Santini, 2ª Câmara, j. 30.11.2010)

No mesmo norte, a orientação emanada do Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONVERSÃO DE LICENÇA NÃO USUFRUÍDA EM PECÚNIA. PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL. TERMO INICIAL: DATA DA APOSENTADORIA DO SERVIDOR. PRETENSÃO PRESCRITA. RECURSO DESPROVIDO. 1. É cabível a conversão em pecúnia de licença-prêmio adquirida antes da passagem do Servidor para inatividade e que não foi desfrutada, tendo em vista o princípio da vedação do enriquecimento sem causa. 2. Porém, de acordo com o entendimento já pacificado por esta Corte, a data da aposentadoria do Servidor é o termo inicial para a contagem do prazo prescricional quinquenal para requerer a conversão, independentemente do direito estar sendo requerido pelo próprio Servidor ou por seus beneficiários. 3. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no RMS 27.796/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 03/02/2009, DJe 02/03/2009).

Mais,

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PRESCRIÇÃO TRIENAL. ART. 206, § 3º, IV, DO CC. NÃO INCIDÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 1º DO DECRETO Nº 20.910/32. Incide em todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Pública, seja ela federal, estadual ou municipal, a prescrição qüinqüenal prevista no art. 1º do Decreto nº 20.910/32. Inaplicável o art. 206, § 3º, IV, do Código Civil. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1006937/AC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 15/04/2008, DJe 30/06/2008).

Assim, tendo em vista que a aposentadoria da apelada ocorreu em 2010 e a presente ação foi ajuizada em 2011, não há falar em prescrição, razão pela qual **rejeito a preliminar**.

No que tange à questão de fundo, mérito, entendo que também não assiste razão ao recorrente. Estabeleceu-se a controvérsia quanto à possibilidade do servidor receber indenização em razão de licença-prêmio não gozada quando da sua aposentadoria, posicionando-se o juiz da causa pela procedência do pleito.

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 nº 02/80 (revogada pela Lei 1.756/1997) e por 5 anos (afastamento por 3 meses), conforme art. 159 da Lei 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 nº 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.

Em que pesem os fundamentos contidos na insurgência, entendo que uma vez adquirido o direito à licença-prêmio e não gozada na data de aposentadoria (circunstância que torna materialmente impossível a sua fruição) impõe à Administração o dever de 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 nº 02/80 e Lei 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 à Constituição e da razoabilidade.

Por fim, vale registrar ainda, caso prevalecesse o entendimento estatal, haveria 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 que se falar em impossibilidade de conversão da licença em pecúnia.

O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou acerca da questão, 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 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 83 da Súmula do STJ. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.(AgRg no REsp 678.546/SC, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJe 15/03/2010) destaquei
>
> 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 829.911/SC, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJU de 18.12.2006. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1063313/DF AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2008/0072037-6 Relator(a) Ministro FELIX FISCHER (1109) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 03/02/2009 Data da Publicação/Fonte DJe 02/03/2009) 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.(Apelação Cível - Ordinário - N. 2011.007272-0/0000-00 - Pedro Gomes, Quinta Turma Cível, Relator: Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Publicação: 05/04/2011, Nº Diário: 2395) 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. (Relator: Des. Dorival Renato Pavan,

Publicação: 06/07/2009, Nº Diário: 1998) (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. (Apelação Cível - Ordinário - N. 2004.009326-8, Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, j 22-11-2005).

O pleito exordial, portanto, é procedente, razão pela qual não prospera a pretensão recursal também nesse ponto.

Por fim, insurgiu-se o apelante quanto ao valor dos honorários advocatícios, alegando ser excessivo (R$ 2.500,00), sem razão, a meu ver.

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, bem como os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, verifico que o valor arbitrado não merece redução, devendo ser mantido.

Os dispositivos prequestionados foram explícita ou implicitamente apreciados ou não guardam pertinência com a causa.

De tudo quanto exposto, **conheço do presente recurso de apelação e nego-lhe provimento**, ratificando em todos os seus termos a sentença invectivada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, AFASTARAM A PREJUDICIAL E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sideni Soncini Pimentel, Vladimir Abreu da Silva e Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 26 de julho de 2012.

***

Segunda Câmara Cível
Agravo Regimental em Embargos de Declaração em Apelação Cível n. 2009.017827-6/0002-01 - Campo Grande
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS – ATUALIZAÇÃO DO DÉBITO ANTES DA AMORTIZAÇÃO – ILEGALIDADE – ARGUMENTAÇÕES QUE NÃO INFIRMAM A DECISÃO RECORRIDA – REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

A aplicação desvirtuada da tabela price é vedada, consoante a jurisprudência pátria.

Nega-se provimento ao agravo regimental que não tenha desincumbido de mostrar a injustiça ou desacerto da decisão recorrida.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 10 de julho de 2012.

Des. Paulo Alfeu Puccinelli – Em substituição legal

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Haspa Habitação São Paulo Imobiliária S.A., inconformada com a decisão monocrática de fls. 332/340, proferida no recurso de apelação interposto nos autos da ação de revisão de cláusulas contratuais e repetição de indébito c/c consignação em pagamento, que lhe move **Humberto Vinco de Oliveira,** interpõe o presente regimental.

Aduz, em síntese, que o que foi emprestado e o valor a ser remunerado é o saldo devedor, e não o saldo devedor menos a quantia referente à primeira parcela, pois assim, ocorreria o enriquecimento ilícito dos contratantes.

Assevera que no entendimento do Superior Tribunal de Justiça é perfeitamente possível a atualização do débito antes de efetuar a amortização da prestação mensal.

Alega ser legal e justo, nos termos da súmula 450 do STJ, o reajuste do saldo antes que ele seja amortizado pelas prestações.

Postula a reconsideração da decisão ou sua apreciação pelo colegiado.

VOTO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (Relator)

O presente regimental não merece prosperar.

Na decisão agravada, restou assim redigida nos tópicos pertinentes, *in verbis*:

> [...] Referentemente à capitalização de juros, independentemente da periodicidade, é proibida em contratos vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação, consoante entendimento já pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça. Veja-se:
>
> AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO DE MÚTUO. SFH. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. IMPOSSIBILIDADE. TABELA PRICE. SÚMULAS NS. 5 E 7/STJ. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 557 § 2º, CPC. 1. Não é admitida a capitalização dos juros nos contratos vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação. 2. Inviável, em sede de recurso especial, a verificação da existência da capitalização de juros no sistema de amortização da tabela price, por requerer tal procedimento o reexame de conteúdo fático-probatório e de cláusulas contratuais. Incidência das Súmulas ns. 5 e 7/STJ [...] (AgRg no REsp 1068284/MG - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2008/0139470-0 Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA - 4ª TURMA - DJe 17.8.2009)
>
> AGRAVO REGIMENTAL. MÚTUO HABITACIONAL. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. IMPOSSIBILIDADE. 1. Não é admitida a capitalização dos juros nos contratos vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação. 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 932.287/RS. Quarta Turma. Relator Ministro João Otávio de Noronha. Julgamento 28.04.2009. Publicação DJe 11.05.2009).
>
> Desse modo, imperioso concluir que não é possível a capitalização dos juros no contrato em tela, ainda que expressamente pactuada.
>
> No tocante às insurgências de ambos os recorrentes em relação à aplicação da tabele price como determinado na sentença combatida, entendo que não merecem guarida.
>
> É entendimento pacífico desta Corte que a tabela price é aplicável aos contratos vinculados ao Sistema Financeiro de Habitação. Contudo, a sistemática de cálculo que se admite, consiste em primeiro decotar-se do saldo devedor as prestações pagas, para ao depois, atualizar o saldo remanescente.
>
> Vejamos:
>
> EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO – SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – UTILIZAÇÃO DA TABELA PRICE – POSSIBILIDADE – AMORTIZAÇÃO POSTERIOR À ATUALIZAÇÃO DO SALDO DEVEDOR – CAPITALIZAÇÃO ANUAL – CLÁUSULA CONTRATUAL QUE PREVÊ A EXIGÊNCIA DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – IMPOSSIBILIDADE – INCOMPATIBILIDADE COM O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA – IGP-DI – AUSÊNCIA DE ABUSIVIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de financiamento imobiliário.

A Tabela "Price" é aplicável aos contratos vinculados ao Sistema Financeiro de Habitação, de modo que a atualização do saldo devedor deve preceder sua amortização pelo pagamento da prestação.

Na correção do saldo devedor do contrato de financiamento habitacional a periodicidade da capitalização não poderá ser inferior a um ano.

É abusiva a cláusula contratual que fixa previamente os honorários advocatícios a serem arcados pelo consumidor inadimplente, pois a condenação em verbas sucumbenciais é decorrência lógica da sentença, sendo inacumulável, sob pena de repudiável bis in idem, se admitida tal disposição.

O índice de correção monetária previsto no contrato, IGP-DI, não gera desequilíbrio contratual, devendo ser mantido. (Apelação Cível - Ordinário - N. 2011.010592-6/0000-00 - Campo Grande, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, j. 19.05.2011)

É certo que no Sistema Price o agente financeiro de início atualiza o débito, com correção monetária e juros, e depois procede a sua amortização.

Assim agindo, como explicou o Des. Dorival Renato Pavan, na Relatoria da Apelação Cível n. 2008.015691-6, "os juros crescem em progressão geométrica e não em progressão aritmética, caracterizando juros sobre juros ou anatocismo.

Entretanto, tal forma de atualização, que ocorre mês a mês, visto ser esta a periodicidade de pagamento da dívida, é vedada, de modo que aplicação deste tipo de amortização deve de fato ser afastada, como já decidiu esta Egrégia Corte:

Nos contratos regidos pelo SFH, a amortização da parcela mensal deve ocorrer antes da atualização do saldo devedor, devendo ser excluído o sistema de amortização feito pela tabela price. (Quinta Turma Cível - Apelação Cível nº 2006.020670-3 - Campo Grande - Relator Des. Vladimir Abreu da Silva, julgado em 23/07/2009).

Nesse contexto, como bem ressaltou o magistrado sentenciante, *in verbis* (f. 227):

Desse modo, a incidência da Tabela Price caracteriza capitalização mensal, o que é vedado, devendo a amortização do valor devido ser feita primeiro com o abatimento dos valores pagos para, só ao depois, incidir a atualização monetária.

Vale apreciar, ainda, a questão envolvendo o pleito consignatório.

A ação de consignação em pagamento é via processual por meio da qual o devedor requer, com efeito de pagamento, a consignação da quantia ou da coisa devida (artigo 890 do CPC). Contém, pois, eficácia liberatória da obrigação de pagar.

A consignação em pagamento visa, como visto, à extinção da obrigação, à declaração de que o depósito foi a contento, que satisfez os requisitos legais para o pagamento e que liberou o devedor do seu dever. Vale dizer, é genuína forma de conseguir quitação forçada do débito. Dessa forma, declara também a liberação da mora, ou de suas cominações, como dos juros, da multa etc.

O depósito incidental, por conseguinte, difere do procedimento da ação de consignação em pagamento, posto que tem finalidade cautelar, e objetiva garantir ao devedor acesso à prestação jurisdicional quando inconformado com os valores da cobrança. Assim, o pedido está sujeito ao destino da ação revisional, vale dizer, ao cálculo do saldo devedor do contrato.

Por outro lado, é certo que tais depósitos não têm o condão de extinguir a obrigação do devedor perante o credor, podendo, ao final da demanda, ser exigida a complementação dos valores depositados, caso venha a ser constatada a sua insuficiência.

Vale destacar que, na hipótese dos autos, a consignação se converte em mero pedido incidente e acessório de depósito judicial das parcelas, no qual o rigor da necessidade de liquidez e certeza do débito cede diante da discussão principal pertinente às cláusulas contratuais que se objetiva rever.

Nesse sentido é o entendimento exposto pelo processualista Humberto Theodoro Júnior que, ao lecionar sobre a consignação em pagamento incidental, consigna que:

O depósito em consignação, por outro lado, é incidente, quando postulado o pedido cumulado com outras pretensões do devedor. [...]

O pedido de depósito incidente, conforme as circunstâncias, tanto pode referir-se a uma providência prévia como a uma medida final ou a posteriori. No primeiro caso, ocorrerá o denominado depósito preparatório da ação; e no último, o depósito apresentará, geralmente, como efeito da sentença e requisito de sua execução.

Em qualquer das hipóteses, porém, o pedido de depósito incidente tem como característica seu aspecto acessório e secundário. É pelo julgamento do pedido principal, cumulado ao de depósito, que se definirão a sorte e a eficácia da consignação, de maneira que, rejeitado aquele, não tem condições de subsistir o depósito por si só.

Sendo, outrossim, acessório o depósito, não é tão relevante, na espécie, a liquidez e certeza da obrigação, em caráter preliminar, pelo menos. É que, nestes casos de cumulação de pedidos, a certeza jurídica e a liquidez da obrigação serão alcançadas, via de regra, pela solução do pedido principal. Se o depósito foi preparatório e estiver a menor do que o débito proclamado na sentença, oportunidade terá o autor de completar a consignação, na fase executória, se a tanto não se opuser algum preceito de direito material. [...]

Nessas ações, que seguem o rito ordinário, e não o da consignação em pagamento, nada impede, também, que o autor, desde logo, deposite em juízo o valor em que provisoriamente estima sua dívida, o qual estará sujeito a reajustes da sentença final, mas que poderá muito bem ser aceito pelo demandado, com antecipação para o desate da lide, em modalidade de autocomposição. [1]

Assim, como bem observou o juiz *a quo*:

Logo, sendo certo que os depósitos efetuados pelo autor mensalmente, no valor de R$ 201,87, são menores do que o valor devido, já que não realizados com base em cálculo elaborado dentro dos parâmetros apontados nesta sentença, inarredável a procedência parcial do pedido formulado na presente ação de consignação em pagamento, para, nos termos do art. 899, § 2º, do CPC, condenar o autor ao pagamento da diferença da quantia devida, a ser apurado em liquidação. (f. 231)

Apenas é possível concluir que houve pagamento parcial da obrigação, devendo ser apurado eventual saldo devedor ou credor na fase de liquidação de sentença.

Desse modo, impõe-se a procedência parcial do pedido consignatório, ou seja, apenas nos limites do que foi efetivamente depositado nos autos, sendo por conseguinte, devido o levantamento pela recorrida da importância consignada nestes autos, conforme vaticinou o magistrado *a quo*.

1 JUNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil: Rio de Janeiro, 2003, volume III, 34ª edição, editora Forense, p. 23

Em relação a restituição dos valores pagos a maior pelo recorrido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu ser possível a revisão das cláusulas do contrato em ação de consignação em pagamento.

A propósito, confira-se o julgado abaixo:

Ação de consignação em pagamento. Cumulação de pedidos. Precedentes da Corte.

1. Já decidiu a Corte ser possível em ação de consignação em pagamento "examinar o critério de reajustamento em contratos de mútuo para a aquisição da casa própria" (REsp n° 257.365/SE, de minha relatoria, DJ de 18/6/01). Há, também, precedente no sentido de que se admite "a cumulação dos pedidos de revisão de cláusulas do contrato e de consignação em pagamento das parcelas tidas como devidas por força do mesmo negócio jurídico" e de que quando o autor cumula pedidos "que possuem procedimentos judiciais diversos, implicitamente requer o emprego do procedimento ordinário. (REsp n° 464.439/GO, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, DJ de 23/6/03).

2. Não viola o art. 292, § 1°, I e II, do Código de Processo Civil a decisão que defere ao autor a possibilidade de opção pelo procedimento ordinário antes do indeferimento da inicial.

3. Recurso especial não conhecido." (STJ. RESP 616357/PE. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Terceira Turma. J: 07.06.2005).

Assim, impõe-se a obrigação de devolver a importância recebida indevidamente, ainda que de forma simples.

Nesse sentido, eis o entendimento deste Tribunal:

Demonstrado o pagamento de valores a maior, cabível a repetição do indébito, sob pena de enriquecimento ilícito da instituição financeira. (TJ/MS, Apelação Cível - Proc. Especiais - nº. 2011.026687-7/0000-00 - Campo Grande, 3ª Turma Cível, julgado em 20.9.2011).

Após a revisão contratual, se constatado que houve pagamento a maior, deve-se condenar a instituição credora à repetição do indébito porém na forma simples. (TJ/MS – Apelação Cível n. Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli – 2ª turma cível – J. 22.10.2007).

Nessa vertente, enfim, após a revisão feita no contrato, de acordo com os parâmetros aqui traçados, se existir saldo credor, deve ser feita a compensação/restituição dos valores cobrados a mais, porém, de forma simples, a fim de se evitar o enriquecimento sem causa de uma das partes.

[...]

Ante o exposto, com supedâneo no artigo 557, §1º-A do Código de Processo de Civil, dou parcial provimento ao recurso de apelação interposto por Humberto Vinco de Oliveira, para o fim de excluir do contrato a capitalização de juros em qualquer periodicidade, bem como para retificar o dispositivo do decisum da ação reconvencional nos termos acima declinados.

Por conseguinte, com fulcro no art. 557, caput, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso de apelação interposto por Haspa – Habilitação São Paulo Imobiliária S/A, mantendo-se inalterada, nos demais termos, a sentença objurgada.

Nessa vertente, enfim, após a revisão feita no contrato, de acordo com os parâmetros aqui traçados, se existir saldo credor, deve ser feita a compensação/restituição dos valores cobrados a mais, porém, de forma simples, a fim de se evitar o enriquecimento sem causa de uma das partes.

Consigno que, inclusive, a fundamentação e os motivos de fato e direito expostos por ocasião do julgamento do recurso somente me conduz a reafirmar meu posicionamento já externado por ocasião da decisão monocrática.

Por todo o exposto, nego provimento ao regimental.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Tânia Garcia de Freitas Borges, Julizar Barbosa Trindade e Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 10 de julho de 2012.

***

Segunda Câmara Cível
Agravo Regimental em Agravo n. 2012.011909-0/0001-00 - Campo Grande
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – PENHORA ON LINE DE 30% – DEPÓSITO REFERENTE À CONTA SALÁRIO– POSSIBILIDADE – DECISÃO MANTIDA – ARGUMENTAÇÕES QUE NÃO INFIRMAM A DECISÃO RECORRIDA.

A questão da impenhorabilidade de quantia referente a salário, prevista no art. 649, inciso IV, do CPC, na esteira do atual entendimento jurisprudencial, restou mitigada no sentido de que a penhora no percentual de 10% (dez por cento) a 30% (trinta por cento) dos valores que constam em conta-salário não implica em onerosidade excessiva ao devedor, sendo que tal mitigação da regra da impenhorabilidade da verba salarial vem em prol da efetividade do processo de execução e não implica em afronta ao princípio de que a execução deve se processar da forma menos onerosa ao devedor.

Nega-se provimento a agravo regimental que não tenha desincumbido de mostrar a injustiça ou desacerto da decisão recorrida.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 3 de julho de 2012.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relatora

RELATÓRIO

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

James Oliveira da Silva, inconformado com a decisão monocrática que negou seguimento ao seu recurso de agravo de instrumento, interpõe o presente regimental.

Aduz que o artigo 649, inciso IV, do Código de Processo Civil, expressamente proíbe a constrição judicial do salário do devedor.

Assinala que o Superior Tribunal de Justiça por diversas vezes determinou a impenhorabilidade absoluta de depósito bancário com caráter alimentar.

Afirma que seu salário não pode sofrer qualquer constrição.

Por fim, requer a reconsideração da decisão agravada ou a apreciação do presente recurso pelo Colegiado.

VOTO

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (Relatora)

A decisão agravada restou assim redigida:

> Passo a decidir com espeque no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, que reza: "O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior."
>
> Em que pesem os argumentos do agravante, razão não lhe assiste.
>
> Com efeito, a decisão agravada foi proferida em estrita consonância com a jurisprudência pátria, que permite que a constrição recaia em verba de natureza salarial, razão pela qual entendo que não há ofensa ao art. 649, IV, do Código de Processo Civil, tampouco os artigos 1º, III e 7º da Constituição Federal e preserva a garantia de sobrevivência digna do devedor.
>
> Nesse diapasão, confira-se os seguintes julgados:
>
> PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO DENEGATÓRIA DE PENHORA SOBRE SALÁRIO DA EXECUTADA - PROVIMENTO DO RECURSO.
>
> 1. COM O OBJETIVO DE TORNAR EFETIVA A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E ASSEGURAR A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E OS MEIOS QUE GARANTAM A CELERIDADE DE SUA TRAMITAÇÃO, A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE, RELATIVANDO A NORMA INSCRITA NO ART. 649, INC. IV, DO CPC, ADMITE A PENHORA DE 30% DO SALÁRIO LÍQUIDO DO EXECUTADO.
>
> 2. RECURSO PROVIDO. MAIORIA
>
> (Resumo: Processual Civil - Agravo de Instrumento - Decisão Denegatória de Penhora Sobre Salário da Executada - Provimento do Recurso., Relator(a): ESTEVAM MAIA, Julgamento: 15/10/2008, Órgão Julgador: 4ª Turma Cível, Publicação: DJU 05/11/2008 Pág.: 96)
>
> 46045643 - MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSO CIVIL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INCIDÊNCIA DA TEORIA MENOR DA DESCONSIDERAÇÃO. Inexistência de patrimônio apto satisfazer o crédito. Legalidade do ato impugnado no que tange à despersonificação em face do § 5º do art. 28 do CDC. Execução. Cumprimento de sentença. Penhora 'on line'. Conta salário. Possibilidade. Limitação ao percentual de 30% (trinta por cento). Harmonização entre os princípios da efetividade da prestação jurisdicional e do processamento da execução por meio menos gravoso ao executado. Inteligência dos arts. 5º, inciso lxxviii e 7º, inciso X, ambos da CF, arts. 649, inciso IV, 655. A do CPC c/c os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Segurança parcialmente concedida. (TJ-BA; Rec. 30222-8/2000-1; Segunda Turma Recursal; Rel. Juiz Aurelino Otacilio Pereira Neto; DJBA 19/11/2008) CDC, art. 28 CF, art. 7 CPC, art. 655-A)

48238347 - DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. PEDIDO DE PENHORA ON LINE. SISTEMA BACEN-JUD. SALÁRIO E PROVENTOS. ART. 649, IV, DO CPC. Segundo remansosa jurisprudência deste Eg. TJDFT, a impenhorabilidade da verba salarial, disposta no art. 649, inc. IV, do CPC, há de ser mitigada em favor da efetividade do processo de execução, mormente quando se verifica que o bloqueio de parte da renda não privará o devedor de honrar outros compromissos assumidos. Nesse sentido, a limitação dos descontos na conta-corrente do devedor em 30% (trinta por cento) de seus rendimentos líquidos se mostra razoável. (TJ-DF; Rec 2008.00.2.015140-1; Ac. 334.753; Sexta Turma Cível; Relª Desª Ana Maria Duarte Amarante Brito; DJDFTE 12/12/2008; Pág. 76) CPC, art. 649

53104613 - AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO PENHORA ON LINE. BLOQUEIO DE CONTAS DE CARÁTER ALIMENTAR ÔNUS DA ALEGAÇÃO NÃO COMPROVADO. BLOQUEIO DE 30% SOBRE CONTA-SALÁRIO. PROTEÇÃO SALARIAL CONFIGURADA. RECURSO NÃO PROVIDO. Compete ao executado comprovar que as quantias depositadas em conta corrente estão revestidas de impenhorabilidade (art. 655 - A, § 2º, do CPC). Ainda que proveniente de salário, é possível a penhora parcial dos valores depositados em conta corrente, com a ressalva de que o desconto deve limitar-se a 30%. (TJ-MS; AgRg-AG 2008.027875-5/0001-00; Naviraí; Segunda Turma Cível; Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade; DJEMS 26/11/2008; Pág. 27)

65334855 - AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE CANCELAMENTO DA PENHORA ON LINE EFETUADA SOBRE 30% DE SUA CONTA CORRENTE. INCONFORMISMO DO. DEVEDOR FIRME NA TESE DE QUE O SALÁRIO É. IMPENHORÁVEL E QUE A MEDIDA AFETA A SUA SUBSISTÊNCIA E A DE SUA FAMÍLIA NÃO ACOLHIMENTO. O fato de na conta corrente serem depositados os proventos do devedor não a torna impenhorável, para os fins do art. 649, IV, do CPC. Iterativa jurisprudência deste Tribunal no sentido de que os descontos,, nestas hipóteses, devem se limitar a' 30% dos vencimentos do devedor. Recurso não provido. (TJ-SP; AI 7300496-9; Ac. 3349068; Santo André; Décima Primeira Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Moura Ribeiro; Julg. 06/11/2008; DJESP 04/12/2008)

A penhora de valor de até 30% do salário, preserva-se a sobrevivência do executado, sem se ignorar as necessidades urgentes do trabalhador, sendo que a manutenção do ato do juiz de primeira instância também confere maior credibilidade às decisões emanadas pelo Poder Judiciário, dando maior grau de certeza àquele que se utiliza desta via de solução de conflitos, de que terá, mais do que o exercício de um direito, um acesso à ordem jurídica justa, célere e eficaz. (Agravo n. 2007.029338-3, 3ª Turma Cível, rel. Des. Hamilton Carli, j. 12.11.2007)

Ademais, no caso vertente, a penhora recairá no valor equivalente a 30% (trinta por cento) sobre o subsídios auferidos pelo agravante, mantendo preservada sua garantia de sobrevivência.

Demais disso, é imperioso consignar que o agravante não se desincumbiu de provar de forma idônea e inequívoca que tem seus proventos comprometidos em sua integralidade.

José Carlos Barbosa Moreira, na obra Comentários ao Código de Processo Civil, Editora Forense, 11ª edição, vol. V, p. 662, ensina:

Nitidamente superior, no particular, desde a Lei nº 9.139, é a redação do dispositivo sob exame, que não deixa dúvida sobre a respectiva incidência em qualquer

> caso de inadmissibilidade (deserção, falta de legitimidade ou de interesse em recorrer etc.). 'Improcedente' é o recurso quando o recorrente carece de razão no mérito, isto é, quando infundados os motivos por que impugna a decisão recorrida. Para os fins que ora se têm em vista, a lei equipara as hipóteses de recurso inadmissível e de recurso infundado – ou seja, respectivamente, de recurso do qual, se viesse a julgá-lo, não deveria conhecer o colegiado, e de recurso a que este deveria negar provimento [...].
>
> Também analisando as aplicações do artigo 557, caput, do Código de Processo Civil, José Edvaldo Albuquerque de Lima, in "A Nova Lei do Agravo e suas Implicações", Editora LED, 2ª edição, p. 103, ensina:
>
> [...]Ser-lhe-á negado seguimento quando improcedente, ou seja, quando a norma jurídica aplicável não estiver de acordo com a pretensão do recorrente. Em outras palavras, são os recursos meramente protelatórios, para procrastinação do feito. No dizer de Valentina Julgmann 'Sempre que o agravante pretender, por intermédio do recurso, obter resultado contrário àquele que resulta claramente da lei, deve ser considerado manifestamente improcedente.'(Valentina, 1998:142)"
>
> Por tais razões, com fulcro no artigo 557, caput do Código de Processo Civil, nego seguimento ao presente agravo.

Constato que a decisão agravada bem analisou todas as questões postas via agravo, não logrando o recorrente trazer, por meio do presente recurso, qualquer argumento capaz de modificar a opinião externada por meio do *decisum* vergastado.

Consigno que, inclusive, a fundamentação e os motivos de fato e direito expostos por ocasião do julgamento do recurso somente me conduz a reafirmar meu posicionamento já externado por ocasião da decisão monocrática.

Ademais, verifico tratar-se o caso dos autos de hipótese em que se autoriza a decisão monocrática, eis que, no escólio preciso de Barbosa Moreira, tem-se que a lei adjetiva autoriza o mesmo efeito, qual seja, o julgamento monocrático para as situações de recurso inadmissível e infundado, que implicam, respectivamente, o não conhecimento e o improvimento da irresignação.

Veja-se:

> Nitidamente superior, no particular, desde a Lei nº 9.139, é a redação do dispositivo sob exame, que não deixa dúvida sobre a respectiva incidência em qualquer caso de inadmissibilidade (deserção, falta de legitimidade ou de interesse em recorrer etc.). 'Improcedente' é o recurso quando o recorrente carece de razão no mérito, isto é, quando infundados os motivos por que impugna a decisão recorrida. Para os fins que ora se têm em vista, a lei equipara as hipóteses de recurso inadmissível e de recurso infundado – ou seja, respectivamente, de recurso do qual, se viesse a julgá-lo, não deveria conhecer o colegiado, e de recurso a que este deveria negar provimento [...].[1]

Seguindo na esteira dessa permissibilidade legal, neguei seguimento ao recurso por ser manifestamente improcedente.

Em suma, as razões apresentadas neste regimental não alteram o entendimento anterior e, portanto, a decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Por todo o exposto, nego provimento ao regimental.

1 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, Editora Forense, 11ª edição, vol. V, p. 662.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relatora, a Exma. Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Tânia Garcia de Freitas Borges, Julizar Barbosa Trindade e Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 3 de julho de 2012.

***

Segunda Câmara Cível
Agravo Regimental em Agravo n. 2012.016026-2/0001-00 - Campo Grande
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA–AGRAVO REGIMENTAL–AGRAVO DE INSTRUMENTO–CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – ARREMATAÇÃO DE IMÓVEL EM HASTA PÚBLICA – EXISTÊNCIA DE DÍVIDA TRIBUTÁRIA – APLICAÇÃO DO ARTIGO 130 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO – NÃO EXISTÊNCIA DE EXECUÇÃO FISCAL – IRRELEVÂNCIA – SUB–ROGAÇÃO SOBRE O RESPECTIVO PREÇO – DECISÃO MONOCRÁTICA – ART. 557, CAPUT, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – NEGATIVA DE SEGUIMENTO – ARGUMENTAÇÃO QUE NÃO INFIRMAM A DECISÃO RECORRIDA – REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

Nos termos do artigo 130, § único, do CTN, tratando-se de imóvel adquirido em hasta pública, o produto da arrematação responde pelas eventuais dívidas tributárias incidentes sobre o imóvel arrematado, independentemente de haver ou não execução fiscal sobre aludido débito.

Nega-se provimento a agravo regimental que não tenha desincumbido de mostrar a injustiça ou desacerto da decisão recorrida.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 10 de julho de 2012.

Des. Paulo Alfeu Puccinelli – em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Condomínio Edifício Mercury e outro, inconformados com a decisão monocrática proferida no recurso de agravo de instrumento interposto nos autos *cumprimento de sentença,* que movem em face de Kosma Lúcia de Lima Nogueira e Espólio de Paulo Iran Nogueira Sardinha, interpõem o presente regimental.

Aduzem, em síntese, que a decisão agravada viola o artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, uma vez que o recurso de agravo não é improcedente, inadmissível, prejudicado ou conflitante com súmula ou jurisprudência dominante.

Assinalam que a decisão do juiz *a quo* não pode prevalecer, eis que legitimou a preferência da satisfação do crédito existente em favor do Município, sem considerar que não existia qualquer execução fiscal buscando a quitação do débito fiscal do imóvel arrematado.

Afirmam que a preferência do crédito tributário sobre os demais pressupõe a existência de ação de execução e penhora.

Postulam a reconsideração da decisão agravada ou a sua apreciação pelo colegiado.

VOTO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges (Relator)

A decisão agravada restou assim redigida, *in verbis*:

> Passo a decidir com espeque no art. 557, caput, do Código de Processo Civil, que reza: "O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior."
>
> Em que pesem os argumentos dos agravantes, razão não lhes assistem.
>
> Com efeito, dispõe o artigo 130 do Código Tributário Nacional, que:
>
> Os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, sub-rogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação.
>
> Parágrafo único. No caso de arrematação em hasta pública, a sub-rogação ocorre sobre o respectivo preço. (destaquei)
>
> Assim, tratando-se de imóvel adquirido em hasta pública, o produto da arrematação responde pelas eventuais dívidas tributárias incidentes sobre o imóvel arrematado, independentemente de haver ou não execução fiscal sobre aludido débito.
>
> No caso dos autos, verifica-se que os exequentes tinham pleno conhecimento da dívida fiscal existente sobre o bem constritado (fls. 280), razão pela qual mostra-se escorreita a decisão que determinou a expedição de alvará ao Município de Campo Grande para a quitação do débito tributário, em observância ao § único, do artigo 130, do CTN.
>
> Nesse sentido, eis a jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça:
>
> ARREMATAÇÃO. PREÇO. IPTU. O preço apurado na arrematação serve ao pagamento do IPTU incidente sobre o imóvel. Art. 130 do CTN. Precedentes. Recurso conhecido e provido em parte. (REsp 447.308/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 25/11/2002, DJ 19/12/2002 p. 375.)
>
> PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL – DISPOSITIVOS LEGAIS – FALTA DE PREQUESTIONAMENTO – SÚMULAS 282 E 356 DO STF – IPTU – ARREMATAÇÃO – RESPONSABILIDADE LIMITADA AO VALOR ARREMATADO – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 130, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN – INOVAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL – IMPOSSIBILIDADE – FALTA DE PREQUESTIONAMENTO.
>
> 1. Os artigos tidos por violados não foram enfrentados, quer implícita ou explicitamente, pelo acórdão recorrido, o que determina a incidência das Súmulas 282 e 356 do Excelso Supremo Tribunal Federal.

[...].

3. A presente controvérsia já foi discutida por este Tribunal Superior, que firmou o seguinte entendimento: "O Artigo 130 do CTN manda que, em caso de arrematação em hasta pública, a sub-rogação ocorra sobre o respectivo preço." (REsp 283.251/AC; Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 5.11.2001).

4. É inviável inovar a controvérsia em sede de agravo regimental para conduzir à apreciação de temas não ventilados nas razões do recurso especial, muito menos questões não prequestionadas. Agravo regimental improvido.(AgRg no REsp 1073521/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 2.12.2008, DJe 12.2.2009)

E também desta Corte de Justiça, *in verbis:*

E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO – ARREMATAÇÃO DE BEM IMÓVEL – DÍVIDA DE IPTU – ART. 130 DO CTN – DECISÃO MANTIDA – PROVIMENTO NEGADO.

De acordo com o artigo 130 do CTN, tratando-se de imóvel adquirido em hasta pública, o produto da arrematação responde pelas eventuais dívidas tributárias incidentes sobre o imóvel.

(Agravo - N. 2011.011350-7/0000-00 - Campo Grande, j. 08.06.2011, Relator - Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins, j. 08.06.2011)

José Carlos Barbosa Moreira, na obra Comentários ao Código de Processo Civil, Editora Forense, 11ª edição, vol. V, p. 662, ensina:

Nitidamente superior, no particular, desde a Lei nº 9.139, é a redação do dispositivo sob exame, que não deixa dúvida sobre a respectiva incidência em qualquer caso de inadmissibilidade (deserção, falta de legitimidade ou de interesse em recorrer etc.). 'Improcedente' é o recurso quando o recorrente carece de razão no mérito, isto é, quando infundados os motivos por que impugna a decisão recorrida. Para os fins que ora se têm em vista, a lei equipara as hipóteses de recurso inadmissível e de recurso infundado – ou seja, respectivamente, de recurso do qual, se viesse a julgá-lo, não deveria conhecer o colegiado, e de recurso a que este deveria negar provimento [...].

Também analisando as aplicações do artigo 557, caput, do Código de Processo Civil, José Edvaldo Albuquerque de Lima, in "A Nova Lei do Agravo e suas Implicações", Editora LED, 2ª edição, p. 103, ensina:

[...] Ser-lhe-á negado seguimento quando improcedente, ou seja, quando a norma jurídica aplicável não estiver de acordo com a pretensão do recorrente. Em outras palavras, são os recursos meramente protelatórios, para procrastinação do feito. No dizer de Valentina Julgmann 'Sempre que o agravante pretender, por intermédio do recurso, obter resultado contrário àquele que resulta claramente da lei, deve ser considerado manifestamente improcedente. (Valentina, 1998:142)"

Por tais razões, com fulcro no artigo 557, caput do Código de Processo Civil, nego seguimento ao presente agravo.

A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Verifico tratar-se o caso dos autos de hipótese em que se autoriza a decisão monocrática, eis que, no escólio preciso de Barbosa Moreira, tem-se que a lei adjetiva autoriza o mesmo efeito, qual seja, o julgamento

monocrático para as situações de recurso inadmissível e infundado, que implicam, respectivamente, o não conhecimento e o improvimento da irresignação.

Veja-se:

> Nitidamente superior, no particular, desde a Lei nº 9.139, é a redação do dispositivo sob exame, que não deixa dúvida sobre a respectiva incidência em qualquer caso de inadmissibilidade (deserção, falta de legitimidade ou de interesse em recorrer etc.). 'Improcedente' é o recurso quando o recorrente carece de razão no mérito, isto é, quando infundados os motivos por que impugna a decisão recorrida. Para os fins que ora se têm em vista, a lei equipara as hipóteses de recurso inadmissível e de recurso infundado – ou seja, respectivamente, de recurso do qual, se viesse a julgá-lo, não deveria conhecer o colegiado, e de recurso a que este deveria negar provimento [...].[1]

Nesse contexto, como ressaltado na decisão agravada:

> Com efeito, dispõe o artigo 130 do Código Tributário Nacional, que:
>
> Os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, sub-rogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação.
>
> Parágrafo único. No caso de arrematação em hasta pública, a sub-rogação ocorre sobre o respectivo preço. (destaquei)

Assim, tratando-se de imóvel adquirido em hasta pública, o produto da arrematação responde pelas eventuais dívidas tributárias incidentes sobre o imóvel arrematado, independentemente de haver ou não execução fiscal sobre aludido débito.

Por todo o exposto, nego provimento ao regimental.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Relator, o Exmo. Sr. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Tânia Garcia de Freitas Borges, Julizar Barbosa Trindade e Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 10 de julho de 2012.

***

1 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, Editora Forense, 11ª edição, vol. V, p. 662.

Quinta Câmara Cível
Agravo Regimental em Agravo n. 2012.009867-9/0001-00 - Cassilândia
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO – AÇÃO DE EXECUÇÃO – ARRESTO – CONVERSÃO EM PENHORA E DEPÓSITO – PROPRIEDADE DO IMÓVEL DE TERCEIRO – TRANSFERÊNCIA DA PROPRIEDADE OU POSSE DO IMÓVEL AO EXECUTADO – NÃO DEMONSTRADA – REDISCUSSÃO DA MATÉRIA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Mantém-se a decisão monocrática se não demonstrado fato novo que possa ensejar a modificação do *decisum* guerreado.

Recurso conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 28 de junho de 2012.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Trata-se de Agravo Regimental interposto por Gilberto Barbosa Ferreira, contra decisão monocrática proferida, a qual julgou improcedente a pretensão recursal deduzida, mantendo-se inalterada a decisão interlocutória proferida pela juíza singular.

Procura esclarecer que a divergência nas áreas corresponde ao fato de que José Renato Pires Machado era proprietário de uma área bem maior do que consta na matrícula n. 24.186, do Cartório de Registro Imobiliário da Comarca de Paranaíba.

Pontua que atualmente o imóvel esta em nome de outra pessoa que não José Renato Pires de Freitas, ser em razão de, logo após ter sido deferido o arresto no presente execução, em setembro de 2009, ele ter alienado seus bens em dezembro de 2009, a fim de evitar que ocorresse a expropriação.

Comenta mais uma vez que que a Fazenda não pertencia de fato a José Renato Pires de Freitas, que em depoimento realizado durante instrução dos embargos de terceiro, autos n. 007.09.002036-3, ele próprio confirmou que o imóvel era seu, e o vendeu a Greideir Augustinho de Moraes.

Finaliza requerendo o conhecimento e provimento do presente para, reconsiderar a decisão monocrática proferida, mantendo-se a penhora sobre o imóvel arrestado nos autos.

VOTO (EM 21.6.2012)

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator)

A decisão recorrida encontra-se assim fundamentada:

> Ao analisar a documentação acostada aos autos, não consegui vislumbrar a correlação fática e negocial existente entre o imóvel matrícula n. 24.186 (f. 26 TJ/MS), com o compromisso particular de venda e compra (f. 27 TJ/MS).
>
> Referido compromisso particular de compra e venda tem em seu bojo como objeto da venda: "uma gleba de terras com a área de 52,8 ha (cinquenta e dois hectares e oito ares), imóvel rural denominado "FAZENDA SÃO JOSÉ", com inscrição Estadual n. 28.582.668-9, localizado no município de Paranaíba; e 30 (trinta) cabeças de novilhas de 15 a 18 meses.". (f. 27 TJ/MS)
>
> Por outro lado o imóvel que foi objeto de arresto, porém tendo a conversão deste em penhora e depósito indeferidos pela juíz singular, corresponde a uma gleba de terra de 33,88 has (trinta e tres hectares e oitenta e oito ares), área esta discrepante com aquele mencionada no compromisso particular de venda e compra, como também que no momento da propositura da ação de execução (10 de junho de 2009), a referida gleba de terra mencionada na matrícula do imóvel, apontada como bem passível de arresto, denominava-se "TACHIMARRAL" e não "SÃO JOSÉ", fato este que somente ocorreu em 18 de novembro de 2009, como faz prova a certidão da matrícula do imóvel de f. 143-144 TJ/MS.
>
> Portanto ao ser entabulado o compromisso particular de venda e compra em análise, os contratantes utilizaram denominação para a gleba de terra, contrária aquela existente na matrícula do imóvel, que o exequente, ora agravante, pretende que seja reconhecido como aquela descrita no compromisso particular de compra e venda.
>
> Entendo que não deveria o juiz singular determinar o arresto em bem imóvel, cujo domínio não restou demonstrado ser do executado, ora agravado, pela simples existência de compromisso de compra e venda, cujo objetivo da venda não guarda correção fática e negocial, nenhuma com o bem indicado para arresto.
>
> Tenho também que ao menos foi levado a registro, referido compromisso particular de venda e compra, não produzindo efeitos contra terceiros, o que no caso, seria o exequente, ora agravante, comprovando cabalmente que a propriedade do imóvel fora transferido ao executado, ora agravado, legitimando assim o arresto sobre referido bem imóvel.
>
> Na forma com que se demonstrado nos autos, o bem ofertado a arresto, pedido este deferido pelo juiz singular, não era de propriedade do executado, ora agravado, mas de terceiro alheio a pretensão jurisdicional deduzida em sede de ação de execução, razão pela qual o arresto de referido bem não deveria ter ocorrido, muito menos sua conversão em penhor e depósito, caso contrário, estar-se-ia, penhorando bem de terceiro para saldar o débito do exequente, ora agravante.
>
> Outrossim, não demonstrou o exequente, ora agravante, ter o executado, ora agravado, ao menos o exercício a posse de referido imóvel, vindo assim a possivelmente penhorar o direito sobre esta posse, já que o auto de busca, apreensão e depósito, lavrado

> nos autos da ação cautelar de arresto, autos n. 007.09.101055-8, em que o executado, ora agravado, também executado naqueles autos, em que lhe move Heliu Martins de Oliveira, foi concretizado arresto de semoventes, os quais estavam na "Fazenda Salto ou Viradouro", no Município de Cassilândia.
>
> Tal fato demonstra que referidos semoventes não se encontravam, no imóvel em comento, o qual é localizado no Município de Paranaíba.
>
> Desta forma, concluo que a propriedade de referido imóvel, não foi transferida ao executado, ora agravado, o qual também não exerceu a posse de referido imóvel, ao menos restou demonstrado até o momento pelo executado, ora agravante, o exercício desta.
>
> Daí porque, a decisão proferida pela juíza singular deve ser mantida, já que nem ao menos o arresto sobre o referido imóvel deveria ter ocorrido.
>
> Ante o exposto, com fundamento no artigo 557, caput, do Código de Processo Civil, nego provimento ao presente, por ser manifestamente improcedente. (destaquei e grifei)

Portanto, as razões apresentadas neste regimental não têm o condão de alterar o entendimento externado na decisão acima transcrita.

Cumpre destacar que primitivamente, desde 10 de abril de 2002 (f. 26 TJ/MS), a área da matrícula n. 24.186, objeto de penhora, já apresentava o tamanho de 33, 88ha (trinta e três hectares e oitenta e oito ares), não havendo o que se falar que esta é desmembramento da área objeto do compromisso particular de venda e compra (f. 27 TJ/MS), correspondente em 52,8 (cinquenta e dois hectares e oitenta ares), realizado em 17 de abril de 2009, por uma razão muito simples, como pode a área primitiva ser menor do que uma área mais contemporânea, ainda mais desmembrada desta área.

Outrossim, ao meu ver, a área constante no compromisso particular de venda e compra (f. 27 TJ/MS), correspondente em 52,8 (cinquenta e dois hectares e oitenta ares), realizado em 17 de abril de 2009, poderia até corresponder a área da matrícula n. 5.368, porém referida área, já fora desmembrada em 10 de abril de 2002 (f. 137 TJ/MS), não sendo plausível que um contrato realizado aproximadamente sete anos depois, faça mensal a um imóvel, cujo tamanho corresponde a área da qual ele foi desmembrada e não a sua própria área.

Ante o exposto, conheço e nego provimento ao agravo regimental.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO 1º VOGAL (DES. JÚLIO), APÓS, O RELATOR NEGAR PROVIMENTO O RECURSO. O VOGAL AGUARDA.

VOTO (EM 28.6.2012)

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (1º Vogal)

Pedi vista dos autos para melhor análise das questões postas em debate, tendo em vista a controvérsia acerca da propriedade do imóvel indicado para arresto, se pertencente ou não ao executado.

Da detida análise de todo o processado, manifesto entendimento no mesmo sentido do esposado pelo ilustre relator, conforme fundamentos a seguir expostos.

Com efeito, de tudo quanto consta dos autos, entendo que a decisão singular deve ser mantida, porquanto não há como aduzir que o imóvel oferecido à penhora seja ou tenha sido de propriedade do executado-agravado. De forma que não se verifica qualquer relação entre o imóvel objeto do contrato de compra e venda realizado entre José Renato Pires Freitas e o executado-agravado com aquele ofertado em penhora.

Inclusive, segundo consta dos autos, o contrato de compra e venda apresentado tem por objeto uma gleba de terras com área de 52,8 ha, denominada "Fazenda São José", localizada no Município de Paranaíba-MS.

Por outro lado, o imóvel ofertado em penhora e efetivamente constritado refere-se a uma propriedade rural matriculada sob o n. 24.186, consistente em uma gleba de terras com 33,88 ha, localizada no Município de Paranaíba-MS, denominada "Tachimarral", que segundo informa o agravante na petição inicial da Ação de Execução pressupõe seja a "Fazenda São José", aquela que lhe foi dito por José Renato ter sido vendida ao executado.

Ressalta-se ademais que referido contrato de compra e venda sequer foi registrado em Cartório de Registro de Imóveis, visando dar conhecimento a terceiros, de forma que não há como prevalecer, em detrimento da alienação realizada a Lúcia de Fátima Malacrida, a qual encontra-se devidamente registrada em Cartório próprio, conforme se infere da matrícula acostada às f. 143-144.

No que tange à alegação de que a Fazenda não pertencia a José Renato Pires de Freitas, porquanto em depoimento realizado durante instrução processual dos Embargos de Terceiro, autos n. 007.09.002036-3, ele próprio confirmou que o imóvel era seu e o vendeu ao executado Greideir, importa frisar que, nesse mesmo depoimento, José Renato afirmou que embora tenha vendido o sítio para Greideir, também afirmou não ter passado a escritura, sendo que posteriormente, pegou-o de volta por não ter sido pago o preço ajustado, ressaltando que estava tudo quebrado, que quebrou o curral e acabou com tudo. (f. 148).

Por todo o exposto, acompanho o ilustre relator, no sentido de **conhecer e negar provimento ao agravo regimental**, mantendo-se a decisão monocrática.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (2º Vogal)

De acordo com o voto do 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. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Vladimir Abreu da Silva, Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 28 de junho de 2012.

***

Quinta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.014730-5 - Campo Grande
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE OBRIGAÇÃO C/C DANOS MORAIS – ROMPIMENTO NO LACRE DO MEDIDOR DE ENERGIA ELÉTRICA – CULPA NÃO COMPROVADA DO CONSUMIDOR – CUSTO ADMINISTRATIVO ADICIONAL – INAPLICABILIDADE – DANO MORAL NÃO CONFIGURADO – MERO ABORRECIMENTO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A inviabilidade da cobrança qualificada como custo administrativo adicional pela concessionária de energia elétrica decorre da não comprovação da conduta culposa do consumidor no rompimento do lacre do medidor de energia assim como por não demonstrar o custo efetivamente despendido durante o incidente, não sendo ele de aplicação automática e puramente subjetiva.

A simples cobrança de valores indevidos pela concessionária, sem qualquer prova de que foram efetivamente pagos ou de que tenha havido o corte no fornecimento de energia elétrica, ou mesmo a inscrição em órgão de proteção ao crédito, termina por enquadrar a situação em mero aborrecimento do consumidor, não configurando qualquer dano indenizável.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 28 de junho de 2012.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

ENERSUL - Empresa Energética de Mato Grosso do Sul, interpõe recurso de apelação, irresignada com a sentença proferida pelo Juízo da 15ª Vara Cível da Comarca Campo Grande que julgou procedente a ação de exoneração de obrigação c/c danos morais, ajuizada por Oswaldo Rodrigues.

Alega a apelante que não cometeu qualquer conduta ilícita, tanto que o próprio juiz sentenciante reconheceu a existência de fraude no medidor de energia elétrica instalado na residência do apelado.

Aduz acerca da inexistência de dano, sendo que sequer houve o corte do fornecimento de energia.

Sustenta que o valor referente ao custo administrativo, incluso na nota de débito, possui guarida normativa da Agência Nacional de Energia Elétrica, portanto é legítima sua cobrança.

Termina por pugnar pela declaração de regularidade na cobrança do custo administrativo, assim como para que seja afastada a condenação em danos morais.

Contrarrazões pela manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por ENERSUL - Empresa Energética de Mato Grosso do Sul, irresignada com a sentença proferida pelo Juízo da 15ª Vara Cível da Comarca Campo Grande que julgou procedente a ação de exoneração de obrigação c/c danos morais, ajuizada por Oswaldo Rodrigues.

O magistrado *a quo* julgou parcialmente procedentes os pedidos contidos na inicial, declarando a ocorrência da fraude no medidor de energia elétrica localizado na residência do apelado, todavia, condenando a apelante ao pagamento de R$ 1.000,00 (mil reais) a título de indenização por danos morais em decorrência da cobrança de valores irregulares, em especial do "custo administrativo adicional", sob pena de interrupção do fornecimento de energia elétrica.

Insta salientar que a apelante elaborou unilateralmente cálculos destinados a apurar o valor do suposto débito, em decorrência da constatação de anomalia no aparelho aferidor de energia instalado na residência da apelada, que culminou no montante de R$ 3.457,93 (três mil, quatrocentos e cinquenta e sete reais e noventa e três centavos), proveniente da estimativa do período em que se encontrava irregular, com supedâneo na Resolução n. 456/2000 da ANEEL.

Em obediência à devolutividade da apelação interposta, o enfrentamento da questão cinge-se apenas à investigação da ocorrência do prejuízo moral e suas repercussões, assim como a regularidade da cobrança do "custo administrativo adicional".

A cobrança da multa designada "custo administrativo adicional" decorre da própria Resolução n. 456/2000 da ANEEL, então reguladora à época (atualmente o setor é regulamentado pela Resolução n. 414/2010 da ANEEL), que autoriza:

> Art. 73. Nos casos de revisão do faturamento, motivada por uma das hipóteses previstas no artigo anterior, a concessionária poderá cobrar o custo administrativo adicional correspondente a, no máximo, 30 % (trinta por cento) do valor líquido da fatura relativa à diferença entre os valores apurados e os efetivamente faturados.

Todavia, a referida disposição remete à hipótese do art. 72, que dispõe sobre a ocorrência de faturamento inferior derivado de situação não imputável à concessionária de energia elétrica.

Por lógico, afastada a hipótese de culpa da concessionária, a imposição ao pagamento de um "custo adicional" só pode decorrer então de eventual constatação da culpa por parte do consumidor.

Em assim sendo, é importante pontuar que em nenhum momento foi possível aferir se a conduta lesiva ao aparelho medidor do consumo de energia recaía no apelado, consumidor.

Mesmo existente a responsabilidade do apelado na custódia do aparelho medidor de energia elétrica (arts. 102, 103, 104 da Resolução 456/00 da ANEEL), não sendo possível desvinculá-lo do dever de pagar a diferença entre o faturamento inferior cobrado e o real consumo, de outra via, também não pode lhe ser imposto a multa face a inexistência de elementos que comprovem sua culpa no incidente.

De outro norte, conforme orienta a jurisprudência, deve a cobrança do referido encargo acompanhar a prova dos efetivos custos, sob pena de configurar instrumento puramente subjetivo da concessionária sem qualquer possibilidade de análise da sua legitimidade.

Portanto, a inclusão do "custo administrativo adicional" não ocorre de forma automática, sendo irregular sua cobrança tal qual verificada no caso, sem qualquer discriminação do seu custo efetivo. Nesta orientação:

> APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DECLARATÓRIA E RECONVEÇÃO. CORTE NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA COMO MEIO DE COAÇÃO AO PAGAMENTO DE DÉBITO ANTIGO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CRITÉRIO DE CÁLCULO. CUSTO ADMINISTRATIVO. ÔNUS SUCUMBENCIAIS REDIMENSIONADOS. 3. Impõe-se excluir o adicional de custo administrativo, em razão de sua quantia exorbitante, além de fixada sem qualquer comprovação de dano ou das despesas com o procedimento administrativo. 4. Redimensionamento dos ônus sucumbenciais, considerando o decaimento recíproco. Recurso provido em parte, monocraticamente. (TJRS; AC 331131-27.2011.8.21.7000; Novo Hamburgo; Primeira Câmara Cível; Rel. Des. Carlos Roberto Lofego Canibal; Julg. 30/04/2012; DJERS 22/05/2012).
>
> PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ENERGIA ELÉTRICA AÇÃO DECLARATÓRIA. FRAUDE DEMONSTRADA LAUDO PERICIAL. DÉBITO APURADO EXIGÍVEL IMPOSSIBILIDADE DE CORTE DÉBITO PRETÉRITO RECONVENÇÃO COBRANÇA FATURA COMPLEMENTAR LAUDO PERICIAL QUANTIA INFERIOR. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO E PROCEDÊNCIA DA RECONVENÇÃO RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I- COMPROVADA A FRAUDE NO CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA, PROCEDENTE A AÇÃO DA CONCESSIONÁRIA EM COBRAR PELA DIFERENÇA APURADA. III- O custo administrativo adicional, nos termos da Resolução da ANEEL 456/2000, há que corresponder, no máximo, a 30%. Resulta disto que necessário se fazia que a concessionária demonstrasse quais são seus custos no levantamento e apuração dos valores devidos em razão de fraude no medidor para que, então pudesse cobrá-los da consumidora, respeitado o teto imposto. Não demonstrando os seus custos, indevido é o acréscimo do valor a ele correspondente na fatura. A cobrança do valor do custo administrativo tem cunho reparatório e não punitivo, não se constituindo em multa. (TJSP; APL 0109329-02.2004.8.26.0100; Ac. 5768729; São Paulo; Trigésima Primeira Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Paulo Ayrosa; Julg. 20/03/2012; DJESP 27/03/2012)
>
> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA NÃO FATURADO. IRREGULARIDADE NO MEDIDOR. CRITÉRIO DE CÁLCULO. MÉDIA DE CONSUMO. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. CUSTO ADMINISTRATIVO ADICIONAL. 1. Em atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o critério de cálculo do débito cobrado deve refletir a média de consumo dos 12 (doze) meses anteriores a período em que foi constatada a irregularidade, subtraído o consumo já faturado. 2. Não são devidos os citados 30% relativos ao custo administrativo, pois não restaram provados. Apelação conhecida e improvida. (TJGO; AC 375194-93.2008.8.09.0011; Aparecida de Goiânia; Rel. Des. Vítor Barboza Lenza; DJGO 24/01/2011; Pág. 209)

Acerca dos danos morais, merece guarida a pretensão da apelante.

É de se pontuar que em razão do deferimento da tutela antecipada, o apelado não teve interrompido seu acesso à energia elétrica, não havendo assim maiores prejuízos experimentados.

Ademais, não consta qualquer notícia de que a concessionária tenha lançado o nome do apelado em algum cadastro de proteção ao crédito (SPC, SERASA).

Decerto, a cobrança em valores superiores constitui mero aborrecimento do consumidor, portanto, sem maiores repercussões no campo da indenização por dano moral.

Registre-se inclusive não constar nos autos qualquer documento que ateste o efetivo pagamento da cobrança indevida pelo apelado.

Esta Corte já discorreu em diversas oportunidades sobre a possibilidade de dano moral em situações semelhantes:

> APELAÇÃO CÍVEL - FRAUDE NO MEDIDOR DE ENERGIA ELÉTRICA - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - SUSPENSÃO NO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA - DANO MORAL - FIXAÇÃO POR ARBITRAMENTO - RECURSO IMPROVIDO - É de ser declarada a inexistência de débito, lançado em fatura de consumo de energia elétrica, quando não restar provada a prática de fraude pelo consumidor. Em sendo arbitrária e ilegal a suspensão no fornecimento de energia elétrica, que gerou prejuízo de ordem moral, emerge o dever de indenizar, bastando para tanto a comprovação do dano sofrido e do nexo de causalidade entre a ação e o resultado lesivo. (TJMS - AC-Or 2011.033626-0/0000-00 - 5ª C.Cív. - Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva - DJe 25.01.2012 - p. 45).
>
> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - CORTE DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA, SOB O PRETEXTO DE FRAUDE NO MEDIDOR - LAUDO QUE CONSTATOU SUPOSTA FRAUDE, ELABORADO PELA PRÓPRIA EMPRESA CONCESSIONÁRIA - PROVA UNILATERAL - EMPRESA QUE NÃO DEU OPORTUNIDADE AO CONSUMIDOR PARA DEFENDER-SE - CONDUTA QUE, EMBORA EVIDENCIE PREJUÍZOS MATERIAIS, NÃO CONFIGURA DANOS MORAIS - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS PELA PARTE VENCIDA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO -II-Para que o autor de ação de indenização seja ressarcido por danos morais, deve ele demonstrar haver sofrido, com a conduta da parte ré, abalo psíquico ou moral, pois, o mero aborrecimento ou desgaste emocional não enseja, por si só, a referida indenização. (TJMS - AC-O 2002.010959-2/0000-00 - Dourados - 1ª T.Cív. - Rel. Des. Ildeu de Souza Campos - J. 03.10.2006).
>
> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE EXONERAÇÃO DE DÉBITO - RECUPERAÇÃO DA DIFERENÇA ENTRE O CONSUMO EFETIVO E O CONSUMO FATURADO - POSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE FRAUDE PELO CONSUMIDOR - AUSÊNCIA DE CULPA PELA CONCESSIONÁRIA - REVISÃO DO DÉBITO - CÁLCULO PELA MÉDIA ARITMÉTICA DOS TRÊS MESES ANTERIORES À REDUÇÃO - PROIBIÇÃO DA REFORMATIO IN PEJUS - CÁLCULO DA ENERSUL MAIS BENÉFICO - DANOS MORAIS - CORTE INDEVIDO NO FORNECIMENTO DA ENERGIA - DEVER DE INDENIZAR RECONHECIDO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO - I- Havendo diferença entre o consumo efetivo e o consumo faturado é possível a recuperação do importe referente ao consumo de energia elétrica, que deverá observar as regulamentações da ANEEL (Res. 456/00). II- Constatada a ausência de culpa tanto do consumidor quanto da concessionária, quanto às inconsistências do medidor, o débito há de ser apurado tomando como base de cálculo as médias aritméticas dos 3 (três) últimos faturamentos anteriores à irregularidade (art. 71, da Res. ANEEL nº 456/00). Entretando, se a alteração da metodologia do cálculo é menos benéfica ao consumidor, em razão da proibição da reformatio in pejus, mantém-se o cálculo feito pela Enersul. III- É devida a indenização dos danos morais causados pela ilegal interrupção no fornecimento de energia

> elétrica, quando realizada com lastro em débitos de recuperação de energia, decorrentes de fraude não comprovada no aparelho medidor, mormente quando tal medida objetiva compelir o usuário a pagar multa e diferença de consumo apurada unilateralmente pela concessionária. (TJMS - AC-Or 2011.016242-1/0000-00 - 3ª T.Cív. - Rel. Des. Marco André Nogueira Hanson - DJe 01.07.2011 - p. 46).

Assim, diante todo o exposto, dou provimento parcial ao recurso para julgar improcedente a pretensão indenizatória, mantendo-se os demais termos da sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Vladimir Abreu da Silva, Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 28 de junho de 2012.

***

Quinta Câmara Cível
Apelação Cível n. 2012.014996-9 - Campo Grande
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS - VENDA DE VEÍCULO – VÍCIOS REDIBITÓRIOS - CONSTATAÇÃO DE VÍCIO OCULTO – AÇÃO AJUIZADA APÓS O PRAZO DE TRINTA DIAS CONTADOS A PARTIR DA CIÊNCIA DO VÍCIO – DECADÊNCIA – RECURSO IMPROVIDO.

Nas hipóteses de constatação de vício oculto na coisa móvel, o prazo decadencial para o adquirente exercer seu direito potestativo é de trinta dias a contar da ciência do defeito, desde que este ocorra dentro de cento e oitenta dias a contar da entrega efetiva do bem.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 19 de julho de 2012.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

João Vieira de Lima interpõe recurso de apelação, irresignado com a sentença proferida pelo Juízo da 5ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que extinguiu com julgamento do mérito a ação de indenização por danos materiais ajuizada em face de Nativa Transporte Ltda.

Sustenta o equívoco da sentença em declarar a decadência da pretensão indenizatória fundada em vício redibitório, pois, nos termos do §1º, art. 445 do Código Civil, o prazo para discutir o referido vício seria de 180 (cento e oitenta) dias contados da ciência inequívoca do defeito oculto.

Termina por pugnar pela reforma da sentença, determinando o prosseguimento dos autos perante o juízo singular.

Contrarrazões pela manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator)

João Vieira de Lima interpõe recurso de apelação, irresignado com a sentença proferida pelo Juízo da 5ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que extinguiu com julgamento do mérito a ação de indenização por danos materiais ajuizada em face de Nativa Transporte Ltda.

Segundo consta, o apelante adquiriu em março de 2010 um caminhão da marca Scania, cor vermelha, ano 1992, placa ICG 5467, no valor de R$ 165.000,00 (cento e sessenta e cinco mil).

Após o surgimento de problemas mecânicos, o veículo foi encaminhado para conserto em junho de 2010, onde ficou constatado que o motor estava "fundido", o que lhe acarretou dispêndios no montante de R$ 14.290,00 (quatorze mil, duzentos e noventa reais).

Sem obter um acordo com a apelada, ajuizou a presente ação em dezembro de 2010.

Na sentença, restou consignado o transcorrer do prazo decadencial para ajuizamento da ação com fundamento em vício redibitório, nos termos do §1º do art. 445 do Código Civil.

Este é o fato posto sob análise.

Em que pese o argumento do apelante, tem-se pelo acerto da sentença.

Esta Câmara já enfrentou situação semelhante, revelando seu entendimento de que no caso de vício oculto, o prazo de 180 (cento e oitenta) dias seria para a manifestação do defeito, contados à partir da entrega efetiva do bem, e não para a propositura da ação, que deverá ser ajuizada em até 30 (dias) contados do momento em que do vício tiver ciência. Nestes termos:

> APELAÇÃO CÍVEL – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO POR AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – REJEITADA – MÉRITO – EMPRESA QUE EXPLORA O RAMO DE COMPRA DE VEÍCULOS E ADQUIRE DE PARTICULAR AUTOMÓVEL USADO – ALEGAÇÃO DE VÍCIO REDIBITÓRIO, DO QUAL TOMOU CIÊNCIA EM MENOS DE UM MÊS DA AQUISIÇÃO DO AUTOMOTOR – AÇÃO AJUIZADA APÓS O PRAZO DE TRINTA DIAS, CONTADO DA CIÊNCIA DO VÍCIO – DECADÊNCIA CORRETAMENTE DECRETADA PELO JUÍZO A QUO – RECURSO IMPROVIDO. [...] Em se tratando de vício oculto, o prazo para o adquirente obter a redibição ou abatimento do preço, no caso de coisa móvel, é de trinta dias, contados da data de sua ciência, nos termos do artigo 445, caput e § 1º, do Código Civil. O prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a que faz referência o citado § 1º, é para que o vício se manifeste e não para que o adquirente exerça seu direito, conforme sustenta o apelante. Proposta a ação após o prazo de trintas dias da ciência inequívoca do defeito no veículo (motor fundido), correta a sentença que reconheceu a decadência e declarou extinto o processo com resolução de mérito. (Apelação Cível - Ordinário - N. 2011.029663-6/0000-00 - Campo Grande. Relator: Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. Julgamento: 06/10/2011)

Calha registrar, ainda, a doutrina de Cário Mário da Silva Pereira:

> O Novo Código inseriu no §1º do art. 445 uma regra de difícil interpretação sobre a decadência do direito de invocar o vício redibitórios. Diz a lei que quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência, até o prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, em se tratando de bens móveis; e de um ano para os imóveis. O legislador aqui com certeza não quis chegar ao extremo de manter indefinidamente a regra de garantia nas hipóteses em que o vício somente possa ser conhecido mais tarde, como fez o Código do Consumidor no §3º do seu art. 26, ao determinar o início da contagem do prazo quando o vício deixe de ser oculto.

> A regra é de difícil interpretação e aplicação, e desafia a Doutrina e a Jurisprudência, porque o Código manteve no §1º o mesmo prazo do caput no que se refere aos vícios redibitórios em bens imóveis. Assim, não faz sentido haver o mesmo prazo máximo de exercício de redibição tanto para as hipóteses ordinárias, quanto as em que o vício, por sua natureza, somente puder ser conhecido mais tarde. Houve com certeza um cocjilo do legislador, já que originariamente o prazo do caput era de 6 (seis) meses e o do §1º de 1 (um) ano. Posteriormente, durante a tramitação legislativa, se aumentou o prazo do caput e se esqueceu de alterar também o do §1º, deixando a norma sem sentido.
>
> A norma faz sentido na parte que regula o vício redibitório de bens móveis. Para este, o prazo do caput é de 30 (trinta) dias. Quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo começa a contar à partir da ciência, mas não pode ultrapassar 180 (cento e oitenta) dias da data da entrega efetiva, ou, se a coisa já estava na posse do adquirente, da data da alienação, reduzido à metade (90 dias).

Portanto, tendo adquirido em março de 2010 o caminhão, o ordenamento autorizava o apelante protestar pelos valores decorrentes do vício oculto que se apresentasse até setembro de 2010 (cento e oitenta dias previstos no §1º do art. 445 do Código Civil).

Constatado o defeito oculto em junho de 2010, tinha o requerente o prazo decadencial de trinta dias para ajuizar a ação (art. 445, *caput*, do Código Civil).

Logo, quando proposta em dezembro de 2010, já havia decaído o direito do apelante em julho de 2010 (trinta dias após a ciência do vício), assim, correto o entendimento do juízo singular.

Diante todo o exposto, conheço do recurso, mas **nego-lhe provimento**.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Vladimir Abreu da Silva, Luiz Tadeu Barbosa Silva e Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 19 de julho de 2012.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL



Segunda Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 2012.015780-1 - Campo Grande
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

HABEAS CORPUS – PENAL E PROCESSO PENAL – LESÃO CORPORAL E INJÚRIA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – MEDIDA PROTETIVA ANTERIOR – REITERAÇÃO DELITIVA – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – NÃO CONCESSÃO.

Se o paciente está sendo acusado de lesão corporal e injúria contra sua ex-companheira, forçosa é a manutenção da segregação cautelar, ante a necessidade de proteger a integridade física dos ofendidos sujeitos às influências e temores naturais impingidos pelo agressor, mormente quando o mesmo reitera na prática criminosa.

A existência de medida protetiva anterior desrespeitada evidencia a inviabilidade de conversão da prisão preventiva em outra medida cautelar.

Habeas Corpus a que se nega concessão, ante a da efetiva necessidade de garantia da ordem pública.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, denegar a ordem.

Campo Grande, 28 de junho de 2012.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

A DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL ingressa com pedido de ***HABEAS CORPUS*** com pleito de liminar em favor de **GEOVANI RENE DA SILVA**, sob a alegação de que este sofre constrangimento ilegal por parte do **JUIZ DE DIREITO DA VARA DA VIOLÊNCA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DA COMARCA DE CAMPO GRANDE**.

Relata que o paciente está preso desde 08 de maio de 2012, pela prática dos crimes de lesão corporal (art. 129, § 9º, do Código Penal) e injúria (art. 140, do mesmo *Codex*), ambos qualificados pela violência doméstica.

Argumenta que o mesmo ostenta condições pessoais favoráveis, e que não se fazem presentes os requisitos autorizadores da segregação cautelar, mormente por "***não se tratar de descumprimento de medidas protetivas de urgência, de vez que inexistentes na data de sua autuação em flagrante***" (f. 19 – destaques originais).

Pugna pela concessão da ordem a fim de que aguarde o deslinde do feito em liberdade.

A tutela de urgência foi indeferida (f. 60/61) e a autoridade cotora prestou as informações de estilo (f. 65/66).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pela não concessão da ordem (f. 85/91).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator)

Trata-se de ***HABEAS CORPUS*** impetrado pela DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL em favor de **GEOVANI RENE DA SILVA**, sob o argumento de que o este sofre constrangimento ilegal por parte do **JUIZ DE DIREITO DA VARA DA VIOLÊNCA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DA COMARCA DE CAMPO GRANDE**.

Consta nos autos que, aos 07 de maio de 2012, por volta das 22h15min, na Rua Atibaia, n.º 44, Jardim Noroeste, em Campo Grande, o paciente lesionou e injuriou a vítima *GISELLE BORGES DE MORAES*, sua ex-companheira, desferindo-lhe chutes na barriga e proferindo-lhe diversos xingamentos.

Na mesma oportunidade, o acusado puxou os cabelos da filha da vítima, a adolescente *K. B. M. M.*

Alega a impetrante que "***QUANDO DA AUTUAÇÃO DO PACIENTE EM FLAGRANTE, NÃO ESTAVAM EM VIGOR AS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA***" (f. 05 – destaques originais), razão porque a manutenção de sua segregação mostra-se ilegal.

A pretensão defensiva não comporta acolhida.

Ab initio, tem-se por impertinente a discussão acerca da versão dos fatos apresentada pelo paciente, porquanto a mesma deverá ser esclarecida no decorrer da ação penal, sendo inviável seu conhecimento na estreita via do *habeas corpus*.

As condutas imputadas, em tese, são consideradas de grande ofensividade. Nesta esteira, sua liberdade vulnera a integridade física da vítima.

Extrai-se das informações prestadas pela autoridade coatora (f. 65-v.º/66):

> Quando ouvida na delegacia, a vítima declarou que o paciente pega o filho recém-nascido no colo e faz chantagens, de modo que por ocasião dos fatos, quando estava amamentando a criança, ele pegou o filho e desferiu um chute contra a barriga da ofendida, empurrando-a para longe.
>
> Ressalte-se que o paciente mesmo intimado acerca das medidas protetivas de urgência, **descumpriu as ordens determinadas**. Importante destacar também as diversas autuações em seu desfavor na certidão de antecedentes criminais juntada ao presente ofício, o que demonstra sua personalidade voltada à prática delitiva.
>
> Portanto, é patente a presença do "periculum in mora" configurado na proteção da vítima e para garantia das medidas protetivas de urgência, em garantia da ordem pública, uma vez que a ofendida vem sendo vítima de constantes práticas delitivas em

> situação de violência doméstica e familiar cometidas pela paciente, que desrespeita reiteradamente as medidas protetivas de urgência impostas em proteção da ofendida. (Destaques não originais)

Acerca de tais ocorrências o próprio legislador, ciente de que a violência doméstica envolve, em geral, delitos com reprimendas brandas, mas, paradoxalmente, também traz consigo risco para a integridade física das vítimas, estabeleceu no art. 313, III, do Código de Processo Penal, que, em qualquer das circunstâncias previstas no seu art. 312, "*será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes dolosos [...] se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.*"

Outrossim, o acusado possui várias outras ocorrências envolvendo violência doméstica contra a mesma vítima, denotando nenhum apreço pela paz social.

Nesse sentido, é a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

> A garantia da ordem pública, por sua vez, visa, entre outras coisas, evitar a reiteração delitiva, assim resguardando a sociedade de maiores danos' (HC 84.658/PE, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 03/06/2005), além de se caracterizar 'pelo perigo que o agente representa para a sociedade como fundamento apto à manutenção da segregação' (HC 90.398/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 18/05/2007).[1]

Portanto, a decisão objurgada encontra respaldo jurídico e há de ser mantida, como vêm preconizando os Tribunais pátrios:

> Com o advento da Lei nº 11.340/06, que conferiu especial proteção contra os crimes relacionados à violência doméstica, diversos crimes afiançáveis e apenados com detenção passaram a estar sujeitos à prisão preventiva como forma de garantir a efetivação de medidas protetivas de urgência, segundo a nova redação do art. 313, IV, do CPP.
>
> Estando presentes todos os requisitos exigidos nos arts. 312 e 313 do CPP, a prisão preventiva se encontra devidamente fundamentada, uma vez que a liberdade do agente representa uma ameaça à ordem pública, devido à sua periculosidade para convivência doméstica e a conseqüente necessidade de proteção às vítimas e demais familiares.
>
> As circunstâncias pessoais favoráveis aos pacientes, como serem primários, terem bons antecedentes, residência fixa e boa conduta social, não têm o condão de, por si sós, afastar a prisão preventiva fundada satisfatoriamente em outros elementos dos autos.[2]

A Lei nº 11.340/2006 estabeleceu um microssistema de proteção às mulheres vítimas de violência doméstica, conferindo efetividade à disposição constitucional inserida no artigo 226, § 8º da CRFB/88, e adequando o ordenamento nacional aos tratados internacionais de proteção à mulher.

Necessidade de convivência entre o direito de proteção das vítimas, direito da coletividade a um ambiente seguro e direito do acusado às garantias processuais constitucionais.

Vislumbrados no caderno processual a periculosidade do paciente e o fundado receio de que a restituição da sua liberdade ambulatorial colocará em risco a integridade física da vítima, fica justificado o sacrifício excepcional do status libertatis do agente, para garantia da ordem pública.[3]

Ante o exposto, nego concessão ao pedido impetrado em favor de GEOVANI RENE DA SILVA.

1 RHC 97.449/RJ, 2ª T., rel.ª Min.ª ELLEN GRACIE, j. 09/06/2009.

2 TJPE, HC 207.567-2, Passira, 4ª Câm. Crim., rel. Des. MARCO ANTÔNIO CABRAL MAGGI, j. 23/03/2010.

3 TJMT, HC 10.938/2010, Tangará da Serra, 2ª Câm. Crim., rel. Des. CARLOS ROBERTO C. PINHEIRO, j. 03/03/2010.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DENEGARAM A ORDEM.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Carlos Eduardo Contar, Manoel Mendes Carli e Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 28 de junho de 2012.

***

Segunda Câmara Criminal
Apelação Criminal n. 2012.018688-8 - Bataguassu
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

APELAÇÃO – PENAL – LESÃO CORPORAL NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR E OMISSÃO DE SOCORRO – CONDUTA AMOLDADA AO ART. 303, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO – SUSPENSÃO EM DIRIGIR – PENA ACESSÓRIA NECESSÁRIA – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS E ANTECEDENTES CRIMINAIS DESABONADORES – REGIME SEMIABERTO – POSSIBILIDADE – PARCIAL PROVIMENTO.

Não se aplica o crime de omissão de socorro estampado no art. 304, do Código de Trânsito Brasileiro, quando o agente praticou o delito de lesão corporal culposa, tipificada no art. 303, do mesmo Codex, caso em que é imperativa a incidência da majorante prevista no parágrafo único deste dispositivo.

Demonstrando o motorista evidente inadequação social na condução de veículo automotor ao causar acidente e omitir-se no socorro devido, a suspensão do direito de dirigir – além de ser pena acessória – mostra-se necessária e natural consequência de sua irresponsável atitude.

Com base na pena aplicada, ainda que reincidente o acusado, é devida a fixação do regime inicial semiaberto.

Apelação defensiva a que se dá parcial provimento para excluir a condenação quanto ao crime de omissão de socorro e abrandar o regime prisional.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, prover em parte o recurso.

Campo Grande, 23 de julho de 2012.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

EDILSON DOS SANTOS AGUIAR interpõe **APELAÇÃO** objetivando a reforma da sentença que o condenou a pena de 02 (dois) anos e 02 (dois) meses de detenção, em regime fechado, além da reprimenda acessória de suspensão ou proibição do direito de dirigir pelo prazo de 02 (dois) anos, pela prática dos crimes de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor e omissão de socorro (art. 303 e art. 304, ambos da Lei n.º 9.503/97 – Código de Trânsito Brasileiro).

Assevera que o delito de omissão de socorro tem aplicação subsidiária caracterizando-se apenas *"se um crime mais grave não ocorreu"* e, portanto, constatada a ocorrência do crime de lesão corporal culposa deveria ser aplicada a majorante prevista no art. 303, parágrafo único, do Código de Trânsito Brasileiro, com relação à falta de assistência à vítima, em observância ao princípio da especialidade.

Alega que a folha de antecedentes não é documento hábil para a caracterização da reincidência, sobretudo por que a condenação lá estampada é posterior ao fato ora processado.

Requer, ainda, a exclusão da pena de suspensão ou proibição de obtenção de carteira de habilitação. Subsidiariamente, em caso de manutenção da mesma requer sua redução.

Finalmente, requer o abrandamento do regime prisional.

Contrarrazões pelo parcial provimento do apelo a fim de que seja excluída a condenação pelo delito de omissão de socorro e abrandado o regime prisional (f. 308/323).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina no mesmo sentido (f. 327/336).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator)

EDILSON DOS SANTOS AGUIAR interpõe **APELAÇÃO** objetivando a reforma da sentença que o condenou a pena total de 02 (dois) anos e 02 (dois) meses de detenção, em regime fechado, além da penalidade acessória de suspensão ou proibição do direito de dirigir pelo prazo de 02 (dois) anos, pela prática dos crimes de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor e omissão de socorro (art. 303 e art. 304, ambos do Código de Trânsito Brasileiro).

Aos 12 de abril de 2009, por volta das 08h50min, na Rua Brasilândia esquina com a Rua Sidrolândia, na direção do veículo VW Gol, placas HRI 1652, de forma imprudente e negligente, transitando sem a atenção e cuidados indispensáveis, o acusado invadiu a via preferencial colidindo com a motocicleta HONDA/NXR-150, placas HSP-41899, causando lesões corporais nas vítimas *DIEGO FERNANDO DA SILVA QUIRINO* e *ALINE SILVA DE OLIVEIRA* (f. 54/55).

Após o acidente, o acusado evadiu-se do local dos fatos, sendo posteriormente identificado.

Nestes moldes a defesa requer o afastamento da incidência do art. 304, do Código de Trânsito Brasileiro, porquanto o acusado praticou o delito de lesão corporal culposa e omissão de socorro, fazendo jus a aplicação da majorante prevista no art. 303, do mesmo *Codex*, com base no princípio da especialidade, que dispõe:

> Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor:
>
> [...]
>
> Parágrafo único. No homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor, a pena é aumentada de um terço à metade, se o agente:
>
> [...]
>
> III – deixar de prestar socorro, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente;

> Art. 303. Praticar lesão corporal culposa na direção de veículo automotor:
>
> Penas – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.
>
> Parágrafo único. Aumenta-se a pena de um terço à metade, se ocorrer qualquer das hipóteses do parágrafo único do artigo anterior.
>
> Art. 304. Deixar o condutor do veículo, na ocasião do acidente, de prestar imediato socorro à vítima, ou, não podendo fazê-lo diretamente, por justa causa, deixar de solicitar auxílio da autoridade pública.
>
> Penas – detenção, de seis meses a um ano, ou multa, se o fato não constituir elemento de crime mais grave.
>
> Parágrafo único. Incide nas penas previstas neste artigo o condutor do veículo, ainda que a sua omissão seja suprida por terceiros ou que se trate de vítima com morte instantânea ou com ferimentos leves.

A conduta praticada efetivamente se amolda ao delito tipificado no art. 303, do Código de Trânsito Brasileiro, e, por conseguinte aplica-se a majorante prevista no parágrafo único do mesmo, não havendo que se falar em concurso material com o delito de omissão de socorro estabelecido no art. 304, daquele *Codex*.

A doutrina expõe o seguinte entendimento acerca da aplicação do art. 304, do Código de Trânsito Brasileiro:

> Não incide o tipo se o condutor for o causador dos ferimentos ou da morte, consoante transparece na parte da fixação da pena no art. 304, uma vez que o seu comportamento já constitui uma causa especial de aumento pelo qual fora processado e condenado (art. 302, parágrafo único, e art. 303, parágrafo único, do CTB).[1]

No mesmo sentido, verifica-se a jurisprudência desta Egrégia Corte:

> [...] a omissão de socorro previsto no art. 304 do CT é atribuída ao motorista envolvido em acidente com vítima, sem culpa, uma vez que, se a sua conduta é culposa, estará sujeito ao crime do art. 303 do CT, que prevê a lesão corporal culposa na direção de veículo automotor, com o agravamento do parágrafo único III do art. 302 do CT, se houver omissão de socorro e, se houve morte, no próprio art. 302, que cuida do homicídio culposo na direção de veículo automotor.[2]

Portanto, reformo a sentença objurgada, para o fim de afastar a incidência do art. 304, do Código de Trânsito Brasileiro.

Outrossim, condeno o acusado nas penas do art. 303, parágrafo único, c/c art. 302, parágrafo único, III, do mesmo *Codex*.

De outro vértice, não prospera o pedido de afastamento da reincidência, haja vista que as certidões acostadas aos autos (f. 28/41, 78/78 e 119/124) são comprovadamente documentos hábeis a apontar os registros negativos, sendo absolutamente desnecessária a transcrição objeto e pé, conforme alegado pela defesa. A respeito, assim já decidiu o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

1 RIZZARDO, Arnaldo. Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro, São Paulo: RT, 2007, p. 613.

2 Ap 2006.011873-8, 1ª Cam. Crim., rel. Des. GILBERTO DA SILVA CASTRO, j. 12/12/2006, DJ 07/02/2007.

> [...] certidão de antecedentes criminais exarada pela Secretaria de Estado de Justiça Segurança Pública é documento hábil para comprovar a reincidência, quando contém as informações necessárias para esses fins, tais como número da ação penal, tipo de crime, data da condenação, quantidade de pena imposta e trânsito em julgado da sentença condenatória.[3]

Ademais, o acusado ostenta uma vasta quantidade de registros criminais, entre os quais destaca-se a incidência n° 001 em que foi condenado pela prática do crime de furto (f. 34), com trânsito em julgado aos 19 de outubro de 2001; um crime de Lesão Corporal – autos 026.03.000981-8 – com trânsito em julgado aos 08 de maio de 2007 (f. 119); bem como a execução penal pelo crime de estelionato, com trânsito em julgado aos 16 de março 2009 (f. 122). Vale frisar que pesam em desfavor do acusado diversas incursões criminais que não podem ser utilizadas para efeitos de verificação da reincidência, seja por que o trânsito em julgado é posterior ao crime em comento, seja por ainda estar em andamento.

Logo, impossível acatar a seguinte tese de *"que Apelante é tecnicamente primário, embora tenha contra si diversas condenações penais"* (f. 304).

Assim, passo a redimensionar a pena. Partindo do quantum estabelecido nas duas primeiras fases do sistema trifásico – 01 (um) ano e 06 (seis) meses de detenção e 262 (duzentos e sessenta e dois) dias multa (f. 254) – aplico a majorante no patamar de 1/3 (um terço), porquanto o acusado evadiu-se do local dos fatos sem prestar socorro, na intenção de esquivar-se desta imputação criminosa, haja vista que estava cumprindo pena no regime semiaberto por outro crime (f. 152). Desta forma, torno a pena definitiva em 02 (dois) anos de detenção.

Insta salientar que o crime em comento não comporta pena de multa, logo torno sem efeito, com a devida vênia, a condenação ao pagamento da mesma (f. 254).

De igual forma, não merece prosperar o pedido de exclusão da pena de suspensão ou proibição de obtenção de carteira de habilitação, sequer a redução da mesma, haja vista que a duração da penalidade de suspensão é consequência acessória, natural e necessária nos termos do art. 293, do Código de Trânsito Brasileiro, e o seu montante resta estabelecido em patamar igual à pena privativa de liberdade agora fixada.

Acerca da matéria leciona a doutrina:

> O caput do presente artigo determina o período de duração da pena de suspensão ou de proibição de se obter a permissão ou a habilitação par dirigir veículo automotor, que deverá oscilar entre o mínimo de 2 (dois) meses e o máximo de 5 (cinco) anos, cuja quantificação o magistrado, na observância das circunstâncias legais previstas para a aplicação da pena no CP e no CTB, irá definir caso a caso, observando, porém, esse limite legal.[4]

Quanto ao pedido de abrandamento do regime prisional assiste razão em parte ao pedido, posto que fora cominada a pena de detenção, que se amolda ao regime de cumprimento menos rigoroso que o fechado, nos termos do art. 33, do Código Penal; contudo, o regime aberto mostra-se excessivamente brando, isso por que na fixação do estágio prisional sopesam-se as circunstâncias judiciais desfavoráveis e a reincidência, que no caso em apreço são desfavoráveis e, portanto, o regime inicial semiaberto é o mais adequado para o cumprimento da reprimenda imposta.

3 STJ, HC 190.467/MS, 5ª T., rel. Min. JORGE MUSSI, j. 09/08/2011, DJ 25/08/2011.

4 RIZZARDO, Arnaldo. Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro, 6 ed., São Paulo: RT, 2007, p 593.

Ante o exposto, **dou parcial provimento** à **APELAÇÃO** interposta por Edilson dos Santos Aguiar para excluir a condenação quanto ao crime previsto no art. 304, do Código de Trânsito Brasileiro, bem como abrandar o regime prisional.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, PROVERAM EM PARTE O RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Carlos Eduardo Contar, Manoel Mendes Carli e Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 23 de julho de 2012.

***

Segunda Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 2012.019126-7 - Eldorado
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

HABEAS CORPUS – PROCESSO PENAL – POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÕES DE USO PERMITIDO E RESTRITO – DESNECESSIDADE DE APREENSÃO CONJUNTA COM A ARMA DE FOGO – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – INADMISSIBILIDADE –NÃO CONCESSÃO.

É típica a conduta consistente em possuir munições de uso permitido e restrito, sendo desnecessária a apreensão conjunta da respectiva arma de fogo, porquanto os crimes do art. 12 e art. 16, ambos da Lei n.º 10.826/06, são de perigo abstrato, não se cogitando na possibilidade de trancamento da ação penal por falta de ofensidade.

Habeas Corpus a que se nega concessão, ante a impossibilidade de se declarar atípicas as condutas imputadas ao paciente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, denegar a ordem.

Campo Grande, 16 de julho de 2012.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Os advogados BENEDICTO ARTHUR DE FIGUEIREDO NETO, SANDRO SÉRGIO PIMENTEL, EMANUELLE FERREIRA SANCHES e ANDRÉIA JULIANA ANDREUZZA VICENTINI DUARTE ingressam com pedido de ***HABEAS CORPUS***, com pleito de liminar, em favor de **DIEGO MATINAZZO POZZER** sob a alegação de que este sofre constrangimento ilegal por parte do **JUIZ DE DIREITO DA COMARCA DE ELDORADO**.

Afirmam que o paciente foi preso em flagrante aos 15 de abril de 2012 – sendo a custódia posteriormente convertida em preventiva – pela prática dos crimes do art. 12 (posse irregular de munição de uso permitido) e art. 16 (posse ou porte de munição de uso restrito), ambos da Lei n.º 10.826/03.

Esclarecem que, apesar de requerida pela defesa a absolvição sumária do paciente, ante a não configuração das hipóteses do art. 397, do Código de Processo Penal, a autoridade apontada como coatora designou audiência de instrução e julgamento para a data de 26 de junho de 2012.

Sustentam a ocorrência de equívoco no tratamento da matéria em questão, pois é certa a atipicidade das condutas imputadas ao paciente, já que as munições encontradas em sua residência "*dentro de seu guarda-roupa não oferecia nenhuma lesividade a ninguém, tampouco a paz da sociedade*" (f. 04).

Acrescentam que "*em relação ao crime de posse ilegal de munição isolada, observa-se com mais evidência a ausência de lesividade, uma vez que os projéteis, por si só, não oferecem perigo quando ausente arma de fogo que possa deflagrá-los*" (f. 04).

Defendem que as condutas imputadas também não ofendem o princípio da ofensividade, já que "*em instante algum houve* ***disponibilidade de uso da arma****, tão pouco* ***potencialidade lesiva concreta***" (f. 07 – destaques originais).

Pugnam – em caráter liminar – pela suspensão da audiência designada. Ao final, requerem a concessão da ordem, a fim de que seja trancada a respectiva ação penal.

A tutela de urgência foi indeferida, sendo dispensadas as informações (f. 71/72).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina pela não concessão da ordem (f. 78/88).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator)

Infere-se dos autos que o paciente foi denunciado porque – aos 15 de abril de 2012, por volta das 11 h, no interior da residência localizada na Rua Rui Barbosa, n.º 1.973, Centro, em Eldorado – possuía munições de calibre permitido e restrito.

De acordo com a prefacial acusatória (f. 16):

> Policiais civis, durante investigação de um crime de homicídio, cometido por disparos de arma de fogo, em que DIEGO é suspeito de ser coautor, dirigiram-se até a sua casa e lograram localizar no quarto do denunciado 36 (trinta e seis) projéteis intactos, clibre 9 mm, marca Speer Luger, de uso restrito das Forças Armadas; 02 (dois) projéteis intactos, calibre 380, marca FLB Auto; e, 02 (dois) projéteis intactos, calibre 32, marca FMFB. Ao ser questionado, DIEGO informou que as munições eram de sua propriedade e que não possuía registro ou autorização para possuí-las.

Inicialmente, hei por bem salientar que o pleito referente à suspensão da audiência de instrução e julgamento encontra-se prejudicado, eis que o ato já foi realizado pela instância singela.

Assim, a pretensão a ser examinada diz respeito somente à possibilidade de trancamento da ação penal, sob o argumento de que a conduta do paciente é desprovida de lesividade, eis que as munições não se prestavam a pronto uso, já que ausentes as respectivas armas de fogo.

A simples posse de munições, seja de uso permitido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, é bastante para aferir o risco para a segurança e integridade física das pessoas, por se tratar de crime de perigo abstrato, não se perquirindo a respeito da real e concreta possibilidade de produção de um resultado material.

Portanto, a conduta praticada pelo acusado é típica na medida em que gerou perigo abstrato aos bens jurídicos protegidos – paz social e incolumidade pública.

Com efeito, tanto a arma desmuniciada quanto a munição sem o respectivo artefato deflagrador são faces da mesma moeda, em razão da possibilidade de se completarem a qualquer momento.

É melhor para o sistema jurídico e para a sociedade evitar que a utilização de armas e munições se materialize, ao invés de ter de minorar os efeitos dos danos que podem ser causados posteriormente (lesões corporais, homicídios, etc.).

Ao discorrer sobre a legitimidade da espécie de crime, FERNANDO CAPEZ [1] preleciona:

> No caso das infrações de perigo abstrato, a opção política do Poder Legislativo em considerar o fato, formal e materialmente, típica independentemente de alguém, no caso concreto, vir a sofrer perigo real, não acoima a lei definidora de atentatória à dignidade humana. Ao contrário. Revela, por parte do legislador, disposição ainda maior de tutelar o bem jurídico, reprimindo a conduta violadora desde o seu nascedouro, procurando não lhe dar qualquer chance de desdobramento progressivo capaz de convertê-la em posterior perigo concreto e, depois, em dano efetivo. Trata-se de legítima opção política de resguardar, de modo mais abrangente e eficaz, a vida, a integridade corporal e a dignidade das pessoas, ameaçadas com a mera conduta de sair de casa ilegalmente armado. Realizando a conduta descrita no tipo, o autor já estará colocando a incolumidade pública em risco, pois protegê-la foi o desejo manifestado pela lei. negar vigência ao dispositivo nos casos em que não se demonstra perigo real, sob o argumento de que atentaria contra a dignidade da pessoa humana, implica reduzir o âmbito protetor do dispositivo, com base em justificativas no mínimo discutíveis.

Desta forma, é de se refutar, por indeclinável conduta violadora da lei, qualquer pretensão de trancamento da ação penal em relação ao crime de posse irregular de munições de uso permitido e restrito.

A este respeito, o melhor entendimento jurisprudencial:

> APELAÇÃO CRIME – POSSE IRREGULAR DE MUNICÃO DE USO PERMITIDO (ART. 12 DA LEI Nº 10.826/03). CONDENAÇÃO – PLEITO ABSOLUTÓRIO – ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA DIANTE DA AUSÊNCIA DE POTENCIAL LESIVIDADE DA MUNIÇÃO – INVIABILIDADE – CRIME DE MERA CONDUTA E PERIGO ABSTRATO QUE PRESCINDE DA DEMONSTRAÇÃO DA OCORRÊNCIA DE DANO – RECURSO DESPROVIDO.
>
> O crime de posse irregular de munição de uso permitido é crime de mera conduta, ou seja, de perigo abstrato, não sendo exigida pela Lei a efetiva exposição de outrem a risco, bem como a análise da intenção do acusado ou de prejuízo/dano, caracterizando-se com a simples prática do núcleo do tipo penal. [2]
>
> APELAÇÃO CRIMINAL – POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO – ARTIGO 12, DA LEI N. 10.826/2003 – TIPICIDADE – CRIME DE PERIGO ABSTRATO – MATERIALIDADE E AUTORIA – COMPROVAÇÃO.
>
> 1. É típica a conduta de quem mantém sob sua guarda, sem autorização legal e em desacordo com determinação regulamentar, munição de uso permitido apta a produzir disparos de arma de fogo.
>
> 2. O crime de posse ilegal de munição é de mera conduta e de perigo abstrato, não exigindo a ocorrência de nenhum resultado naturalístico para a sua consumação.

1 Arma de Fogo - Comentários à Lei n. 9.437/97, de 20-2-1997, Saraiva, 1997, p. 25/26.

2 TJPR, Ap 0856877-6, 2ª Câm. Crim., rel. Des. José Mauricio Pinto de Almeida, DJ 11/07/2012, p. 343.

3. Recurso conhecido e improvido. [3]

PENAL – *HABEAS CORPUS* – POSSE DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO – CRIME DE PERIGO ABSTRATO – CONDUTA TÍPICA – ABOLITIO CRIMINIS TEMPORÁRIA NÃO VERIFICADA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VISLUMBRADO – ORDEM DENEGADA.

I. Possuir munição de uso restrito, por si só, configura a prática do delito do art. 16, caput, da Lei nº 10.826/03, pois o núcleo do tipo prevê, explicitamente, que tal conduta é antijurídica, independentemente da disponibilidade de arma de fogo para efetuar disparo.

II. Trata-se de delito de perigo abstrato, que prescinde de comprovação do efetivo risco à paz pública.

[...] [4]

HABEAS CORPUS – POSSE DE MUNIÇÃO E ACESSÓRIOS DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO – POTENCIALIDADE LESIVA DO ARMAMENTO APREENDIDO – IRRELEVÂNCIA – DESNECESSIDADE DO EXAME – CRIME DE MERA CONDUTA – COAÇÃO ILEGAL NÃO EVIDENCIADA – ACÓRDÃO CONDENATÓRIO MANTIDO.

1. O simples fato de possuir munição e acessórios de arma de fogo de uso restrito caracteriza a conduta descrita no art. 16, da Lei n. 10.826/03, por se tratar de delito de mera conduta ou de perigo abstrato, cujo objeto imediato é a segurança coletiva, configurando-se o delito com o simples enquadramento do agente em um dos verbos descritos no tipo penal repressor.

2. Ordem denegada.[5]

Ante o exposto, **nego concessão** ao ***habeas corpus*** impetrado em favor de **DIEGO MATINAZZO POZZER**.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DENEGARAM A ORDEM.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Carlos Eduardo Contar, Manoel Mendes Carli e Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 16 de julho de 2012.

***

3 TJDF, Rec 2011.05.1.007036-0, 3ª T. Crim., rel. Des. Jesuíno Rissato, DJ 09/03/2012, p. 241.

4 STJ, HC 164.712, 5ª T., rel. Min. Gilson Langaro Dipp, j. 05/05/2011, DJ 27/05/2011.

5 STJ, HC 95.604, 5ª T., rel. Min. Jorge Mussi, j. 15/04/2010, DJ 03/05/2010.

Primeira Câmara Criminal
Apelação Criminal n. 2012.003201-1 - Maracaju
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ABIGEATO – AUTORIA COMPROVADA – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – MANTIDAS NOS MOLDES FIXADOS – PRINCÍPIO DA SUFICIÊNCIA – SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA – INCABÍVEL – REINCIDENTE EM CRIME DOLOSO - NÃO PROVIDO.

1. Verifica-se que o gado – três reses – foram encontradas na propriedade do réu e estavam remarcadas sua marca de identificação de propriedade, configurando a subtração.

2. Para estipulação das penas alternativas o magistrado pautou-se na necessidade de reeducação do condenado, pois embora seja socialmente recomendável a substituição, deve ser sopesado o fato de ser reincidente, nos moldes do art. 44, §3º, do Código Penal. Trata-se do princípio da suficiência. A argumentação de que não possui condições financeiras para o pagamento não se verifica, pois é pessoa de posses, exercendo a profissão de pecuarista.

3. Incabível a suspensão condicional da pena, pois o apelante é reincidente em crime doloso, por conseguinte, não preenche o requisito previsto no inciso I, do art. 77 do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, com o parecer, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 25 de junho de 2012.

Des. Dorival Moreira dos Santos – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Trata-se de Apelação interposta por **João Evangelista Araújo Fava**, condenado, pela prática do crime de furto de gado (abigeato) – art. 155, *caput,* do Código Penal, à pena de 01 ano e 03 meses de reclusão e 15 dias-multa, no regime aberto, substituída por penas alternativas.

Inconformada, a defesa nas razões de apelação de fls.149-161, alega em resumo que, não existem provas da autoria que lhe é imputada, argumentando que à época dos fatos não mais residia no local em que o gado foi encontrado. Requer a absolvição. Alternativamente, impugna a aplicação da pena alternativa fixada na prestação pecuniária no valor de R$ 7.000,00 (sete mil reais) e prestação de serviços à comunidade por 760 horas, aduzindo estar exacerbada e desproporcional ao *quantum* da pena corpórea estabelecida.

Afirma não possuir condições financeiras para o pagamento. Requer a suspensão condicional da pena. Prequestiona violação aos artigos 44,45, 77 e 78 do Código Penal.

O Ministério Público contra-arrazoou as fls. 166-172, combatendo as argumentações do apelante, pugnando pela manutenção integral da sentença e no mesmo sentido está o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça as fls. 178-186, pelo desprovimento do recurso

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Relator)

Trata-se de Apelação interposta por **João Evangelista Araújo Fava**, condenado, pela prática do crime de furto de gado (abigeato) – art. 155, *caput,* do Código Penal, à pena de 01 ano e 03 meses de reclusão e 15 dias-multa, no regime aberto, substituída por penas alternativas.

Inconformada, a defesa nas razões de apelação de fls.149-161, alega em resumo que, não existem provas da autoria que lhe é imputada, argumentando que à época dos fatos não mais residia no local em que o gado foi encontrado. Requer a absolvição. Alternativamente, impugna a aplicação da pena alternativa fixada na prestação pecuniária no valor de R$ 7.000,00 (sete mil reais) e prestação de serviços à comunidade por 760 horas, aduzindo estar exacerbada e desproporcional ao *quantum* da pena corpórea estabelecida. Afirma não possuir condições financeiras para o pagamento. Requer a suspensão condicional da pena. Prequestiona violação aos artigos 44,45, 77 e 78 do Código Penal.

Pois bem, razão não assiste à defesa.

Compulsando-se os autos, constata-se que o conjunto probatório constante neste é suficiente para embasar o édito condenatório.

Verifica-se que o gado – três reses – foram encontradas na propriedade do réu e estavam remarcadas sua marca de identificação de propriedade.

A testemunha Arlindo, ouvido a fl. 106, narrou:

> Sou capataz da fazenda Sombra da Serra, a época dos fatos do finado Agenor Alves Barbosa; eu percebi que o gado que havia desaparecido estava fechado no piquete pronto para ser embarcado; eu retirei o gado de Agenor, soltando-o no campo do próprio João Evangelista, comunicando ato contínuo, meu patrão; no dia seguinte Lizandro foi a Polícia, retomando o gado de seu avô; existem comentários entre os vizinhos que o réu é uzeiro e vezeiro em agir de tal maneira; o gado foi remarcado, já que a marca de Agenor era na perna e João Evangelista colocou sua marca na anca dos animais [...].

O Policial José Gilson Cabreira, em juízo relatou (fl.108):

> Recebi ordens do comandante da companhia para acompanhar Lizandro afim de localizar o local do crime; percebi que no pasto do vizinho havia 3 rezes [sic], sendo essas duas marcas distintas em sua carcaça; as vacas não estava fechadas no piquete; não havia ninguém na fazenda onde o gado estava confinado.

No mesmo sentido, corroboram os depoimentos das testemunhas Lizandro Reis Barbosa (fl. 107) e Arcizo Carlos de Souza (fl. 109).

O réu reconheceu como suas as marcas efetuadas no gado de propriedade da vítima – fl. 111.

O fato de ter se mudado do local não exclui sua participação na prática criminosa, pois a fazenda onde as reses estavam era de sua propriedade e a marca com a qual foram remarcadas também, configurando a subtração.

Desta forma, a versão do réu de que alguém pretendia lhe prejudicar com o ocorrido está isolada nos autos e exsurge pouco crível diante das circunstâncias do fato.

Como bem ponderou o i. Magistrado:

> Reconhece, portanto, que, o gado encontrado em sua propriedade pertencia à vítima, e que nele colocou irregularmente a sua marca. Muito embora seja comum o avanço de reses de uma propriedade para outra, não é lícito ao proprietário da fazenda contígua se apoderar dos animais que passaram para a sua propriedade. Para tanto, existe o mecanismo denominado "recoluta", pelo qual de forma consuetudinária o proprietário das reses que escaparam pode pedir ao seu vizinho a inspeção em suas terras à procura do gado desaparecido, sem embargo da obrigação legal do vizinho devolve-las, caso as encontre em sua propriedade. Em hipótese alguma, entretanto, o legitima a se apropriar das reses, nelas colocando sua marca, como plenamente demonstrado. – fl. 140.

Logo, robusto o conjunto probatório a demonstrar a materialidade e autoria delitiva, suficientes para sustentar a condenação, assim, não há que se falar em absolvição.

Substituição da pena corpórea por restritiva de direitos

O apelante impugna a aplicação da pena alternativa fixada na prestação pecuniária no valor de R$ 7.000,00 (sete mil reais) e prestação de serviços à comunidade por 760 horas, aduzindo estarem exacerbadas e desproporcionais ao *quantum* da pena corpórea estabelecida.

Igualmente, neste ponto não merece guarida a pretensão do réu, pois o magistrado pautou-se na necessidade de reeducação do condenado, pois embora seja socialmente recomendável a substituição, deve ser sopesado o fato de ser reincidente, nos moldes do art. 44, §3º, do Código Penal.

Aplica-se o princípio da suficiência, explicado por MASSON nos seguintes termos:

> A pena restritiva de direitos precisa ser adequada e suficiente para atingir as finalidades da pena. Em outras palavras, tanto a retribuição do mal praticado pelo crime como a prevenção (geral e especial) de novos crimes, inerentes à pena privativa de liberdade, devem ser alcançadas com a pena restritiva de direitos.[1]

A argumentação de que não possui condições financeiras para o pagamento não se verifica, pois é pessoa de posses, exercendo a profissão de pecuarista, segundo se extrai dos autos, inclusive, sequer deveria, a meu ver, ser assistido pela Defensoria Pública, pois é proprietário de fazenda, gado e outros semoventes (fl.111).

Incabível a suspensão condicional da pena, pois o apelante é reincidente em crime doloso, por conseguinte, não preenche o requisito previsto no inciso I, do art. 77 do Código Penal.

Desta feita, improcede o prequestionamento aventado, inexistindo violação aos artigos 44,45, 77 e 78 do Código Penal.

Por todo exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso.

1 MASSON, Cléber Rogério. Direito penal esquematizado – parte geral – vol.1.3ed.Rio de Janeiro:Forense.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, COM O PARECER, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Dorival Moreira dos Santos, Francisco Gerardo de Sousa e João Carlos Brandes Garcia.

Campo Grande, 25 de junho de 2012.

***

Primeira Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 2012.018628-0 - Paranaíba
Relator Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – EXECUÇÃO PENAL – PACIENTE EM REGIME ABERTO – FALTA GRAVE – REGRESSÃO DIRETA PARA O FECHADO – IMPOSSIBILIDADE DE REGRESSÃO *PER SALTUM* – ORDEM CONCEDIDA.

A execução penal segue o sistema progressivo, não sendo permitida a progressão ou regressão de regime por salto. A concessão, revogação ou indeferimento de benefícios deve se guiar pelos critérios legais e o merecimento do apenado. No presente caso, o paciente seguia no cumprimento da pena em regime aberto, sendo regredido diretamente ao fechado diante da suposta prática de falta grave. Impossibilidade. Reforma da decisão para progressão ao regime intermediário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e com o parecer, conceder a ordem.

Campo Grande, 16 de julho de 2012.

Des. Dorival Moreira dos Santos – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Cuida-se de habeas corpus com pedido de liminar impetrado pela Defensoria Pública Estadual em favor de Rockland Aparecido Passos, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara Criminal de Paranaíba.

Noticia que o paciente cumpria pena em regime aberto quando foi preso pela suposta prática de ameaça, cometida nos termos da Lei Maria da Penha, e em decorrência de tal fato foi regredido diretamente para o regime fechado, além da perda de 1/3 dos dias remidos.

Alega que a regressão per saltum representa constrangimento ilegal. Pugna pela concessão da ordem para que seja colocado em regime semiaberto. Não formulou pedido de liminar.

A autoridade apontada como coatora apresentou informações. (fls. 22-38).

A Procuradoria de Justiça opinou pela concessão da ordem. (fls. 43-37)

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Relator)

Consoante relatado, o paciente cumpria pena em regime aberto e foi regredido diretamente para o fechado após a suposta prática de novo delito, consistente em ameaça, cometida nos termos da Lei Maria da Penha. Sofreu, também, a perda de 1/3 dos dias remidos.

Insurge-se somente contra a regressão *per saltum*, pugnando pela transferência para o regime semiaberto.

A ordem deve ser concedida.

A decisão guerreada tratou da matéria nos seguintes termos:

> Após apreciar os documentos acostados, entendo que é caso de regressão do regime, pois a LEP diz, em seu art. 118, "caput", incisos e parágrafos, que a pena está sujeita ao sistema regressivo, sempre que o sentenciado praticar fato definido como crime doloso, falta grave, sofrer condenação por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime, além do condenado frustrar os fins da execução ou não pagar a multa.
>
> No presente caso é possível observar que o reeducando foi preso em flagrante (fls. 350/353) pelo crime de ameaça (violência doméstica) após ter ingerido bebida alcoólica, descumprindo assim as condições do regime em que se encontrava.
>
> O conduta do sentenciado se amolda em uma das hipóteses acima relatadas, conforme se depreende dos documentos juntados.
>
> A questão é singela e não demanda maiores comentários.

Como sustentado pelo impetrante, a regressão direta para o regime mais gravoso trata-se de constrangimento ilegal.

É sabido que a execução penal segue o sistema progressivo e guia-se pelos critérios legais, incluindo a análise do mérito do apenado para a concessão, revogação ou indeferimento de benefícios.

Dentro desses parâmetros, não se permite que o apenado migre diretamente do regime mais grave para o mais brando, devendo, obrigatoriamente, passar pelo intermediário.

O oposto, ou seja, a regressão, segue no mesmo sentido.

Neste entendimento, deve ser reconhecido que a decisão proferida merece reforma, estando em desacordo com a jurisprudência e a melhor doutrina.

Renato Marcão, em seus ensinamentos sobre a execução penal, discorre sobre o tema:

> É vedada a regressão por salto. De tal sorte, não se poderá transferir o condenado que se encontre no regime aberto diretamente ao fechado, pela regressão, sem antes passar pelo regime semiaberto.
>
> Assim como a progressão pressupõe a seguinte ordem: regime fechado, regime semiaberto e regime fechado, a regressão determina a ordem inversa: regime aberto, regime semiaberto e regime fechado. Não há falar em regressão para o integralmente fechado.

> Para cada regressão deve haver uma causa justificadora, e não se pode, por um único motivo ou ainda que por vários, apuráveis de uma só vez, determinar a regressão do aberto para o semiaberto e logo em seguida, com o mesmo fundamento e pelas mesmas razões, impor nova regressão, agora para o regime fechado.[1]

A jurisprudência igualmente rejeita a adoção da regressão por salto. Vejamos:

> EMENTA – AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – REGRESSÃO DE REGIME – FALTA GRAVE – REEDUCANDA QUE CUMPRE PENA EM REGIME ABERTO – USO DE APARELHO CELULAR NO AMBIENTE EXTERNO – JUSTIFICATIVA ACOLHIDA – IMPOSSIBILIDADE DE REGRESSÃO "POR SALTO" – PARCIAL PROVIMENTO.
>
> Acolhe-se justificativa de reeducanda que, ao cumprir pena em regime aberto, faz uso de aparelho celular no ambiente externo durante o dia, fora do estabelecimento prisional onde se recolhe apenas para pernoitar.
>
> A regressão de regime dá-se para o imediatamente mais gravoso, sendo inadmissível a chamada "regressão por salto". (Agravo Criminal - N. 2011.010829-0/0000-00 – PRIMEIRA TURMA CRIMINAL - Relator - Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia – Julgamento 6.6.2011)
>
> EMENTA – AGRAVO CRIMINAL – REGRESSÃO DA PENA – COMETIMENTO DE NOVO CRIME – RECURSO MINISTERIAL –PRETENDIDA REFORMA DA DECISÃO PARA DETERMINAR A REGRESSÃO DO REGIME ABERTO PARA O FECHADO – INADMISSIBILIDADE DA REGRESSÃO PER SALTUM – RECURSO IMPROVIDO.
>
> Tanto a progressão quanto à regressão não devem ser determinadas per saltum, considerando-se o caráter ressocializador da pena. Recurso ministerial a que se nega provimento para manter a decisão que regrediu o reeducando a regime imediatamente anterior em face do cometimento de fato definido como crime doloso." (Agravo Criminal - N. 2011.021283-6 Segunda Câmara Criminal - Relator - Exmo. Des. Romero Osme Dias Lopes – Julgamento 8.8.2011)
>
> EMENTA: AGRAVO EM EXECUÇÃO. RECURSO DEFENSIVO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. COMETIMENTO DE NOVO DELITO NO CURSO DO PRAZO. SUSPENSÃO DO BENEFÍCIO. ARTIGO 145 DA LEP. PRISÃO QUE TEM CARÁTER CAUTELAR E ESTÁ SUBMETIDA AOS REQUISITOS PRÓPRIOS DESTA. APENADO QUE, RESPONDE A PROCESSO, PROVISORIAMENTE PRESO, POR FATO COMETIDO NO CURSO DO PRAZO. SUSPENSÃO DO BENEFÍCIO É DECORRÊNCIA LÓGICA INAFASTÁVEL. TODAVIA, O APENADO DEVE SER REPOSTO NO REGIME DE ORIGEM, VEDADA A IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO, O QUE SERIA EQUIVALENTE À VEDADA REGRESSÃO POR SALTO. Agravo provido. (Agravo Nº 70045642808, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Batista Marques Tovo, Julgado em 15/12/2011)
>
> EMENTA: EXECUÇÃO PENAL. PAD. OBSERVADO O DIREITO DE DEFESA E CONTRADITÓRIO. OITIVA TESTEMUNHAS. FALTA GRAVE. FUGA. REGRESSÃO DE REGIME. ATUAÇÃO POR SALTO. ALTERAÇÃO DA DATA-BASE PARA CONCESSÃO DE NOVOS BENEFÍCIOS. Formalidades de regulamento administrativo que, no caso, devidamente respeitadas, não interferem no que procedido em juízo. A Lei de Execução Penal determina para a apuração da falta grave, apenas a oitiva

1 MARCÂO, Renato. Curso de Execução Penal. SP: ed. Saraiva. P. 139.

> prévia do condenado, ocorrida no caso, com o acompanhamento de defensora pública, o que afasta nulidade alegada. Apenado, mais, que foi também ouvido em juízo, antes da imposição da regressão, oportunidade em que confirmou o cometimento da falta, fuga, sem apresentação de justificativa aceitável. Estando, porém, o apenado no regime aberto, não se justifica, por força da falta, sua passagem imediata, por salto, para o regime fechado. A regressão de regime, por força da falta grave, implica, como natural, o recomeço, a partir da recaptura ou da colocação efetiva do apenado no regime para o qual regredido, do prazo de 1/6 para futura progressão. Agravo parcialmente provido, para o efeito de dispor que o regime a observar é o semiaberto. (Agravo Nº 70035673938, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Bandeira Pereira, Julgado em 27/05/2010)

O tema também comporta avaliação à luz do princípio da individualização da pena na fase executória, na lição de Ionilton Pereira do Vale:

> A individualização da pena na execução tem como escopo a reintegração do indivíduo [...] a individualização executória deve promover a adequação da pena às características pessoais de cada preso.[2]

Diante de tais considerações, com o parecer, concedo a ordem para que Rockland Aparecido Passos seja transferido para o regime semiaberto. Notifiquem, com urgência, o magistrado para que adote as providências necessárias à adequação do regime.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, CONCEDERAM A ORDEM.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Dorival Moreira dos Santos, João Carlos Brandes Garcia e Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 16 de julho de 2012.

***

2 VALE, Ionilton Pereira do. Os princípios constitucionais no processo penal na visão do Supremo Tribunal Federal. SP: ed. Método, 2009. P. 85.

Primeira Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 2012.018864-8 - Dourados
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – ***HABEAS CORPUS*** – PORTE DE ARMA E PORNOGRAFIA INFANTIL – SEGREGAÇÃO CAUTELAR FUNDADA NA **GRAVIDADE ABSTRATA** DO DELITO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO – ORDEM CONCEDIDA.

A decisão que decreta a segregação provisória deve estar baseada em elementos concretos, demonstrando a real necessidade da medida extrema, sempre quando constatada a presença dos pressupostos e requisitos legais constantes do artigo 312 e seguintes, do Código de Processo Penal.

Na hipótese, o Juiz *a quo* se limitou a tecer considerações de ordem teórica acerca da possibilidade de decretação da prisão cautelar para fins de resguardar a ordem pública, sem fazer qualquer alusão ao caso em questão, não apontando nenhuma circunstância concreta que levasse à necessidade da segregação do paciente, apenas fazendo considerações acerca da gravidade abstrata do crime, o que revela não existir nenhum fato concreto que autorize a afirmação de que, em liberdade, ele possa interferir na produção das provas ou se furtar à ação da Justiça.

Embora um dos crimes de que está sendo acusado o paciente – pornografia infantil, por meio de imagens encontradas em seu celular – cause repulsa na sociedade, não se pode olvidar que não passa de mera acusação, em que a eventual autoria somente será comprovada em caso de condenação transitada em julgado. Ressalte-se que, em decorrência do princípio constitucional da presunção da inocência, não se pode tratar como se culpado fosse aquele que ainda não sofreu condenação penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, contra o parecer, conceder a ordem.

Campo Grande, 23 de julho de 2012.

Des. Dorival Moreira dos Santos – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Trata-se de ***habeas corpus*****,** impetrado por Jorge Antonio dos Santos em favor do paciente Washington Varela dos Santos, preso desde o dia 11 de maio de 2012 em razão de flagrante delito por supostamente ter praticado os delitos previstos nos art. 241-ECA e art. 12 da Lei 10.826/03.

Alega, em síntese, que o paciente possui bons antecedentes, possui endereço certo, é estudante e reside com sua família, não havendo motivos para a manutenção de sua segregação; o interrogatório do

réu foi marcado somente para 26/09/2012 o que evidencia excesso de prazo, pois até a data da audiência transcorrerão 139 (cento e trinta e nove) dias.

As informações foram prestadas as fls. 14-25.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Relator)

Consoante relatado, Jorge Antonio dos Santos impetrou *habeas corpus* em favor do paciente **Washington Varela dos Santos,** preso desde o dia 11 de maio de 2012 em razão de flagrante delito por supostamente ter praticado os delitos previstos nos art. 241-ECA e art. 12 da Lei 10.826/03. Aduz, em resumo, excesso de prazo na instrução criminal e inexistência de motivos para a manutenção da segregação cautelar do paciente que possui condições pessoais favoráveis.

Pois bem. A decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória do paciente foi proferida nestes termos:

> [...] Depreende-se do presente caderno informativo que o autuado foi preso em flagrante delito na data de 11 de maio do corrente ano pela prática dos crimes de posse ilegal de arma de fogo de uso permitido e por armazenar mídia contendo pornografia infantil (art. 12 da Lei n. 10.826/03 e art. 241-B, da Lei n. 8.069/90, respectivamente).
>
> Veja-se que a medida cautelar segregatícia é extrema e excepcional, e para sua decretação se faz necessário o preenchimento de alguns "requisitos", os quais, na precisa lição de Julio Fabbrini Mirabete[1] se bipartem em "pressupostos" e "fundamentos". Os pressupostos, caracterizadores do fumus comissi delicti (fumaça do cometimento do delito), são traduzidos pelo binômio "prova da existência do crime" e "indícios suficientes de autoria". Já os fundamentos, os quais indicam o periculum libertatis (perigo em liberdade), são, segundo o art. 312 do CPP: 1) garantia da ordem pública; 2) garantia da ordem econômica; 3) aplicação da lei penal e 4) conveniência da instrução criminal.
>
> Os pressupostos do fumus comissi delicti estão presentes no caso em apreço, pois há prova inequívoca da existência do crime e de sua autoria, conforme se visualiza pelo Auto de Prisão em Flagrante, ocorrência n. 2280/2012, bem como pelos depoimentos das testemunhas, especialmente os policiais que realizaram a apreensão da arma e do celular do indigitado (f. 03; 05). Ademais, o denunciado confessou a posse do artefato e o armazenamento da mídia ilícita em seu aparelho celular (f. 07).
>
> Logo, havendo provas da existência do crime e indícios suficientes de autoria, é fato a existência do pressuposto necessário à decretação da preventiva.
>
> Os fundamentos necessários à custódia cautelar são aqueles que indicam o periculum libertatis, com previsão legal no art. 312 do CPP.
>
> Em consulta ao SAJ, denota-se que o indiciado é tecnicamente primário e ostenta bons antecedentes. Contudo, de apresentar condições pessoais favoráveis não bastam, por si sós, para sua colocação em liberdade.

1 MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 252.

É de se ver que a custódia se mostra imprescindível à preservação da ordem pública e da paz social, notadamente considerando os crimes cometidos pelo acusado constituem grave ameaça à sociedade, especialmente o que tange à pornografia infantil, praticado em desfavor de crianças e adolescentes.

Tais crimes causam intranquilidade ao meio social e repulsa à coletividade, pois ferem a ordem social e o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, motivo pelo qual o art. 313, inciso III, do CPP, recomenda uma postura mais rígida por parte do Poder Judiciário em casos desta jaez (*HABEAS CORPUS* – N. 2009.000830-2/000-00 – Campo Grande).

Demonstra ser, portanto, desmerecedor da liberdade provisória, porquanto sua colocação em liberdade representando perigo concreto à sociedade.

Não se trata de alicerçar o decreto em periculosidade meramente presumida, tampouco em argumentos abstratos e genéricos, mas sim, em dados concretos, que emergem dos elementos de convicção até agora reunidos, não se podendo ignorar, além disso, que no conceito de ordem pública também insere-se a necessidade de se preservar a credibilidade do Estado e da Justiça, em face da intranquilidade que crimes de determinada natureza vêm gerando na comunidade local, consoante análise revelada pela sensibilidade do Juiz à reação do meio ambiente à ação criminosa.

Com efeito, exsurge do flagrante que o acusado foi preso em virtude do cumprimento do mandado de busca e apreensão n. 0004198-50.2012, que visava encontrar armas de fogo, drogas e uma granada no endereço do indigitado, porém os policiais encontraram apenas uma arma de fogo.

Mas apesar da diligência não ter logrado êxito em localizar todos os objetos almejados, apreenderam a arma em questão e as mídias digitais (fotos e vídeos) onde constava foto do autor com arma de fogo diversa da apreendida, além do conteúdo contendo pornografia infantil, fatos que demonstram que o local, possivelmente, abrigou em momento anterior outros artefatos.

Em relação à Ordem Pública, consoante preleciona Tourinho, entende-se por ordem pública a situação e o estado de legalidade normal, em que as autoridades exercem suas precípuas atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam. Assim, se o indiciado ou acusado estiver cometendo novas infrações, seguramente haverá perturbação da ordem pública, o que pode ser aplicado ao caso presente, já que o acusado, ao que consta até o momento, estaria a demonstrar lhe ser indiferente a vida errante dos perseguidos pelos órgãos de repressão penal.

Os tempos presentes, infelizmente repletos de violência, reclamam especial atenção para com a segurança coletiva, para com o bem-estar da população a cada dia mais traumatizada e perplexa com essa nefasta onda crescente de golpes e ataques a que vem sendo submetida, em especial ataques contra a infância.

É certo que, conforme preceito constitucional, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mas esse princípio deve ser interpretado em sintonia com as demais disposições constitucionais, dentre as quais aquela estampada no art. 5.º, inc. LXI, da CF/88, e não isoladamente.

Não se pode, portanto, da afirmação de que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória, extrair a conclusão de que não mais subsistem a prisão preventiva e outras formas de coerção processual, tanto mais que à estas alude o art. 5.º, inciso LXI, acima citado.

> Conforme já externou o Tribunal de Justiça de São Paulo, "considerar culpado" não equivale, seguramente, a não poder ser preso nas condições da lei. Diz respeito preferencialmente ao status dignitatis do cidadão. Mas, não à garantia da sociedade, em boa parte assegurada pelas diversas modalidades de custódias antecedentes de sentença definitiva. A própria Constituição assegura pelo menos uma delas; a do flagrante. É do mesmo artigo, mas inciso LXI, que ninguém será preso senão em flagrante, etc.
>
> A prisão em tela, por outro ângulo, não fere o princípio constitucional de presunção de inocência, também porque, sendo de natureza meramente processual e com o objetivo de assegurar a ordem pública, não diz respeito ao reconhecimento da culpabilidade. A propósito:
>
> A presunção de inocência (CF, art.5º, LVII) é relativa ao Direito Penal, ou seja, a respectiva sanção somente pode ser aplicada após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Não alcança os institutos de Direito Processual, como a prisão preventiva. Esta é explicitamente autorizada pela Constituição da República (art.5º, LXI). (RT 686/388)
>
> Registre-se que eventual primariedade do indigitado não obsta necessariamente a custódia cautelar, conforme iterativamente externado pelo Pretório Excelso (RT 619/387).
>
> D'outro vértice, não cabe neste momento e neste feito decidir se o increpado é ou não inocente; se houve ou não o crime. Trata-se de questão de mérito, a ser elucidada no momento oportuno, após regular instrução.
>
> Por tais razões e mais que dos autos consta, converto em prisão preventiva a prisão em flagrante de Washington Varela dos Santos, devidamente qualificado no APF, como garantia da ordem pública, para assegurar a instrução criminal e aplicação da lei penal, consoante artigo 312 do Código de Processo Penal. Expeça-se o correspondente mandado [...]
>
> E eis que persistem os motivos em que foi alicerçada tal decisão, não se extraindo do pleito liberatório postulado pelo requerente qualquer elemento de prova capaz de anular os fundamentos do decreto prisional.
>
> Veja-se que há prova inequívoca da existência dos crimes, cuja some prevê pena máxima em abstrato superior a quatro anos, bem como indícios veementes da autoria, consoante relatos até o momento coletados.
>
> Registre-se que eventual primariedade do requerente não obsta necessariamente a custódia cautelar, conforme iterativamente externado pelo Pretório Excelso (RT 619/387).
>
> Por tais razões indefiro o pedido de liberdade provisória formulado por Washington Varela dos Santos, devidamente qualificado nestes autos, o que faço fulcrado no art. 312 do CPP, tendo em vista a presença de motivos autorizadores da custódia preventiva, notadamente os que se referem à garantia da ordem pública e da paz social.
>
> Intimem-se e, após, arquive-se o presente incidente processual, com baixas e anotações, juntando-se cópia na ação principal.

Conforme se extrai da transcrição acima, o Juiz *a quo* limitou-se a tecer considerações de ordem teórica acerca da possibilidade de decretação da prisão cautelar para fins de resguardar a ordem pública, sem fazer qualquer alusão ao caso em comento, não apontando nenhuma circunstância concreta que levasse à necessidade da segregação do paciente, apenas fazendo considerações acerca da gravidade abstrata do crime, o que revela não existir nenhum fato concreto que autorize a afirmação de que, em liberdade, o paciente possa interferir na produção das provas ou se furtar à ação da Justiça.

Muito embora um dos crimes de que está sendo acusado o paciente – pornografia infantil, por meio de imagens encontradas em seu celular – cause repulsa na sociedade, não se pode olvidar que não passa de mera acusação, em que a eventual autoria somente será comprovada em caso de condenação transitada em julgado.

A privação cautelar de liberdade individual é medida excepcional, sendo inadmissível sua deturpação a fim de antecipar o cumprimento da pena, tratando-se como culpado aquele que ainda não sofreu condenação penal transitada em julgado.

De fato, antes de qualquer análise do mérito do *writ,* anote-se que a decisão restritiva pessoal, de cunho cautelar, deve projetar as exigidas condições do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis.*

No caso dos autos, entendo que a decisão distanciou-se da exigida motivação do segundo requisito de acautelamento, por meio do qual a doutrina tem reiteradamente realçado, *verbis*:

> No que toca ao periculum libertatis, a fundamentação deve contemplar explicitamente os fatos em que se assenta a necessidade da adoção da medida, seja para garantia da ordem pública, ou econômica, conveniência da instrução, ou para assegurar a aplicação da lei penal; a mera repetição de fórmulas vazias e sem amparo em fatos concretos não se coadunam com a gravidade e o caráter excepcional da medida". (GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antônio Scarance, GOMES FILHO, Antônio Magalhães, As nulidades do processo penal, São Paulo, RT, 2004, p. 358).

Acerca da necessidade de fundamentação, colaciono precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO. GRAVIDADE GENÉRICA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INDICAÇÃO DE FUGA. DIREITO DE ESQUIVAR-SE DA PRISÃO INDEVIDA. 1. **A gravidade genérica do delito não é circunstância por si só apta a engendrar a necessidade do aprisionamento processual. (Precedentes).** 2. A prisão processual, por ser medida instrumental, e não antecipatória de pena, necessita reportar-se a dados concretos de cautelaridade, não servindo a mera alusão ao fato de que o crime de homicídio causa intranquilidade social. Hipótese em que não houve a indicação introdutória dos requisitos do art. 312 do CPP. 3. O fato de não ter sido o paciente encontrado para a citação não constitui indicativo seguro de que esteja buscando se furtar à aplicação da lei penal, não se podendo obrigar o réu a se apresentar estando diante de decreto de prisão que reputa desfundamentado. 4. Ordem concedida para permitir ao paciente que aguarde o trânsito em julgado da ação penal em liberdade, se por outra razão não estiver preso, mediante o compromisso de comparecer a todos os atos do processo a que for chamado. **(STJ - HC 113902/SP *HABEAS CORPUS* 2008/0183971-1 – Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA – julg. 26/04/2011- DJe 04.05.2011)**

> AGRAVO REGIMENTAL – *HABEAS CORPUS* – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – PRISÃO EM FLAGRANTE – LIBERDADE PROVISÓRIA – EXIGÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA NECESSIDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR – 1- A doutrina e a jurisprudência têm enfatizado que a prisão cautelar, assim entendida aquela que antecede a condenação transitada em julgado, só pode ser imposta se evidenciada, com explícita fundamentação, a necessidade da sua imposição[...] **(STJ – AgRg-HC 107.258 – (2008/0114382-8) – 6ª T. – Rel. Paulo Gallotti – DJe 28.10.2008 – p. 900)**

Assim, considerando a falta de motivação idônea para a manutenção da prisão preventiva, entendo que a melhor solução no caso em tela, mesmo diante da gravidade da acusação, é garantir ao paciente o direito de aguardar em liberdade a instrução processual, sendo absolutamente ilegítima qualquer medida antecipatória do juízo de condenação.

Em caso análogo ao presente o STJ decidiu:

> PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO DO JUIZ SINGULAR BASEADA EM ELEMENTOS ABSTRATOS E GENÉRICOS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 312 DO CPP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.
>
> 1. A prisão preventiva não é incompatível com o princípio fundamental da presunção de inocência, desde que a aplicação da medida esteja alicerçada em sólidos elementos.
>
> 2. No caso, o decreto prisional encontra-se fundamentado em considerações de ordem genérica, não apontando nenhuma circunstância concreta, relativa ao paciente, que levasse à necessidade de sua segregação, a não ser a gravidade abstrata da acusação sobre ele recaída. A simples referência a expressões como "preservação da ordem pública" e "repercussão social", ou ainda menção ao risco de reiteração, desvinculadas de dados concretos, não legitimam a decretação da custódia cautelar.
>
> 3. Incumbe ao magistrado singular o dever de bem fundamentar suas decisões, não cabendo ao Tribunal estadual, notadamente em sede de habeas corpus, ação constitucional que visa tutelar exclusivamente os direitos do réu, inovar na fundamentação, sanando eventual vício cometido em primeira instância, a fim de justificar a necessidade da medida extrema. Precedentes.
>
> 4. Ordem concedida para, confirmando a liminar, garantir ao paciente o direito de responder ao processo em liberdade, ressalvada a possibilidade de nova prisão ou imposição das medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, se demonstrada sua necessidade.
>
> (HC 207.717/CE, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 06/03/2012, DJe 22/03/2012)

Diante do exposto, contra o parecer, concedo a ordem para conferir a liberdade provisória ao paciente Washington Varela dos Santos, permitindo que aguarde em liberdade o julgamento da ação penal, se por outro motivo não estiver preso. O paciente deverá firmar compromisso de comparecer em todos os atos processuais a que for intimado, sob pena de revogação do benefício de liberdade provisória.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONTRA O PARECER, CONCEDERAM A ORDEM.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Dorival Moreira dos Santos, Francisco Gerardo de Sousa e João Carlos Brandes Garcia.

Campo Grande, 23 de julho de 2012.

***

Primeira Câmara Criminal
Apelação Criminal n. 2012.003328-8 - Campo Grande
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TENTATIVA DE FURTO – RECURSO DEFENSIVO – SENTENÇA CONDENATÓRIA – PRETENDIDA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – POSSIBILIDADE – INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO JURÍDICA PROVOCADA – BEM RESTITUÍDO À VÍTIMA – RECURSO PROVIDO.

A jurisprudência já pacificou o entendimento no sentido de ser aplicável o princípio da insignificância quando a ofensividade da conduta é mínima, a periculosidade social da ação demasiadamente diminuta, inexpressiva a lesão jurídica provocada e reduzido o grau de reprovabilidade do comportamento, circunstâncias verificadas no presente caso em apreço, em que o valor ínfimo da *res furtiva* não teve qualquer repercussão no patrimônio da vítima.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, com o parecer, dar provimento ao recurso.

Campo Grande, 25 de junho de 2012.

Des. Francisco Gerardo de Sousa – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa

Trata-se de apelação criminal interposta por Francisco de Oliveira em face da sentença proferida pelo Juízo da 1.ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande, MS (fls. 97-101), que julgou procedente a pretensão punitiva formulada na denúncia e o condenou como incurso no art. 155, *caput*, do Código Penal, à pena de 06 (seis) meses de reclusão, em regime aberto, substituída por uma restritiva de direitos.

Dos autos consta que no dia 14 de janeiro de 2010, por volta das 10h, na Rua Manoel Laburu, 794, Jd. São Lourenço, nesta Capital, o denunciado tentou subtrair para si, mediante rompimento de obstáculo, 1 (um) televisor Phillips 14 polegadas, nº de série 14PT218A/78R, avaliado em R$ 300,00 (trezentos reais, de propriedade de Faiza Mahmud Muhd Gharyb.

Em suas razões recursais (fls. 110-117), o apelante pugna o conhecimento e provimento do presente recurso, a fim de que seja aplicado o princípio da insignificância ao presente caso.

Em contrarrazões (fls. 120-121), o Ministério Público Estadual pugna pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (fls. 127-132), opina pelo provimento da apelação criminal.

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Francisco de Oliveira em face da sentença proferida pelo Juízo da 1.ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande, MS (fls. 97-101), que julgou procedente a pretensão punitiva formulada na denúncia e o condenou como incurso no art. 155, caput, do Código Penal, à pena de 06 (seis) meses de reclusão, em regime aberto, substituída por uma restritiva de direitos.

Dos autos consta que no dia 14 de janeiro de 2010, por volta das 10h, na Rua Manoel Laburu, 794, Jd. São Lourenço, nesta Capital, o denunciado tentou subtrair para si, mediante rompimento de obstáculo, 1 (um) televisor Phillips 14 polegadas, nº de série 14PT218A/78R, avaliado em R$ 300,00 (trezentos reais, de propriedade de Faiza Mahmud Muhd Gharyb.

Em suas razões recursais (fls. 110-117), o apelante pugna o conhecimento e provimento do presente recurso, a fim de que seja aplicado o princípio da insignificância ao presente caso.

Passo a analisar o recurso.

Em análise detida dos autos, vislumbro que assiste razão ao apelante.

Vejamos.

Em que pese a autoria e a materialidade do delitos restarem devidamente comprovada nos autos, entendo que o caso comporta a aplicação do princípio da insignificância.

É que para aferir a relevância material da tipicidade penal, há que se conjugar determinadas circunstâncias, a saber: a) a ofensividade da conduta do agente – que deve ser mínima; b) a periculosidade social; c) o alto grau de reprovabilidade do comportamento – que deve ser reduzido; d) bem como deve ser inexpressiva a lesão jurídica provocada.

Nesse sentido, o princípio da insignificância, como causa supralegal de tipicidade, recomenda considerar-se penalmente atípica a conduta criminosa que, a despeito de subsumir-se formalmente ao tipo incriminador, é inapta a lesar o titular do bem jurídico tutelado e a ordem social, consoante anota Cezar Roberto Bitencourt[1]:

> [...] A tipicidade penal exige ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Segundo esse princípio, é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal, porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado. [...] Assim, a irrelevância ou insignificância de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem juridicamente atingido, mas especialmente em relação ao grau de sua intensidade, isto é, pela extensão da lesão produzida. [...]

No caso em tela, foi subtraída uma televisão 14 polegadas, avaliada em R$ 300,00 (trezentos reais), valor menor que o salário mínimo vigente à época dos fatos.

1 Código Penal comentado. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 6.

Outrossim, a vítima foi integralmente restituída dos objetos furtados, consoante termo de entrega de f. 25, não havendo qualquer repercussão em seu patrimônio.

Nesse sentido, tem-se a jurisprudência desta 1ª Câmara Criminal:

> APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO QUALIFICADO -– PRETENSA ABSOLVIÇÃO – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO JURÍDICA PROVOCADA – BEM RESTITUÍDO À VÍTIMA – RECURSO PROVIDO. Na esteira do entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal, o princípio da insignificância é aplicável quando a mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada se fizerem presentes. Sendo o valor do bem inexpressivo diante do patrimônio da vítima, a quem a res furtiva foi restituída, o princípio da bagatela deve ser aplicado, em face da ausência de lesividade ao bem jurídico tutelado, aliado aos demais vetores que completam tal postulado. (Autos nº 2010.024863-2 – Órgão Julgador – 1.ª Turma Criminal – Relator: Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia – Julgamento em 17/01/2010).

Desse modo tenho que, diante da situação trazida neste processo, uma vez constatada a inexistência de prejuízo para a vítima no curso da instrução judicial, evidente a ausência de lesividade ao bem jurídico protegido (patrimônio da vítima) na conduta promovida pelo acusado, sendo o caso dos autos de absolvição em razão da bagatela constatada.

Destarte, ante o exposto, dou provimento a apelação criminal e absolvo o apelante Francisco de Oliveira em face da atipicidade da conduta, aplicando ao caso o princípio da insignificância.

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (Revisor)

De acordo com o relator.

Conclusão de julgamento adiada em face ao pedido de vista do vogal (Des. Dorival), após o relator e o revisor, com o parecer, darem provimento ao recurso.

VOTO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (Revisor)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (Vogal)

Acompanho o relator.

Pedi vista para melhor analisar os autos e considero que, realmente, cabível ao fato exposto a aplicação do princípio da insignificância, diante do valor da *res*, a qual sequer o apelante chegou a ter posse mansa e pacífica após tentar furtar, qual seja, uma televisão avaliada em R$ 300,00, valor abaixo do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

Como já me manifestei em outros julgamentos, considero, ainda, que tal princípio não comporta aplicação em se tratando de agente que faz do crime seu meio de vida, sob risco de incentivar a reiteração delitiva. Conforme se extrai dos autos, trata-se de pessoa primária, sendo adequada a aplicação para absolver o apelante.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, COM O PARECER, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Francisco Gerardo de Sousa, João Carlos Brandes Garcia e Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 25 de junho de 2012.

***

Primeira Câmara Criminal
Recurso em Sentido Estrito n. 2012.005274-5 - Sete Quedas
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – ROUBO – REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – RECURSO MINISTERIAL – PRETENDIDA A DECRETAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR – RÉU QUE PERMANECEU FORAGIDO APÓS A PRÁTICA DE UM CRIME – RECURSO PROVIDO.

Havendo fundamentos razoáveis de que o indiciado ou réu praticou fato grave e evadiu-se, torna-se viável a custódia cautelar, por ser nitidamente preenchido o requisito 'asseguramento da aplicação da lei penal'. Ademais, mesmo com o advento da Lei n. 12.403/2011, é possível a decretação da prisão preventiva, conforme disposição do art. 313, do Código de Processo Penal, aos casos de crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos, o que se verifica *in casu,* pois a pena prevista para o delito de roubo é de 04 (quatro) a 10 (dez) anos de reclusão, sem prejuízo da multa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, com o parecer, dar provimento ao recurso.

Campo Grande, 25 de junho de 2012.

Des. Francisco Gerardo de Sousa – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Estadual contra a decisão que revogou a prisão preventiva de Milcíades Carneiro Cavalheiro (fl. 84).

Em suas razões recursais (fls. 101 – 108), o recorrente aduz que estão preenchidos os requisitos autorizadores da prisão preventiva, quais sejam, *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*. Requer seja recebida e reformada a decisão que revogou a prisão preventiva, expedindo-se o competente mandado de prisão preventiva em desfavor de Milcíades Carneiro Cavalheiro. Ao final, prequestionou, os arts. 312, 313, inciso I, e 316, todos do Código de Processo Penal.

Em sede de contrarrazões (fls. 122 - 128), a defesa pugna pelo improvimento do recurso ministerial. Ao final, prequestionou o art. 316 do Código de Processo Penal e art. 5.º, inciso LXVI, da Constituição Federal.

À fl. 110 a decisão foi mantida pelo magistrado *a quo*.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (fls. 140 - 145), opina pelo conhecimento e provimento do recurso interposto.

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa (Relator)

Milcíades Carneiro Cavalheiro foi denunciado tendo em vista a prática do delito assim narrado *in verbis* na exordial acusatória:

> [...] Consta do incluso inquérito policial que no dia 19/11/2004, por volta das 22:00 horas na cidade de Paranhos-MS, o denunciado subtraiu para sia coisa alheia móvel mediante grave ameaça, tendo usado em sua empreitada criminosa uma arma de fogo e a companhia de uma terceira pessoa chamada Robson Gaona Casco, este menor de idade (conforme documentos de fls. 23 e 28), ocasião em que também perpetrara o delito de corrupção de menores, além de haver levado a res furtiva para dentro de território alienígena no Paraguai [...]

Em suas razões recursais (fls. 101 – 108), o recorrente aduz que estão preenchidos os requisitos autorizadores da prisão preventiva, quais sejam, *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*. Requer seja recebida e reformada a decisão que revogou a prisão preventiva, expedindo-se o competente mandado de prisão preventiva em desfavor de Milcíades Carneiro Cavalheiro. Ao final, prequestionou, os arts. 312, 313, inciso I, e 316, todos do Código de Processo Penal.

Passo à análise do recurso.

Pois bem. Segundo consta dos autos, o Ministério Público Estadual requereu, nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal, a decretação da prisão preventiva do recorrido, em razão de sua fuga do distrito de culpa, bem como a produção antecipada da prova.

O magistrado *a quo*, em razão de o requerido ter sido citado por edital e não ter comparecido para constituir advogado, suspendeu o processo e o prazo prescricional, decretando a prisão preventiva do ora recorrido.

No entanto, a prisão cautelar foi revogada, sob o fundamento de não estarem preenchidos os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

Ora, analisando o caso em comento, conclui-se que a decisão que revogou a prisão preventiva merece reforma, uma vez que o recorrido fugiu após a prática de um crime causando entraves para elucidação do mesmo, indicando que não permanecerá no distrito de culpa, como ainda, não pretende se submeter à julgamento.

Nucci[1] assevera que 'havendo fundamentos razoáveis de que o indiciado ou réu praticou fato grave e evadiu-se, torna-se viável a custódia cautelar, por ser nitidamente preenchido o requisito 'asseguramento da aplicação da lei penal'.

Desse modo, presentes e bem delineados os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, mostra-se necessária a custódia cautelar do acusado, ao menos, para a sua localização.

1 NUCCI, Guilherme de Souza, Código de processo penal comentado. 8ª ed. São Paulo; RT, 2008, p. 665.

Ademais, mesmo com o advento da Lei n.º 12.403/2011, é possível a decretação da prisão preventiva, conforme disposição do art. 313, do Código de Processo Penal, aos casos de crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos, o que se verifica *in casu,* pois a pena prevista para o delito de roubo é de 04 (quatro) a 10 (dez) anos de reclusão, sem prejuízo da multa.

Nesse sentido:

> RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PROCESSO PENAL – PRISÃO PREVENTIVA – DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES DA LIBERDADE PROVISÓRIA – REITERAÇÃO CRIMINOSA – CRIME DOLOSO PUNIDO COM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE MÁXIMA SUPERIOR A 04 ANOS – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E APLICAÇÃO DA LEI PENAL – PROVIMENTO. Com o advento da Lei n.º 12.403/2011, é possível a decretação da prisão preventiva, conforme disposição do art. 313, do Código de Processo Penal, aos casos de crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 04 (quatro) anos, mormente quando o acusado reitera em prática delitiva e descumpre as condições impostas quando da anterior concessão da benesse liberdade provisória. Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Órgão Ministerial a que se dá provimento, para decretar a prisão preventiva do acusado, a fim de garantir a ordem pública e a aplicação da lei penal. (Autos n.2011.036433-1 – Órgão Julgado – 1.ª Turma Criminal – Relator: Exmo. Des. Carlos Eduardo Contar, julgamento em 13/02/2012)

Assim, preenchidos os requisitos dos arts. 312 e 313, I, do Código de Processo Penal, mostra-se de todo necessária e legal a prisão do acusado.

Por derradeiro, no que tange ao prequestionamento, a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão de o tema ter sido amplamente debatido.

Diante do exposto, com o parecer, dou provimento ao recurso em sentido estrito.

Comunique-se o juiz para providência.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, COM O PARECER, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Francisco Gerardo de Sousa, João Carlos Brandes Garcia e Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 25 de junho de 2012.

***

Primeira Câmara Criminal
Recurso em Sentido Estrito n. 2012.017046-9 - Dourados
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – EMBRIAGUEZ AO VOLANTE – ART. 306 DO CTB – ALTERAÇÃO LEGISLATIVA – AUSÊNCIA DE EXAME DE ALCOOLEMIA – FALTA DE JUSTA CAUSA PARA AÇÃO PENAL – JURISPRUDÊNCIA DO STJ EM SEDE DE RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA – DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONTRAVENÇÃO DE DIREÇÃO PERIGOSA – APLICAÇÃO DO CTB AFASTADA – REJEIÇÃO DA DENÚNCIA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

I - Com a alteração legislativa ocorrida pela Lei n. 11.705/2008, houve profunda mudança no tipo penal estatuído no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, exigindo-se para a configuração do crime exame que comprove a concentração de álcool no organismo do agente em grau igual ou superior ao prescrito em lei, conforme recente pronunciamento do e. Superior Tribunal de Justiça (RESP 1111566/DF).

II - A contravenção de direção perigosa de veículo automotor, prevista na Lei das Contravenções Penais, foi derrogada pela Lei n° 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), que tem capítulo dedicado aos crimes que envolvem a direção de veículo automotor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, contra o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal.

Campo Grande, 23 de julho de 2012.

Des. Francisco Gerardo de Sousa – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público Estadual em face da decisão proferida pelo Juíz da 2.ª Vara Criminal da Comarca de Dourados, MS (fls. 42 - 49), que rejeitou liminarmente a denúncia oferecida contra Júlio César Bertino, nos termos do art. 395, inciso III, do Código de Processo Penal.

Em suas razões recursais (fls. 50 – 64), sustenta o *Parquet* que o estado de embriaguez do condutor de veículo automotor, consistente na concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 decigramas, pode ser comprovado por outros meios de prova admitidos em direito, não sendo imprescindível a realização de exame técnico. Enfatiza que no presente feito há diversos outros elementos idôneos a fim de comprovar que o apelado conduzia veículo automotor em estado de embriaguez, razão pela qual pugna pela reforma da decisão recorrida.

Subsidiariamente, requereu a desclassificação da conduta descrita na inicial para a contravenção penal de direção perigosa de veículo na via pública (art. 34 do Decreto-Lei n. 6.388/41), tendo em vista que restou demonstrado nos autos que o requerido conduzia seu veículo VW/Gol, placas HTF 9273, na via pública, de forma perigosa, uma vez que imprimia em alta velocidade e com os faróis do veículo apagados. Requereu, ainda, a remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal, para que se proceda a apuração e o processamento da referida contravenção penal.

Ao final, prequestiona o arts. 291 e 306 do Código de Trânsito Brasileiro e os arts. 155 e 167 do Código de Processo Penal.

Em contrarrazões, o recorrido pugna pelo não provimento do recurso (fls. 68 - 72).

Com vistas, a Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo provimento do recurso ministerial (fls. 79 - 87).

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa (Relator)

O recurso não comporta provimento.

Com efeito, o artigo 306 da Lei n. 9.503/97, face a alteração ocasionada pela Lei n. 11.705/2.008, que acrescentou como elementar do tipo a *"concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 06 (seis) decigramas",* exige a elaboração de exame técnico para comprovação do estado de embriaguez, visto que a conduta somente será típica caso constatada a concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior ao estabelecido pela referida norma penal.

Conforme se pode observar, não houve a realização do teste de alcoolêmia ou exame de sangue, sendo, impossível, agora, comprovar que a concentração de álcool no sangue era igual ou superior à 06 decigramas.

Não se olvida o que dispõe o art. 167 do Código de Processo Penal, porém, partilho do entendimento de que apenas a prova técnica é capaz de aferir de forma precisa a concentração alcóolica no patamar estabelecido pela legislação.

Logo, inexistindo meios de atender com exatidão à elementar do tipo, tenho como imperiosa a manutenção do r. *decisum* atacado, que rejeitou liminarmente a denúncia por ausência de justa causa para o exercício da ação penal.

Para efeito de ilustração, trago a colação recentes precedentes jurisprudenciais sobre o tema:

> TJMS: A falta de exame pericial de alcoolemia constitui óbice à condenação pela prática do art. 306, do Código de Trânsito Brasileiro, eis que, com a alteração legislativa ocorrida com a Lei nº 11.705/2008, passou-se a exigir exame específico para aferir a taxa de concentração de álcool no sangue. (TJMS; RSE 2011.002141-7/0000-00; Três Lagoas; Segunda Turma Criminal; Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte; em 11/03/2011).
>
> TJPR: A Lei nº 11.705/08 destinou nova redação ao artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, determinando que para que o delito de embriaguez ao volante se caracterize, é necessário a realização de exame de alcoolemia (bafômetro ou exame de sangue ou urina) que comprove a concentração de álcool por litro de sangue igual ou acima do valor definido em Lei, qual seja 06 (seis) decigramas, ou seja, em atendimento a

> pressupostos constitucionais, é necessária a demarcação da atuação do estado durante todo o iter processual criminal. Isto porque, o direito de punir do estado trata-se de um resguardo a necessária proporcionalidade entre os fins e os meios a serem postos em ação para a obtenção de um resultado, é inócuo movimentar a máquina judiciária, recebendo a denúncia, para ao final ver o réu absolvido por falta de provas da materialidade, pois o ato de não recebimento da peça acusatória seguiu determinação legal. III. A prova técnica específica, imposta pelo Decreto nº 6.488/08, é imprescindível para aferir a influência de álcool por litro de sangue, se igual ou superior a 6 (seis) decigramas, não sendo viável a aplicação do artigo 167, do Código de Processo Penal, haja vista ter o legislador imposto de forma taxativa o valor mínimo de álcool por litro de sangue e fornecido quais as vias probatórias a serem utilizadas para certificar tal valor. (TJPR; RecSenEst 0684113-4; Ibaiti; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Lidio José Rotoli de Macedo; DJPR 01/03/2011; Pág. 371).

Outrossim, recentemente a c. 3.ª Seção do e. Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do recurso especial representativo de controvérsia n. 1111566/DF, reconheceu que no caso do crime de embriaguez ao volante somente a prova técnica é hábil à caracterização do ilícito penal.

Quanto ao pedido de desclassificação da conduta para a contravenção de direção perigosa de veículo automotor, prevista na Lei das Contravenções Penais, resta dizer que a mesma foi derrogada pela Lei n° 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), pois nessa há capítulo dedicado aos crimes que envolvem a direção de veículo automotor.

A legislação pátria, ao adotar um conjunto específico de normas a respeito de trânsito, criou lei especial, afastando a possibilidade de enquadramento em regras gerais das condutas previstas na novel legislação.

Feitas tais considerações, e levando-se em conta que não há nos autos prova da concentração de álcool no sangue, cumpre manter a decisão recorrida.

Por derradeiro, no que tange ao prequestionamento, a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão de o tema ter sido amplamente debatido.

Destarte, contra o parecer, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA, CONTRA O PARECER, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, VENCIDO O 2º VOGAL.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Francisco Gerardo de Sousa, João Carlos Brandes Garcia e Dorival Moreira dos Santos.

Campo Grande, 23 de julho de 2012.

***

Primeira Câmara Criminal
Apelação Criminal n. 2012.007035-8 - Campo Grande
Relator Des. João Carlos Brandes Garcia

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – APROPRIAÇÃO INDÉBITA – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO – DOLO DE APROPRIAR-SE DA RES – INVERSÃO DO TÍTULO DA POSSE, SEM A INTENÇÃO DE RESTITUIR – CONDENAÇÃO MANTIDA – CONTINUIDADE DELITIVA – AUSÊNCIA DE REQUISITO DO ART. 71 DO CP - CIRCUNSTÂNCIA TEMPORAL – DIMINUIÇÃO DA PENA-BASE – PRESENÇA CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS – EXCLUSÃO DA PENA-MULTA – PREVISÃO CUMULATIVA NO PRECEITO SECUNDÁRIO - IMPOSSIBILIDADE – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS – RECURSO IMPROVIDO.

Se as provas colhidas no caderno processual mostram a inversão do título da posse, com a intenção de não restituir, não há falar em ausência de elemento subjetivo do crime de apropriação indébita. O momento consumativo não obedece a um critério rígido, caracterizando-se, porém, incontestavelmente, na oportunidade em que se aferiu a inversão da posse, demonstrada com o ato de dispor da coisa como se sua fosse. Acessoriedade

O art. 71 do Código Penal estabelece que somente será considerada a continuidade delitiva, quando a pluralidade de crimes forem praticados em circunstância de tempo, lugar e modo de execução, a ponto de pressupor o crime subsequente como continuação ao primeiro, como crime único.

Na presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis e estando todas bem fundamentadas, inviável diminuir a pena-base para o mínimo legal.

Se a pena de multa é cominada cumulativamente à privativa de liberdade é impossível sua exclusão.

Nos termos do art. 44, I, do Código Penal, a pena restritiva de direitos substitui a privativa de liberdade quando esta não for superior a quatro anos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, com o parecer, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 30 de julho de 2012.

Des. João Carlos Brandes Garcia – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

Trata-se de recurso de apelação interposto por Elza Elisabeth Soares contra a sentença que julgou procedente o pedido condenatório para condená-la às penas de 06 (seis) anos, 06 (seis) meses e 12 (doze) dias de reclusão, em regime semiaberto, e pagamento de 65 (sessenta e cinco) dias-multa, pela prática do delito capitulado no art. 168, §1º, III, c.c. art. 69 e 71, ambos do Código Penal, objetivando a reforma do *decisum*.

A apelante pede, em síntese, que seja reconhecida a inexistência do elemento subjetivo doloso, descaracterizando a apropriação indébita. Alternativamente, que seja considerado terem todos os crimes sido cometidos em continuidade delitiva apenas, com exclusão do concurso material, independente do intervalo entre 10/12 e 31/01, por se tratar de recesso de final de ano, com o fechamento do Sindicato. Afirma, ainda, ser impossível considerar-se cada cheque depositado um crime individualizado. Requer, ainda, a redução da pena e a exclusão da pena de multa, tendo em vista sua atual capacidade financeira e problemas de saúde. Ao final, entende que a pena privativa de liberdade pode ser substituída por restritiva de direitos (f. 643-651).

O Ministério Público Estadual, em contrarrazões, pediu a manutenção integral da sentença condenatória (f. 655-660).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer, opina pelo improvimento do recurso (f. 668-681).

VOTO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (Relator)

O **Ministério Público Estadual** ofereceu denúncia contra Elza Elisabeth Soares pela prática do crime de apropriação indébita tipificado no art. 168, §1º, III, c.c. art. 71, *caput*, ambos do Código Penal (por setenta e quatro vezes), porque segundo narrou na exordial acusatória:

> Consta do incluso auto de Inquérito Policial, que a denunciada ELZA ELISABETH SOARES em razão de sua profissão, exercendo a função de secretária administrativa, no período de 2003 à 2005, apropriou-se, indevidamente, de valores estimados em R$ 43.809,84 (quarenta e três mil e oitocentos e nove reais e oitenta e quatro centavos), pertencentes a vítima SINDICATO DE HOTÉIS, RESTAURANTES, BARES E SIMILARES DO MS.
>
> Na ocasião dos fatos, em razão da sua profissão, a denunciada ELZA ELIZABETH SOARES que exercia a função de secretária, cuidava da parte administrativa da entidade-vítima, sendo a responsável por efetuar os pagamentos relativos às despesas do SINDICATO DE HOTÉIS, RESTAURANTES, BARES E SIMILARES DO MS, sendo que, para o exercício da sua função relacionava os documentos para pagamento de encargos e despesas do sindicato-vítima e apresentava ao tesoureiro Sr. MUNIR SAAD e ao presidente do Sindicato Sr. JOSÉ GILBERTO PETINARI, as lâminas de cheque em branco e cruzadas, para serem assinadas.
>
> Posteriormente, após assinadas, as lâminas de cheque eram preenchidas com determinado valor por ELZA, sendo os canhotos adulterados com outro valor diferente daquele preenchido na lâmina, normalmente, em quantias maiores do que as apresentadas como despesas, ou ainda, de débitos inexistentes. Ato contínuo, a denunciada ELZA ELISABETH SOARES preenchia os campos por extenso das cártulas, colocando o seu nome como beneficiária, tornando as cártulas nominais à sua pessoa, depositando, na sequência, os respectivos valores em sua conta-poupança de n. 78.205-3, agência 1568, da Caixa Econômica Federal, apropriando-se, desta forma, do dinheiro do sindicato-vítima. (sic, f. 03-04).

Regularmente processado o feito, o pedido da denúncia foi julgado procedente para condenar a ré ao cumprimento de 06 (seis) anos, 06 (seis) meses e 12 (doze) dias de reclusão, em regime semiaberto, e pagamento de 65 (sessenta e cinco) dias-multa.

Inconformada com a condenação, a ré apresenta recurso de apelação, onde objetiva a reforma da sentença.

Passa-se à análise do recurso.

Destarte, a teor do art. 168 do Código Penal, o crime de apropriação indébita consiste na conduta de "*apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção*".

A propósito, DAMÁSIO DE JESUS observa que este delito se consuma quando, "*tendo o sujeito a posse ou a detenção do objeto material, em dado momento, faz mudar o título da posse ou da detenção, comportando-se como se fosse dono*" (Código Penal Anotado, 7ª ed., Saraiva: São Paulo, 1997, p. 556).

Mais adiante, o autor ressalta que o elemento subjetivo do tipo "*é o dolo, vontade livre e consciente de o sujeito se apropriar de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção*" (obra citada, p. 559).

Sobre esse particular, JULIO FABBRINI MIRABETE acrescenta:

> Consuma-se o crime quando o agente transforma a posse em propriedade, ou seja, quando inverte a posse em domínio. Na maioria dos casos, essa disposição é revelada por uma conduta externa do agente, incompatível com a vontade de restituir ou de dar o destino certo à coisa (venda, desvio, ocultação, negativa de devolução etc.) (Código Penal Interpretado, 5ª ed., Atlas, 2005, p. 1.513).

O momento consumativo não obedece a um critério rígido, caracterizando-se, porém, incontestavelmente, na oportunidade em que se aferiu a inversão da posse, demonstrada com o ato de dispor da coisa como se sua fosse.

Pois bem, a materialidade do delito restou consubstanciada pelo Boletim de Ocorrência (f. 30/31 e 381) e Laudo Pericial de f. 427-448.

A autoria, apesar de ser negada pela apelante (f. 574-577), exurge da análise conjunta das provas colhidas no caderno processual, que mostram a inversão do título da posse, com a ausência da vontade de restituição ou de destinar a *res* para seu destino. Colho o depoimentos das testemunhas, *verbis*:

> [...] MP: Sr. José, consta aqui no processo, fls. 17 e 18, uma representação subscrita pelo senhor pedindo providências a respeito da investigação que está em curso aqui que foi endereçada ao Ministério Público Estadual e também consta na fl. 32 e 33, uma declaração do senhor prestada na Delegacia de Polícia. Eu pergunto ao senhor se o senhor confirma o teor dessas declarações, como sendo aquilo que o senhor efetivamente sabe?
>
> DEPOENTE: Confirmo sim, senhor.
>
> MP: Esses valores que constam aqui, eles foram restituídos ao sindicato?
>
> DEPOENTE: Não, não foi restituído, numa... Porque no processo trabalhista em que... Como eu disse aqui na primeira... No primeiro depoimento, né, em que nós tínhamos conversado com a Elza, quando nós descobrimos, fizemos esse levantamento e ficou de nós nos encontrarmos no dia posterior pra poder redigir o acordo, como que ela ia restituir o valor e no outro dia ela não compareceu. Como não compareceu nós procuramos, então, uma forma de fazer a denúncia do que havia ocorrido. Aí busquei até a delegacia, a delegacia pediu para ir no Ministério Público do Trabalho, fui no Ministério Público do Trabalho, eles falaram que não era lá e eu fui, então, no Ministério Público e fiz a representação.

MP: Quando o senhor conversou com ela e a respeito de restituição, que o senhor está dizendo, ela confirmou que realmente ela fez isso, que ela pegou para ela esses valores? Ela confirmou isso para o senhor?

DEPOENTE: Pelo menos ela, no dia que nós estávamos conversando, ela confirmou que havia sido algumas coisa subtraída que tinha sido colocado na conta dela.

MP: E, nessa conversa do senhor com ela, tinha mais alguém que presenciou?

DEPOENTE: Sim, senhor.

MP: Essa confissão dela?

DEPOENTE: Nesse dia estava eu, estava... O Munir Saad, que é o tesoureiro, estava o contador e estava a advogada do sindicato, porque os levantamentos, porque nós tivemos no início, final, início de outubro, por aí foi quando nos apresentou aquele relatório, não é? E nós sabíamos que tínhamos dinheiro em caixa e aí foi quando surgiu que eu fui fazer os levantamentos e nesse período todo foi feito o levantamento e, em fevereiro, foi quando nós obtivemos a cópia dos cheques micrografados da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL para que eu chegasse certo de que as provas estavam contundentes, porque eu não queria fazer, até então, nenhuma acusação e interpelá-la sem ter todas as provas concretas na mão, aí foi quando nós pegamos isso aí, fizemos todo esse levantamento e fomos conversar com ela sobre o... Solicitar daquilo lá, o porquê daquelas lâminas de cheques, que na cópia do cheque estava endereçada a ACF Pestalozzi (F), um pagamento pra Correios e Telégrafos, mas no cheque micrografado estava nominal à Elza Elisabeth Soares, porque ela pegou, pegava o cheque colocava e depositava na conta da... Nós obtivemos essas cópias com cheques depositados na conta-poupança da...

MP: Ela informa aqui, declara aqui, quando ela foi ouvida na polícia, que esse procedimento dela pegar os cheques do sindicato, depositar na conta dela, tinha aquiescência, tinha concordância do sindicato. Isso é verdade?

DEPOENTE: De forma alguma. O sindicato, ele fazia um cheque mensal, para... De como fundo de caixa, para pagamento de pequenas despesas. Esse cheque era colocado no valor de R$ 100,00; R$ 150,00; R$ 200,00 que era para pagamento das pequenas despesas e esse valor entrava numa conta-caixa, nós tínhamos um livro-caixa que era colocado como receita do livro-caixa e conforme fosse feita as pequenas despesas, ia sendo abatido no livro-caixa. Caso fosse verdade que esses cheques fossem para pagar as outras... Para colocar na conta dela para pagar algumas despesas, esses cheques teriam que ter entrado no livro-caixa e nenhum deles foi entrado no livro-caixa e sim colocados como pagamento de uma conta inexistente que nós levantamos junto aos Correios e Telégrafos e não existia essa conta. [...]" (José Gilberto Petinari - sic, f. 569).

MP: Só pra confirmar: esses valores ela confirmou que, realmente, havia ela se apropriado, desviado, como que foi isso?

DEPOENTE: olha, nessa reunião que nós tivemos no ~ês de fevereiro, não me lembro bem qual foi a data, ela, realmente, assumiu o erro que havia cometido, não se falou em valores porque acho no momento não tinha os valores, teríamos os aproximados que era em torno de uns R$ 40.000,00 assim, esse valor preciso, esse montante assim ainda, não. Não me lebro dela ter... Os valores, aproximadamente, acho que eram uns R$ 40.000,00.

MP: E ela se propôs a restituir esse valor?

DEPOENTE: Ela se propôs, nessa reunião, ela se propôs a, depois de apurados os valores, a ressarcir o sindicato desses valores que ela tinha --

> MP: Foi ressarcido?
>
> DEPOENTE: Não, que eu saiba, não.
>
> MP: Por que razão? Já que ela havia se proposto?
>
> DEPOENTE; Olha, não sei explicar pro senhor por qual motivo, eu sei que ela assimiu isso e nunca mais tocou no assunto, depois teve uma reclamação trabalhista, me parece que foi confirmada a justa causa na Justiça do trabalho e os valores que não ressarciu não sei dizer por que não se manifestou mais e depois foi feito acho que esse Boletim de Ocorrência e deixei por conta da Justiça resolver tudo.
>
> MP: Na declaração que ela prestou aqui, no inquérito policial, ela diz que esses valores que constavam nos cheques que foram depositados na conta dela, tinha autorização da diretoria ou do próprio sindicato pra que isso fosse feito. Isso é verdade?
>
> DEPOENTE: Não, não acredito que tenha --
>
> MP: Da parte do senhor pelo menos como tesoureiro?
>
> DEPOENTE: Não, da parte... Eu como tesoureiro, não, porque assim era levava pra mim assinar os cheques, no canhoto era um valor, se apresentava um outro valor e depois, porque a gente assinava em confiança, em cheque em branco, que seriam diversos valores a serem pagos, então, era preenchido com valor diferenciado e depositado na conta dela, como deve ter comprovação aí que a CAIXA ECONÔMICA nos informou [...] (Munir Saad - sic, f. 583).

Corroborando os depoimentos acima transcritos, há ainda os prestados por Mário Luiz Campibelli (f. 579-580).

O Laudo Percial Grafotécnico acostado nas f. 427-448, concluiu que as lâminas de cheques, os canhotos e as vias carbonadas foram preenchidas com grafia da apelante.

O magistrado sentenciante explorou muito bem o resultado da perícia para demonstrar a presença do dolo específico da apropriação indébita, veja-se:

> Há que ser considerado, ainda, que a acusada não nega, em nenhum momento, que os cheques que deveriam ser nominativos a fornecedores da empresa vítima eram nominativos a si própria, bem como eram depositados em sua conta bancária, afirmando, entretanto, que sacava tais valores para pagar despesas da empresa.
>
> Ocorre qua tal situação, a par de não haver sido provada, destoa por completo do acervo documental probatório, o qual denota o claro preenchimento dos canhotos de cheques e das segunda vias carbonadas com dados diversos daqueles constantes dos cheques, diga-se, as vias carbonadas, que deveriam constituir cópia fiel das lâminas de cheques, em verdade foram falsificadas com a clara intenção de ludibriar o controle contábil exercido pelo contador contratado pela vítima. (sic, f. 622).

Destarte, a cada cheque que a recorrente depositava em sua conta, com a intenção de fazer suas as quantias descritas nas lâminas, um crime de apropriação indébita era consumado.

Assim, não há falar em absolvição, pois plenamente demonstrado o dolo da recorrente.

Alternativamente, a apelante requer o reconhecimento da continuidade delitiva (CP, art. 71), em detrimento do concurso material (CP, art. 69, caput) entre todos os delitos.

Com efeito, para reconhecimento do crime continuado, o Código Penal estabelece a necessidade do cumprimento dos requisitos, dispostos em seu art. 71, *in verbis*:

> Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subseqüentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Dessa forma, trata-se o crime continuado de uma ficção jurídica adotada pelo estatuto repressivo para atenuar a sanção, incidindo, desta forma, exclusivamente, para fins de aplicação de pena, em atenção à política criminal que deu azo à criação do instituto.

Contudo, no presente caso, não é possível considerar os crimes como sendo todos continuados, já que houve um lapso temporal entre as condutas, assim as praticadas até 10/12/2004 devem ser consideradas, pela ficção do art. 71 do CP, um crime só, e as ocorridas entre 31/01/2005 a 25/08/2005, outro, somando-se ambos em razão da regra do concurso material.

Por sua vez, a pena-base não merece ser diminuída, pois o magistrado singular seguiu perfeitamente o sistema trifásico de dosimetria da pena, fixando-a na primeira fase um pouco acima do mínimo legal, em 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão e 15 (quinze) dias-multa – em razão da presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, as quais, diga-se, muito bem fundamentadas.

Outrossim, a pena de multa não pode ser excluída, pois cominada cumulativamente à privativa de liberdade prevista no preceito secundário do delito de apropriação indébita, além de ter sido fixada em quantidade de dias-multa muito próximo ao mínimo estabelecido pelo art. 49 do Código Penal e valor de 1/30 do salário mínimo, ou seja, o menor valor possível.

Por fim, não merece guarida o pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, já que nos termos do art. 44, I, do CP, a pena alternativa só terá cabimento quando àquela não for superior a 04 (quatro) anos.

Como visto, a sentença merece ser mantida integralmente.

Pelo exposto, **nego provimento ao recurso**.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, COM O PARECER, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

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, 30 de julho de 2012.

***

Primeira Câmara Criminal
Recurso em Sentido Estrito n. 2012.019399-3 - Maracaju
Relator Des. João Carlos Brandes Garcia

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA – INSURGÊNCIA MINISTERIAL – INEXISTÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS QUE JUSTIFIQUEM A PRETENDIDA SEGREGAÇÃO CAUTELAR – DESNECESSIDADE DA MEDIDA EXTREMA – DECISÃO "*A QUO*" MANTIDA – IMPROVIDO.

A gravidade do delito não basta, por si só, para a decretação da custódia cautelar, assim como a repercussão do fato, que, sem outras conseqüências, também não é motivo suficiente para determinar-se a preventiva.

As razões para o decreto da prisão devem ser convincentemente motivadas, não podendo vir fundamentadas em meras suposições, ilações dedutivas ou proposições abstratas, mas resultar de fatos concretos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e contra o parecer, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 16 de julho de 2012.

Des. João Carlos Brandes Garcia – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo **Ministério Público Estadual**, com fundamento no art. 581, inciso VI, do Código de Processo Penal, contra decisão que concedeu liberdade provisória ao réu **Patrício Salina Rojas**, aplicando-lhes, tão somente, medidas cautelares diversas da segregação, objetivando a reforma do *decisum*.

Alega o Órgão Ministerial, em síntese, que estão presentes os requisitos da prisão preventiva do réu, sendo a custódia cautelar necessária para resguardar a aplicação da lei penal e à instrução processual já que, assim, não praticaria nenhuma "ingerência nefasta" na colheita das provas e não se evadiria do distrito da culpa, ante a gravidade do delito por ele praticado (f. 34-41).

O recorrido, em contrarrazões, pediu a manutenção da decisão (f. 43-51).

A decisão foi mantida às f. 27 dos autos.

Em parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento do recurso ministerial (f. 56-60).

VOTO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (Relator)

Narram os autos que o recorrido **Patrício Salina Rojas** foi preso em flagrante delito pela prática, em tese, do crime de estupro de vulnerável, tipificado no art. 217-A, do Código Penal, porque na data de 18 de abril de 2012, por volta das 18h20min, teria, supostamente, mantido relação sexual com a menor Geisele Valenzuela Rodrigues, de 12 anos de idade.

A liberdade provisória foi concedida com fundamento no art. 310, inciso III e 321, ambos do CPP, consoante decisão de f. 19-22.

Passa-se à análise da insurgência ministerial.

Sem dúvida, acertada a decisão monocrática que indeferiu o pedido de prisão preventiva, eis que não se faz necessário à situação em tela o encarceramento acautelatório.

Ora, é sabido que a segregação cautelar é medida de caráter excepcional, que implica sacrifício à liberdade individual.Para sua imposição, necessário se faz o reconhecimento do ***fumus boni iuris*** (prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria), bem como do ***periculum in mora***, ou seja, devem existir indicativos de atos concretos susceptíveis de prejuízo à ordem pública, à instrução criminal e à aplicação da lei penal.

Acrescenta-se, ainda, que a prisão preventiva, como medida extrema, drástica e emergencial, por afetar o ***status libertatis***, é cabível somente em acontecimentos restritos, devendo ser aplicada em casos de absoluta necessidade, com a devida cautela, tanto que foi chamada de "mal necessário" (MAGALHÃES NORONHA, Curso de Direito Processual Penal, 21ª ed. 1.992, p. 172).

No caso, de uma análise perfunctória dos autos, presentes encontram-se os elementos indicativos da materialidade e da autoria delitivas.

Contudo, em que pese a argumentação expendida pelo recorrente, considerando existente o pressuposto autorizador da custódia cautelar, não se entende que estejam evidenciados nos autos os requisitos subjetivos que justificam a prisão preventiva do recorrido.

Colho da decisão recorrida:

> Compulsando os autos, verifica-se que o indiciado indicou possuir residência fixa (f. 12).
>
> Importante destacar, principalmente, que a vítima foi ouvida perante a autoridade policial, oportunidade em que afirmou que a conjunção carnal se deu de forma voluntária, com o seu consentimento.
>
> Assim, denota-se que não há nos autos elementos que indiquem que o réu possui interesse em perturbar a instrução processual, tampouco furtar-se da aplicação da pena.
>
> Também não há indicação concreta no caderno processual de que o indiciado voltará a delinquir ou que seja uma ameaça ao meio social ou às testemunhas e vítima, ou que o delito tenha causado repercussão social, ou, ainda, qualquer outro motivo que tivesse abalado a ordem pública, condições indispensáveis para que possa obter o direito de responder, em liberdade, à acusação que lhe pesa. (sic, f. 21).

É preciso asseverar que a gravidade do delito não basta, por si só, para a decretação da custódia, assim como a repercussão do fato, sem outras conseqüências, também não é motivo suficiente para determinar-se a preventiva. As razões para o decreto da prisão devem ser convincentemente motivadas, não podendo vir fundamentadas em meras suposições, ilações dedutivas ou proposições abstratas, mas resultar de fatos concretos, o que não se vislumbra na hipótese em tela.

Desta forma, ante a ausência de elementos que justifiquem a conveniência da custódia cautelar, não há como se acolher a pretensão ministerial para decretar a prisão preventiva do recorrido, devendo ser mantidos os corretos argumentos expostos na decisão monocrática.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso ministerial.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E CONTRA O PARECER, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Carlos Brandes Garcia, Dorival Moreira dos Santos e Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 16 de julho de 2012.

***

Primeira Câmara Criminal
Apelação Criminal n. 2012.019462-7 - Naviraí
Relator Des. João Carlos Brandes Garcia

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E RESISTÊNCIA – PRETENSÃO QUE VISA A REDUÇÃO DO PRAZO FIXADO PARA A SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR – PENA ACESSÓRIA QUE DEVE GUARDAR PROPORCIONALIDADE À PENA CORPORAL APLICADA – PENA CORPORAL FIXADA NO MÍNIMO – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS POSITIVAS – REDUÇÃO – RECURSO PROVIDO.

Uma vez fixada a pena corpórea no mínimo legal, diante da presença de circunstâncias judiciais favoráveis, deve-se adotar os mesmos critérios na fixação do prazo de suspensão da habilitação para dirigir veículo, em respeito ao Princípio da Proporcionalidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, com o parecer, dar provimento ao recurso.

Campo Grande, 23 de julho de 2012.

Des. João Carlos Brandes Garcia – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

Trata-se de apelação criminal interposta por **OZIÉZIO RODRIGUES DURVAL** contra a sentença que o condenou nas sanções previstas nos artigos 306 do CTN e no artigo 329 do CP, à pena de 08 (oito) meses de detenção, em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa - cuja pena privativa foi substituída por uma restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária no valor de 03 (três) salários mínimos em favor de entidade privada com destinação social e sem fins lucrativos – bem como lhe foi suspensa a habilitação para dirigir, pelo prazo de 06 (seis) meses.

Em razões recursais, à f. 131-7, requer, em síntese, a diminuição da pena acessória de suspensão para dirigir veículo automotor, para o prazo de 01 (um) mês, dizendo, para isso, que, em respeito ao princípio da proporcionalidade, tal prazo deveria ser fixado em consonância à pena privativa que fora aplicada, ou seja, no mínimo previsto.

Contrarrazões à f. 145-52, pelo provimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer acostado à f. 157-60, também opina pelo provimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por **OZIÉZIO RODRIGUES DURVAL** contra a sentença que o condenou nas sanções previstas nos artigos 306 do CTN e no artigo 329 do CP, à pena de 08 (oito) meses de detenção, em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa - cuja pena privativa foi substituída por uma restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária no valor de 03 (três) salários mínimos em favor de entidade privada com destinação social e sem fins lucrativos – bem como lhe suspendeu a habilitação para dirigir, pelo prazo de 06 (seis) meses.

Em razões recursais, à f. 131-7, requer, em síntese, a diminuição da pena acessória de suspensão para dirigir veículo automotor, para o prazo de 01 (um) mês, dizendo, para isso, que, em respeito ao princípio da proporcionalidade, tal prazo deveria ser fixado em consonância à pena privativa que fora aplicada, ou seja, no mínimo previsto.

O recurso merece provimento. Explico.

Consoante se vislumbra da decisão ***a quo,*** o recorrente foi condenado pela prática dos delitos de resistência (art. 329 do CP), à pena de 02 (dois) meses de detenção, e de embriaguez ao volante (art. 306 do CTN), à pena de 08 (oito) meses de detenção e pagamento de 10 (dez) dias-multa, ou seja, teve as penas-bases fixadas no mínimo previsto em cada tipo legal mencionado.

Com relação à pena acessória aplicada, de suspensão do direito de dirigir, lhe foi fixado o prazo de 06 (seis) meses, sem que fosse, todavia, justificado o aumento aplicado, já que a pena mínima prevista é de 01 (um) mês, conforme prescreve o artigo o artigo 261 do CTN, ***verbis:***

> Art. 261. A penalidade de suspensão do direito de dirigir será aplicada, nos casos previstos neste Código, pelo prazo mínimo de 1 (um) mês até o máximo de 1 (um) ano e, no caso de reincidência no período de doze meses pelo prazo mínimo de 6 (seis) meses até o máximo de 2 (dois) anos, segundo os critérios estabelecidos pelo CONTRAN.

É sabido que nos crimes de trânsito, no que concerne à aplicação da pena acessória de suspensão de habilitação, necessário se faz a devida fundamentação acerca do prazo estipulado e, além disso, deve tal pena guardar simetria com a pena corporal aplicada, não sendo justo que, possuindo os requisitos - do artigo 59 do CP - positivos, seja aplicada ao réu a pena corporal no mínimo e a acessória, sem nenhuma motivação válida, em patamar diverso, muito acima desse mínimo.

Sobre o tema, colaciono os seguintes julgados:

> EMENTA: APELAÇÃO CRIME. HOMICÍDIO CULPOSO. TRÂNSITO. PRELIMINAR. INOCORRÊNCIA DE NULIDADE. O pai da vítima detinha legitimidade para constituir advogado e se habilitar nos autos para assistir à acusação. De outro lado, o réu apresentou alegações finais após a última manifestação do referido assistente, não alegando qualquer nulidade. O Ministério Público não ofereceu oposição, logo, houve concordância tácita. Por fim, mera irregularidade não enseja a nulidade pretendida. Feito que obedeceu aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, inexistindo qualquer prejuízo ao acusado. Precedente do STF. MÉRITO. PROVA. CONDENAÇÃO MANTIDA. Demonstrado pelo conjunto probatório que o acusado conduziu seu automóvel de maneira imprudente, ao infletir à esquerda e, invadir a pista contrária, ocasionando a morte da vítima, incensurável o juízo condenatório. Ademais, inexiste na seara penal a compensação de culpas. APENAMENTO. Confissão qualificada que não configura atenuante. Observância da Súmula 231 do STJ. Prestação pecuniária substitutiva adequada.

> SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR. PRAZO. O prazo para a suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor deve ser fixado de forma simétrica com o grau de censurabilidade da conduta do acusado, extraído do exame das circunstâncias judiciais. Prazo redimensionado. Apelo parcialmente provido." (Apelação Crime Nº 70033569369, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marlene Landvoigt, Julgado em 29/03/2011). Grifei.
>
> APELAÇÃO CRIMINAL – PENAL – LESÕES CORPORAIS NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR – CONCORRÊNCIA DE CULPAS – INOCORRÊNCIA – REDUÇÃO DA PENA DE SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO – EQUIVALÊNCIA COM A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE – POSSIBILIDADE – NÃO PROVIMENTO.
>
> [...]
>
> Fixada a sanção restritiva da liberdade um pouco acima do mínimo legal, os mesmos critérios devem ser aplicados à pena de suspensão da habilitação para dirigir veículo.
>
> [...] (TJMS - Apelação Criminal - Detenção e Multa - N. 2009.009391-6/0000-00 - Paranaíba).

Assim sendo, uma vez que no caso em apreço, ao analisar-se as circunstâncias do art. 59, CP, o magistrado de primeira instância as considerou totalmente favoráveis ao recorrente, tanto que a pena aplicada aos delitos praticados restou no mínimo, em respeito ao princípio da proporcionalidade, a pena de suspensão da habilitação também deve ser aplicada no mínimo legal, ou seja, em 01 (um) mês.

Por derradeiro e, oportunamente, consigno que houve um equívoco do magistrado ***a quo*** em aplicar a pena acessória descrita no artigo 261 do CTN – que trata apenas das sanções administrativas – sendo que o certo seria a prevista no artigo 293 do mesmo Diploma Legal, que, todavia, não sofrerá nenhuma alteração neste recurso, em respeito ao princípio do ***non reformatio in pejus.***

Logo, reduzo o período de suspensão ou de proibição de se obter a permissão ou a habilitação, para dirigir veículo automotor, para o prazo de um mês.

Isto posto, com o parecer, dou provimento ao recurso defensivo, para reduzir o período de suspensão para obter permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, COM O PARECER, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Carlos Brandes Garcia, Dorival Moreira dos Santos e Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 23 de julho de 2012.

***

Segunda Câmara Criminal
Apelação Criminal n. 2011.018332-2 - Campo Grande
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DA DEFESA – PENAL – DISPARO DE ARMA DE FOGO – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – ACOLHIDO – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

O delito de disparo de arma de fogo exige a configuração do dolo, não havendo se falar em condenação na sua modalidade culposa. Se não há, nos autos, provas contundentes capazes de indicar o dolo, temerária a condenação apenas em conjecturas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, prover o recurso.

Campo Grande, 28 de junho de 2012.

Des. Manoel Mendes Carli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli

João Flávio da Silva interpôs recurso de apelação criminal contra a sentença às f. 135-138, que julgou parcialmente procedente o pedido contido na denúncia, condenado o ora apelante, pela prática delitiva prevista no artigo 15, da Lei nº 10.826/03, à pena de 2 (dois) anos, 3 (três) meses de reclusão e 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente, em regime aberto, que foi substituída por duas penas restritivas de direitos, assim como o absolveu do delito incurso no artigo 14, da lei em comento.

Busca a reforma do *decisum* hostilizado, pleiteando, em síntese, pela (i) absolvição por ausência de dolo; (ii) redução da pena-base; (iii) reconhecimento das atenuantes da primariedade, confissão espontânea, residência fixa e idade; e, por fim, (iv) aplicada a suspensão condicional do processo ao invés da substituição da pena corporal.

Em contrarrazões (f. 216-226) o *Parquet* pugna pela manutenção da sentença.

A Procuradoria Geral de Justiça, por sua vez, opina às f. 234-238, pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Relator)

João Flávio da Silva interpôs recurso de apelação criminal contra a sentença às f. 135-138, que julgou parcialmente procedente o pedido contido na denúncia, condenado o ora apelante, pela prática delitiva prevista no artigo 15, da Lei nº 10.826/03, à pena de 2 (dois) anos, 3 (três) meses de reclusão e 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente, em regime aberto, que foi substituída por duas penas restritivas de direitos, assim como o absolveu do delito incurso no artigo 14, da lei em comento.

Postula, em síntese, pela absolvição por ausência de dolo, redução da pena-base, reconhecimento das atenuantes da primariedade, confissão espontânea, residência e idade e, por fim, aplicação da suspensão condicional do processo ao invés da substituição da pena corporal.

Narra a denúncia (f. 02-03), os seguintes fatos:

> [...] No dia 02.05.2009, por volta das 21h00min, na rua das Nações Unidas, n. 1157, bairro Monte Castelo, nesta cidade de Campo Grande/MS, o denunciado JOÃO FLÁVIO DA sILVA portou e efetuou um disparo com arma de fogo, tipo espingarda, calibre 44 WCF, marca Winchester, n. de série 941823, em local habitado, defronte sua residência, atingindo um 'trailer lanchonete', sem autorização da autoridade competente e em desacordo com a determinação.
>
> Consta nos autos que não há motivo aparente para a conduta do denunciado, visto que na ocasião dos fatos, sob a influência de álcool, ele efetuou um disparo de arma de fogo quando estava manuseando esta [...] – grifos no original-

Inicialmente, destaca-se que a autoria e a materialidade restaram devidamente demonstradas conforme se verifica pelo auto de prisão em flagrante (f. 05-10), boletim de ocorrência (f. 13-16), auto de exibição e apreensão (f. 17-18), laudo pericial (f. 59-63) e pelas provas orais produzidas tanto na fase policial quanto na fase judicial.

Salienta-se que o réu foi denunciado como incurso nos artigos 14 e 15 da Lei nº 10.826/03, porém o MM. Juiz, na sentença, apenas o condenou como incurso neste último, por decorrência da aplicação do princípio da consunção.

Entendo, porém, que não há nos autos elementos suficientes que indiquem o dolo na conduta do apelante, valendo salientar que o tipo penal em comento só prevê a forma dolosa, não se punindo a forma culposa.

O réu confirma que efetuou o disparo de arma de fogo, porém informa que o fato ocorreu de forma acidental (f. 09-10 e 118). A corroborar tal alegação tem-se o depoimento da testemunha Judite Maria da Silva (f. 116).

Os policiais que participaram das diligências Gildney José Benites (f. 06) e Flávio Alberto Arruda de Oliveira (f.08), por sua vez, ponderaram que o réu falou que disparo da arma foi acidental e que este ocorreu quando manuseava a mencionada arma.

Vê-se que não há como se aferir com a certeza devida que o ora apelante tinha a intenção de disparar a arma de fogo.

Logo, se não há nos autos provas contundentes capazes de indicar o dolo, resta temerária uma condenação apenas em conjecturas. Mister se faz a absolvição do apelante.

Por consequência, prejudicada a análise dos demais pedidos formulados pela defesa.

Pelo exposto, contra o parecer ministerial, dou provimento ao recurso de **João Flávio da Silva**, para absolvê-lo, com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Comunique-se imediatamente ao juízo da execução penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, PROVERAM O RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Manoel Mendes Carli, Ruy Celso Barbosa Florence e Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 28 de junho de 2012.

***

Segunda Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 2012.014386-4 - Amambai
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – PACIENTE CONDENADO POR FURTO QUALIFICADO – REGIME PRISIONAL INICIAL SEMIABERTO – UNIDADE INTERDITADA – PEDIDO DE PRISÃO DOMICILIAR – DETERMINAÇÃO SDE RECOLHIMENTO AO REGIME FECHADO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA

Configura constrangimento ilegal a imposição da autoridade apontada como coatora no sentido de que o paciente recolha-se ao cárcere fechado, regime mais gravoso do que o fixado na condenação, para somente depois decidir acerca da prisão domiciliar.

Por outro lado, não há como conceder *per saltum* o regime domiciliar ao paciente, pois aludida matéria é de competência do juízo da execução penal, *ex vi* do artigo 66, da LEP.

Ordem parcialmente concedida para que paciente aguarde a decisão da autoridade apontada como coatora acerca do pedido de prisão domiciliar em liberdade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conceder em parte a ordem.

Campo Grande, 9 de julho de 2012.

Des. Manoel Mendes Carli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Trata-se de *habeas corpus* interposto por Síngara Letícia Gauto Kraievski, em favor de Heberton Vieira Gregol, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Amambai.

Narra a impetrante que o paciente foi condenado por infração ao artigo 155, §4º, inciso IV do Código Penal à pena de 4 anos e 9 meses de reclusão, a ser cumprida no regime prisional inicial semiaberto, sendo que tal estabelecimento penal, na Comarca de Amambai-MS está interditado, de tal sorte que, com o cumprimento do mandado de prisão, o paciente ficará segregado em regime fechado.

Afirma que a situação acima afronta o direito de ir e vir do paciente, sendo requerido ao juízo da execução penal a concessão de prisão domiciliar, com parecer favorável do Ministério Público Estadual, sendo que, o juízo da execução penal determinou o cumprimento do mandado de prisão e postergou a análise do pedido de prisão domiciliar, para após a resposta acerca de ofício solicitando vagas em outros estabelecimentos penais.

Aduz que o paciente possui residência fixa em Amambai-MS, local de residência de seus familiares, tendo direito a cumprir sua pena em tal comarca.

Assevera que a intenção de colocar o paciente para cumprir pena em outra comarca configura ofensa ao direito dos presos, sendo imperiosa a concessão de prisão domiciliar.

Discorre sobre o requisitos da liminar.

Requer a concessão da ordem para expedir salvo-conduto ao paciente e, ao final, a concessão da ordem para assegurar ao paciente o direito de cumprir a pena no regime domiciliar.Documentos às f.08-84.

O presente *writ* foi rejeitado liminarmente, às f.87-91, ante a supressão de instância, o que ensejou a propositura do agravo regimental pela impetrante, às f.93-99. Documentos de f.100-109.

Por este relator, retratada a decisão anterior, nos termos do artigo 557,§1º, do Código de Processo Civil, para conhecer o presente habeas corpus, sendo a liminar concedida para que o paciente aguarde em liberdade até que a autoridade apontada como coatora decida acerca da prisão domiciliar, conforme decisão de f.111-114.

Informações da autoridade apontada como coatora, às f.121, com documentos de f.122-132.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f.142-146, pela concessão da ordem, ratificando a liminar.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Relator)

Trata-se de *habeas corpus* interposto por Síngara Letícia Gauto Kraievski, em favor de Heberton Vieira Gregol, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Amambai.

A ordem deve ser parcialmente concedida. Vejamos.

Consta dos autos que o paciente à pena de 4 anos e 9 meses de reclusão, aser cumprida no regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 70 dias-multa, por infração ao artigo 155,§4º, inciso IV, do Código Penal, cometido na Comarca de Amambai-MS (f.122-124).

Transitada a condenação em julgado, em 21 de março de 2012 foi iniciada a execução penal (0000564-40.2012.8.12.0004), sendo determinada a expedição do mandado de prisão pela autoridade apontada como coatora em 23/3/2012.

O apelante, em 22/4/2012, requereu a concessão do regime domiciliar, uma vez que o regime prisional inicial interposto na sentença foi o semiaberto e tal unidade na Comarca de Amambai-MS encontra-se interditada (f.71-73), sendo que o representante do Ministério Público Estadual concordou com o deferimento do pedido (f.76-78).

Pela autoridade apontada como coatora prolatada a seguinte decisão: "I) Antes de qualquer decisão sobre regime de pena, cumpra-se o mandado de prisão;II) Após cumprimento da ordem, oficie-se a todos os estabelecimentos penais de semiaberto do Estado solicitando vaga para o interno;III) Cumpridas as determinações acima, retornem conclusos" (f.79).

Verifica-se no SAJ que os ofícios solicitando informações de vaga foram expedidos em 4/5/2012 e somente houve uma resposta, sendo certificado o seguinte, em 1/6/2012: "CERTIFICO, para os devidos

fins, que dos pedidos de solicitação de vaga para inclusão do interno no regime semiaberto somente a comarca de Caarapó apresentou resposta e de forma negativa (f. 89). Dou fé", sendo que até o momento não houve decisão acerca do pedido de concessão de prisão domiciliar ao paciente.

Ora, o constrangimento ilegal é evidente, uma vez que a autoridade apontada como coatora está impondo que o paciente recolha-se ao cárcere fechado, regime mais gravoso do que o fixado na condenação, para somente depois decidir acerca da prisão domiciliar, sabendo que a Presídio de Regime Semiaberto de Amambai-MS está interditado e que não há vaga em outra unidade prisional.

Desta forma, há expressa ilegalidade na imposição ao paciente de recolhimento à prisão em regime mais gravoso do que aquele contemplado na condenação.

Aliás:

> No caso em apreço, não há estabelecimento prisional compatível com o cumprimento da pena no regime aberto, restando caracterizado o constrangimento ilegal em submeter o preso a regime mais gravoso. 3. Precedentes do STJ. Agravo desprovido. Por maioria. (TJRS; AG 614943-80.2011.8.21.7000; Porto Alegre; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Nereu José Giacomolli; Julg. 12/04/2012; DJERS 24/05/2012)

Outrossim,

> Incumbe ao Estado aparelhar-se visando à observância irrestrita das decisões judiciais. Se não houver sistema capaz de implicar o cumprimento da pena em regime semiaberto, dá-se a transformação em aberto e, inexistente a casa do albergado, a prisão domiciliar. (STF. HC 96169, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 25/08/2009, DJe-191 DIVULG 08-10-2009 PUBLIC 09-10-2009 EMENT VOL-02377-02 PP-00331).

Por outro lado, não há como conceder *per saltum* o regime domiciliar ao paciente, pois aludida matéria é de competência do juízo da execução penal, *ex vi* do artigo 66, da LEP.

Ante o exposto, com o parecer, confirmo a liminar e concedo parcialmente a ordem a fim de determinar que HEBERTON VIEIRA GREGOL aguarde a decisão da autoridade apontada como coatora acerca do pedido de prisão domiciliar em liberdade, mantido o compromisso firmado em cartório (f.137) de recolher-se à sua residência a partir das 22h até às 5h do dia seguinte, bem como, o de não se ausentar da Comarca de Amambai-MS, sem prévia comunicação e autorização deste juízo.

Recomende-se que a autoridade apontada como coatora decida acerca do pedido de prisão domiciliar formulado por Heberton Vieira Gregol na primeira oportunidade, assim que seja notificado desta decisão.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONCEDERAM EM PARTE A ORDEM.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Manoel Mendes Carli, Ruy Celso Barbosa Florence e Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 9 de julho de 2012.

***

Segunda Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 2012.020156-8 - Campo Grande
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – AMEAÇA – MARIA DA PENHA – LEI MARIA DA PENHA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LESÃO CORPORAL – ART. 129, § 9º, DO CP – INEXISTÊNCIA DE MEDIDA PROTETIVA A SER ASSEGURADA – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 313, INCISO III, DO CPP – ORDEM CONCEDIDA.

A prisão cautelar constitui medida excepcional, somente podendo ser aplicada em último caso, quando não forem cabíveis outras medidas menos gravosas.

Na hipótese em que a prisão preventiva foi praticamente decretada de pronto, ou seja, antes mesmo de possibilitadas as medidas protetivas, em razão de o paciente ter permanecido preso em decorrência do flagrante por não ter pago a fiança, fere-se o princípio da proporcionalidade, devendo ser concedida a ordem para que o réu responda em liberdade o processo mediante o cumprimento de compromissos determinados para evitar a violência doméstica, nos termos do art. 319, do CPP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conceder a ordem.

Campo Grande, 23 de julho de 2012.

Des. Manoel Mendes Carli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli

A advogada Eliane Coreia Pereira impetra ordem de HABEAS CORPUS com pedido de liminar, em favor do paciente Alex Barrios Chamani, apontando como autoridade coatora o MM. Juiz de Direito da Vara da Violência Doméstica e Familiar contra mulher da comarca de Campo Grande.

Alega, em síntese, que: a) o paciente foi preso em flagrante em 23.06.2012, sendo arbitrada fiança no valor de 05 salários mínimos pela prática do art. 129,§ 9º, do Código Penal (violência doméstica); b) foi concedida liberdade provisória ao acusado, mediante pagamento da fiança reduzida para R$ 1.036,00 (mil e trinta e seis reais), com imposição das medidas cautelares, não tendo o paciente recolhido tal montante, por falta de condições financeiras; c) na audiência designada em 03.07.2012, a prisão em flagrante foi convertida em preventiva; d) o acusado labora auxiliando sua mãe em uma banca no camelódromo; e) estão presentes os requisitos para o afastamento da fiança, nos termos do art. 350, do CPP.

Requer seja concedido liminarmente a ordem com a expedição de alvará de soltura para que o paciente seja posto em liberdade, sem o pagamento da fiança e, compromete-se a cumprir as medidas cautelares impostas.

A liminar foi deferida (f. 78-79), mediante compromisso de cumprir as medidas protetivas estipuladas.

Informações da autoridade apontada como coatora às f.83-84v).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 98-101, pela denegação da ordem do writ.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (Relator)

Trata-se de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela advogada Eliane Coreia Pereira, em favor do paciente Alex Barrios Chamani, apontando como autoridade coatora o MM. Juiz de Direito da Vara da Violência Doméstica e Familiar contra mulher da comarca de Campo Grande.

Alega, em síntese, que: a) o paciente foi preso em flagrante em 23.06.2012, sendo arbitrada fiança no valor de 05 salários mínimos pela prática do art. 129,§ 9º, do Código Penal (violência doméstica); b) foi concedida liberdade provisória ao acusado, mediante pagamento da fiança reduzida para R$ 1.036,00 (mil e trinta e seis reais), com imposição das medidas cautelares, não tendo o paciente recolhido tal montante, por falta de condições financeiras; c) na audiência designada em 03.07.2012, a prisão em flagrante foi convertida em preventiva; d) o acusado labora auxiliando sua mãe em uma banca no camelódromo; e) estão presentes os requisitos para o afastamento da fiança, nos termos do art. 350, do CPP.

A ordem deve ser concedida, conforme fundamentos descritos na liminar, os quais utilizo como razões de decidir, acrescidos dos seguintes argumentos. Senão vejamos.

> [...] constata-se que estão ausentes os elementos concretos que possam levar a crer, [...] que a segurança da suposta vítima de violência doméstica esteja efetivamente em risco.
>
> Como se sabe, a prisão preventiva constitui medida de exceção e só pode ser imposta (ou mantida) caso venha acompanhada, sempre, de exaustiva fundamentação, que evidencie a necessidade de restrição ao direito à liberdade, ou seja, exclusivamente nos casos em que as demais medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do CPP, não sejam aptas a servir como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, previstos no art. 312 do mesmo Código.
>
> Não é, desta feita, a hipótese dos autos, pois as conjecturas elaboradas pelo magistrado a quo, no sentido de 'garantia a ordem pública, em proteção da mulher em situação de violência doméstica e familiar, em face o teor das declarações das ofendidas colhidas em audiência', não servem de justificativa idônea à manutenção da medida extrema.
>
> Ademais, o escopo maior da Lei Maria da Penha, que não se destina precipuamente à caracterização de condutas puníveis no âmbito das relações domésticas, mas que visa, sobretudo, promover a paz no núcleo familiar, em ordem a concretizar os princípios constitucionais atinentes (STJ – HC 180353 – Sexta Turma – Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, J: 16..11.2010).
>
> [...].

Nos termos do artigo 313, III, do Código de Processo Penal, é perfeitamente cabível a prisão preventiva *" se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência".*

Entretanto, no caso concreto, a prisão preventiva foi praticamente decretada de pronto, ou seja, após o não pagamento da fiança arbitrada quando da prisão em flagrante e, antes mesmo de possibilitadas as medidas protetivas, ferindo, com isso, o princípio da proporcionalidade.

Nesse sentido:

> A prisão cautelar constitui medida excepcional, somente podendo ser aplicada em último caso, quando não forem cabíveis outras medidas menos gravosas. *In casu*, o Juízo de origem não chegou a aplicar nenhuma medida protetiva de urgência, entendendo cabível, desde logo, a prisão. 4. Ordem concedida para deferir ao paciente a liberdade provisória, confirmando-se a liminar. (TJDF; Rec 2012.00.2.006447-7; Ac. 581.345; Segunda Turma Criminal; Rel. Des. Roberval Casemiro Belinati; DJDFTE 26/04/2012; Pág. 129)
>
> *HABEAS CORPUS.* LEI MARIA DA PENHA. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. AMEAÇA. CRIME DE DANO. CRIMES PUNIDOS COM DETENÇÃO. INEXISTÊNCIA DE MEDIDA PROTETIVA A SER ASSEGURADA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 313, INCISO III, DO CPP. ORDEM CONCEDIDA. 1. Segundo a nova redação do disposto no artigo 313, inciso III, do código de processo penal, com redação dada pela Lei nº 11.340/06 e, posteriormente pela novíssima Lei nº 12.403/11, a prisão preventiva, em crimes apenados com detenção, somente pode ser decretada quando descumprida medida protetiva anteriormente imposta, e para cujo cumprimento seja imprescindível a segregação cautelar do suposto agressor. 2. Ante a inexistência de medidas protetivas anteriormente fixadas em desfavor do paciente, não há que se falar, pois, em seu descumprimento, o que só assim autorizaria, de plano, a constrição cautelar do paciente. 3. Ordem concedida, fazendo recomendação para designar audiência admonitória. Oficiar. (TJMG; HC 0661972-02.2011.8.13.0000; Teófilo Otôni; Sétima Câmara Criminal; Rel. Des. Marcilio Eustaquio Santos; Julg. 10/11/2011; DJEMG 22/11/2011)

Ante o exposto, contra o parecer ministerial, confirmo a liminar e concedo a ordem a fim de que **Alex Barrios Chamani** aguarde em liberdade o transcorrer do processo até o trânsito em julgado da sentença, mediante o cumprimento dos compromissos já estabelecidos na decisão de f. 78-79, de permanecer distante da vítima e de seus familiares não menos de 300 metros; não ingerir bebida alcoólica, não frequentar bares e similares, sem prejuízo de eventual prisão por meio de decisão fundamentada, caso a situação de fato assim o recomende.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONCEDERAM A ORDEM.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Manoel Mendes Carli, Romero Osme Dias Lopes e Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 23 de julho de 2012.

***

Primeira Câmara Criminal
Apelação Criminal n. 2012.009339-4 - Fátima do Sul
Relatora Desª Marilza Lúcia Fortes

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE FALSO TESTEMUNHO – PRELIMINAR DE EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE PELA RETRATAÇÃO – REJEITADA – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – PROVAS ROBUSTAS DA AFIRMAÇÃO FALSA SOBRE FATO RELEVANTE – ALEGADA IRRELEVÂNCIA DO DEPOIMENTO – CRIME FORMAL – RECURSO IMPROVIDO.

Para que o agente aproveite a retratação, com o objetivo de ver extinta a punibilidade, é necessário que ela seja realizada na ação em que o crime de falso testemunho foi perpetrado, devendo ser completa, sem dubiedade ou incerteza.

Não há falar em absolvição se restou demonstrado que o agente, ao ser ouvido como testemunha em processo criminal, fez afirmações falsas sobre fato relevante ao deslinde da questão, a fim de favorecer a defesa do acusado que estava sendo processado.

É desnecessário que as declarações do agente influam no deslinde da causa, bastando para a sua configuração a potencialidade de dano à justiça.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, com o parecer, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 30 de julho de 2012.

Desª Marilza Lúcia Fortes – Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes

Antonio Leandro Deusdara foi condenado à pena definitiva de um (1) ano e dois (2) meses de reclusão e cento e quarenta (140) dias-multa, no regime prisional inicialmente aberto, pela prática do crime de falso testemunho, cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal (CP, art. 342, § 1º).

A pena privativa de liberdade foi substituída por pena privativa de direito, consistente em prestação de serviço à comunidade ou entidade pública.

Inconformado, recorre. O apelante argüiu, preliminarmente, a ocorrência da extinção de punibilidade pela retratação (CP, art. 342, § 2º). No mérito, nega a autoria e requer a absolvição.

O Ministério Público Estadual pugna pelo não provimento do recurso.

No parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo não provimento do recurso.

VOTO

A Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes (Relatora)

Narra-se na denúncia que:

> [...].
>
> Consoante se infere nos autos de inquérito policial, no dia 11 de abril de 2.011, por volta das 16h30min, no Fórum desta Comarca, localizado na Rua Antônio Barbosa, Jardim Universitário, Fátima do Sul, MS. O denunciado ANTONIO LEANDRO DEUSDARA fez afirmação falsa, como testemunha, em processo judicial.
>
> No dia e horário dos fatos, o denunciado compareceu ao Fórum desta comarca para ser ouvido como testemunha dos autos 010.11.000513-9, que trata de crimes da lei Antitóxicos, figurando como indiciado Gilmar Francisco de Souza.
>
> Verifica-se nos autos, que o denunciado omitiu a verdade ao afirmar perante a Juíza de Direito Ana Carolina Farah Borges da Silva e perante a Promotora de Justiça Suzi D'Angelo, que viu rastros de coturno em seu quintal no dia em que foi feita a prisão do acusado Gilmar Francisco de Souza, com o intuito de atribuir a um policial militar, citado pelo denunciado como sendo o 'filho do Zezinho', uma armação para que Gilmar fosse preso em flagrante delito.
>
> Apurou-se que o denunciado, ao ser indagado pela MM. Juíza de Direito se tinha conhecimento de que o policial a quem atribuiu a alcunha 'filho do Zezinho' usava farda e coturno para trabalhar, afirmou que sim. Entretanto, apurou-se que o denunciado estava mentindo, tendo em vista que há algum tempo tal policial está desempenhando suas atividades no serviço reservado do 16º Batalhão da PM, sendo que não usa mais farda, tampouco coturno para trabalhar.
>
> Apurou-se, outrossim, que, em seu depoimento prestado em juízo, o denunciado esclareceu que foi o senhor Raimundo, pai do acusado Gilmar Francisco de Souza, quem lhe pediu para dizer que o rastro em seu quintal era de coturno.
>
> [...]. (destaques do original)

Em razão destes fatos, Antonio Leandro Deusdara foi denunciado como incurso nas penas do art. 342, § 1º, do Código Penal.

Após a instrução processual criminal, o juiz sentenciante julgou procedente a denúncia, para condená-lo pela prática do crime de falso testemunho, cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, à pena definitiva de um (1) ano e dois (2) meses de reclusão e cento e quarenta (140) dias-multa, no regime prisional inicialmente aberto.

A pena privativa de liberdade foi substituída por pena privativa de direito, consistente em prestação de serviço à comunidade ou entidade pública.

Por ordem de prejudicialidade, analiso inicialmente a preliminar de ocorrência da extinção de punibilidade pela retratação (CP, art. 342, § 2º).

Dispõe o § 2º do art. 342 do Código Penal: *"O fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade"*.

Mirabete preleciona que a retratação, *"em virtude da qual o fato deixa de ser punível, é a verificada antes de proferida a sentença no processo em que foram prestados os falsos depoimentos e não no processo pelo crime de perjúrio; caso contrário, a punição do réu ficaria ao alvedrio deste, em hipótese de ação pública. Ademais, a conduta já poderia ter provocado o prejuízo efetivo que a lei pretende evitar ao estabelecer referida causa de extinção de punibilidade"* (Manual de Direito Penal, 19ª Ed., ver. e atual por Renato N. Fabbrini, vol. III, parte especial, arts. 235 a 361, Atlas, São Paulo, 2004, p. 423).

Logo, eventual retratação deveria ser realizada na ação penal em que foi perpetrado o crime de falso testemunho, o que aconteceu na espécie.

Não fosse isso, a retratação deve ser completa, sem dubiedade ou incerteza, para beneficiar o agente.

No caso, confrontando o termo de depoimento de f. 21, com as declarações prestadas no auto de prisão em flagrante delito (f. 10) e o termo de interrogatório (f. 90), verificam-se discrepâncias entre os mesmos, o que também afastaria o reconhecimento da retração.

Assim, afasta-se a preliminar de extinção de punibilidade pela retratação.

No mérito, melhor sorte não assiste ao apelante, pois seu depoimento tinha o objetivo de sustentar a tese apresenta pela defesa de Gilmar Francisco de Souza, que era processado pela prática do crime de tráfico ilícito de drogas.

Naquela ação penal, a defesa tentava provar que o policial militar filho do Zezinho deliberadamente armou um falso flagrante, apenas para prejudicar Gilmar, seu desafeto.

Contudo, extrai-se que o depoimento do apelante era conflitando com os das demais testemunhas, caracterizando o crime de falso testemunho.

A testemunha Suzi Lucia Silvestre da Cruz D'Angelo afirmou em que juízo que:

> [...]. Antonio Leandro Deusdará tentava induzir à conclusão de que a pessoa que havia colocado a droga e munições no quintal de Gilmar era o policial filho de Zezinho. Antonio disse que o pai do acusado Gilmar tinha lhe pedido que assim depusesse. Antonio Leandro dizia que o policial teria feito essa armação por conta de um problema anterior que já tivera com Gilmar. [...]. Antonio Leandro também disse que conhecia o filho de Zezinho, policial, e que esse usava farda e coturno. Antonio Leandro não soube explicar como chegou à conclusão de que aquele rastro era de coturno, mas dizia insistentemente que era de coturno. Essa informação era totalmente conflitante com os testemunhos anteriores. [...]. (f. 81).

A testemunha Ana Carolina Farah Borges da Silva, por sua vez, afirmou na fase judicial que:

> [...]. A fala dele era coerente. Antonio Leandro Deusdará estava dando depoimento totalmente diferente das outras testemunhas, razão pela qual houve insistência para esclarecer eventual equivoco dele, sendo que sempre manteve a mesma afirmativa sobre os rastros de coturno. Perguntado se alguém o havia instruído para falar isso, respondeu que sim, que tinha sido instruído pelo pai do réu daquele processo. [...]. Eu acredito efetivamente que Antonio Leandro Deusdará tenha sido instruído, até porque a linha da defesa seguia o mesmo rumo do seu depoimento. [...]. (f. 89).

Quanto à alegação de que o fato foi irrelevante, isto é, o depoimento não teve nenhuma potencialidade lesiva a prestação jurisdicional, esta é desmedida, visto que, por tratar-se de delito formal, basta a simples potencialidade do dano, sendo irrelevante que tenha ou não influído na decisão da causa.

Por conseguinte, não merece reparo a sentença penal condenatória que bem analisou a autoria do delito e a culpabilidade do apelante, cuja tese defensiva encontra-se isolada do conjunto probatório.

Verifica-se que a sentença está em consonância com as provas colhidas durante a instrução criminal, aliadas às circunstâncias fáticas que envolveram o delito em questão, portanto incabível a absolvição.

Diante do exposto, rejeito a preliminar e, no mérito, com o parecer, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, COM O PARECER, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Relatora, a Exma. Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marilza Lúcia Fortes, Dorival Moreira dos Santos e Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 30 de julho de 2012.

***

Primeira Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 2012.016606-8 - Três Lagoas
Relatora Desª Marilza Lúcia Fortes

EMENTA – HABEAS CORPUS – ECA – ADOLESCENTE – ATO INFRACIONAL EQUIVALENTE AO DELITO DE FURTO – INTERNAÇÃO PROVISÓRIA – POSSIBILIDADE – REITERAÇÃO NA PRÁTICA INFRACIONAL – CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE.

Demonstrada a necessidade concreta da medida socioeducativa de internação, em razão da prática reiterada de atos infracionais (onze registros), dentre eles, furto, roubo, ameaça e dano, não se configura constrangimento ilegal a aplicação de tal medida, nos termos do art. 122, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, com o parecer, denegar a ordem.

Campo Grande, 30 de julho de 2012.

Desª Marilza Lúcia Fortes – Relator

RELATÓRIO

A Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes

A Defensoria Pública Estadual impetra a presente ordem de habeas corpus, com pedido de liminar, em favor do paciente Juliano Gardiano de Jesus, apontando como autoridade coatora o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Três Lagoas.

Segundo a impetrante, o paciente sofre constrangimento ilegal porque a autoridade coatora determinou a internação provisória sem a demonstração da efetiva necessidade da medida.

Aduz ainda, que está sendo processado pelo ato infracional equiparado ao crime de furto, o qual não se amolda às hipóteses do art. 122 do ECA, bem como inexiste sentença com trânsito em julgado, razão pela qual não há falar em reiterada prática de atos infracionais, não se justificando assim, a necessidade da medida de internação.

O pedido de liminar foi indeferido (f. 53).

Informações e documentos foram anexados às f. 57-62.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (f. 66-70).

VOTO

A Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes (Relator)

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública Estadual em favor do paciente paciente Juliano Gardiano de Jesus, apontando como autoridade coatora o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Três Lagoas.

Segundo a impetrante, o paciente sofre constrangimento ilegal porque a autoridade coatora determinou a internação provisória sem a demonstração da efetiva necessidade da medida.

Aduz ainda, que está sendo processado pelo ato infracional equiparado ao crime de furto, o qual não se amolda às hipóteses do art. 122 do ECA, bem como inexiste sentença com trânsito em julgado, razão pela qual não há falar em reiterada prática de atos infracionais, não se justificando assim, a necessidade da medida de internação.

A decisão que determinou a internação provisória do paciente restou fundamentada da seguinte forma:

> [...]
>
> O adolescente possui mais de dez processos de internação, sendo que vários dizem respeito a furto e roubo, sendo que o próprio representado admitiu que praticou os atos infracionais para obtenção de entorpecente. Os policiais ouvidos nas audiências realizadas nos autos autos citados às fls. 27 dizem que Juliano é conhecido no meio policial pela prática de diversos atos infracionais. Ao mais, o adolescente é conhecido das próprias vítimas que dizem conhecê-lo em razão de ser costumeiro a prática de atos infrancionais por ele em conjunto com José Alexandre Trindade Neto (este já acolhido). Portanto, diante do elevado número de atos infracionais praticados por Juliano, cuja confissão é feita pelo adolescente em juízo e confirmado pelas testemunhas ouvidas na presente data, tem-se que o caso autoriza a internação nos termos do art. 122, II, do ECA. [...]. (f. 61).

Assim, a internação provisória do paciente encontra-se justificada, na forma do artigo 108, parágrafo único, da Lei n. 8.069/90, já que demonstrada a necessidade imperiosa da medida.

Ademais, conforme pacífica jurisprudência, o menor que reiteradamente comete atos infracionais incide na hipótese do artigo 122, inciso II, do estatuto mencionado, não havendo constrangimento ilegal em sua internação.

Nesse passo, insta salientar que não se exige o trânsito em julgado para configurar a hipótese do art. 122, inciso II, do ECA. Nesse sentido: *"Também o conceito de reiteração precisa ser tomado com certa liberdade. Primeiro porque não se confunde com reincidência penal (art. 63 do CP), não se exigindo, assim, aplicação de medida anterior com trânsito em julgado*"

Assim também já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. HABEAS CORPUS. ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR NA ORIGEM. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. EXCEPCIONALIDADE DA INTERNAÇÃO. AUSÊNCIA DE EMPREGO DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA CONTRA PESSOA. REITERAÇÃO NA PRÁTICA INFRACIONAL NÃO EVIDENCIADA. DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA ANTERIORMENTE APLICADA. IMPOSSIBILIDADE DE INTERNAÇÃO POR TEMPO INDETERMINADO. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. [...] IV. Consoante

> entendimento pacífico desta Corte, a reiteração não se confunde com a reincidência, sendo necessária a prática de, ao menos, três atos graves anteriores para a aplicação da medida de internação, o que na hipótese não foi demonstrado. [...]. (STJ; HC 219.767; Proc. 2011/0230463-2; RJ; Quinta Turma; Rel. Min. Gilson Langaro Dipp; Julg. 14/02/2012; DJE 24/02/2012)

Logo, o inconformismo da impetrante não procede, pois agiu acertadamente a autoridade coatora ao determinar a internação provisória do paciente/adolescente, que possui 11 (onze) registros de atos infracionais (furtos, roubo, ameaça, dano), a fim de buscar a aplicação da melhor medida socioeducativa, visando a ressocialização, e para afastá-lo da convivência promíscua com a criminalidade.

Diante do exposto, com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, denego a presente ordem de *habeas corpus*.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, COM O PARECER, DENEGARAM A ORDEM.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Relator, o Exmo. Sr. Desª Marilza Lúcia Fortes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marilza Lúcia Fortes, Dorival Moreira dos Santos e João Carlos Brandes Garcia.

Campo Grande, 30 de julho de 2012.

***

Primeira Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 2012.018608-4 - Paranaíba
Relatora Desª Marilza Lúcia Fortes

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – EXECUÇÃO PENAL – LIVRAMENTO CONDICIONAL – NOVO DELITO – FALTA GRAVE – REGRESSÃO DE REGIME – AUSÊNCIA DE DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO – AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA – ART. 118, § 2º DA LEP – ORDEM CONCEDIDA.

O cometimento de novo delito autoriza a suspensão do livramento condicional, nos termos do art. 145 da LEP, todavia, não acarreta, por si só, a regressão de regime prisional, devendo o Juízo da Execução Penal designar audiência de justificação, nos termos do § 2º do art. 118 da LEP, para que o apenado possa justificar-se em obediência ao contraditório e ampla defesa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, contra o parecer, conceder a ordem.

Campo Grande, 30 de julho de 2012.

Desª Marilza Lúcia Fortes – Relator

RELATÓRIO

A Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes

A Defensoria Pública Estadual impetra a presente ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor do paciente Renan Azevedo, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Paranaíba.

Alega, em síntese, que o paciente cumpria o livramento condicional quando em razão da suposta prática de outro crime teve o benefício suspenso pela autoridade coatora.

Afirma ainda, que sofre constrangimento ilegal, pois a autoridade apontada como coatora decidiu, também, regredir diretamente o regime de cumprimento de pena para o fechado.

O pedido de liminar foi indeferido (f.17).

A autoridade apontada como coatora prestou informações (f. 21-33).

A PGJ opinou pela denegação da ordem (f.36-40).

VOTO

A Sra. Desª Marilza Lúcia Fortes (Relator)

A Defensoria Pública Estadual impetra a presente ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor do paciente Renan Azevedo, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Paranaíba.

Alega, em síntese, que o paciente cumpria o livramento condicional quando em razão da suposta prática de outro crime teve o benefício suspenso pela autoridade coatora.

Afirma ainda, que sofre constrangimento ilegal, pois a autoridade apontada como coatora decidiu também regredir diretamente o regime de cumprimento de pena para o fechado.

Depreende-se dos autos que o paciente cumpria sua reprimenda no livramento condicional e, em razão da suposta prática de novo delito, a autoridade apontada como coatora suspendeu o benefício do livramento condicional e regrediu diretamente para o regime fechado:

> [...]
>
> Vê que a **revogação** do benefício depende do trânsito em julgado da decisão condenatória prolatada no processo em que apurada a nova infração penal. A **suspensão**, por sua vez, é admitida independentemente da existência de decisão irrecorrível e sempre que se puder concluir que o liberado não mais está em condições de se integrar socialmente seja em virtude da gravidade do fato noticiado, seja por força das circunstâncias que cercearam sua participação no delito.
>
> [...]
>
> Nos termos, com fulcro no art. 145 da LEP, suspendo o benefício que lhe foi concedido, postergando a apreciação de eventual revogação, para data posterior à decisão final a ser proferida na nova ação penal, e devido a gravidade do delito ao qual está sob investigação, fica decidida a **REGRESSÃO DO REGIME** atual a que está submetido o reeducando **DIRETAMENTE PARA O FECHADO,** sendo que deverá aguardar nova oportunidade para obtenção de novos benefícios.

Pois bem. O art. 118, § 2º da Lei de Execuções Penais determina:

> Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:
>
> I - **praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;**
>
> II – [...].
>
> § 1° [...].
>
> § 2º Nas hipóteses do inciso I e do parágrafo anterior, **deverá ser ouvido previamente o condenado.** (grifo nosso).

De fato, apesar da possibilidade de o cometimento de novo delito ensejar a regressão independentemente de sentença condenatória transitada em julgado, não resta dúvida que tal providência só pode ser tomada após a prévia oitiva do apenado, sob pena de descumprimento da determinação legal e ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Nesse sentido já se manifestou a jurisprudência:

> EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO – COMETIMENTO DE NOVO CRIME – REGRESSÃO – PRELIMINAR DE NULIDADE DA DECISÃO QUE **REGREDIU O REEDUCANDO SEM A AUDIÊNCIA PRÉVIA DE JUSTIFICAÇÃO** SUSCITADA PELO PARQUET – ART. 118, § 2.º, DA LEP – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA – PRELIMNAR ACOLHIDA.
>
> O art. 118, § 2.º, da LEP não impõe a obrigatoriedade de realização de procedimento administrativo disciplinar, no entanto, **é imprescindível a realização de audiência de justificação,** para que seja dada a oportunidade ao paciente do exercício do contraditório e da ampla defesa. (TJMS; Agravo Criminal N. 2011.007399-7/0000-00 - Deodápolis; Primeira Turma; Rel. Juiz Francisco Gerardo de Sousa; Julg. 25/04/2011)
>
> EMENTA – HABEAS CORPUS – EXECUÇÃO PENAL – FALTA GRAVE – REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL – **AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO NÃO REALIZADA – AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA, CONTRADITÓRIO E DEVIDO PROCESSO LEGAL** – NULIDADE – ORDEM CONCEDIDA – LIMINAR RATIFICADA.
>
> **A ausência de manifestação da defesa e oitiva do apenado acerca da regressão de seu regime prisional é causa de nulidade absoluta por cerceamento de defesa.** Decisão anulada por inobservância ao disposto no § 2º, do artigo 118, da LEP. (TJMS; Agravo Criminal N. N. 2011.002721-3/0000-00 - Brasilândia; Segunda Turma; Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes; Julg. 21/03/2011)
>
> LIVRAMENTO CONDICIONAL. PRÁTICA DE NOVO DELITO. PERÍODO DE PROVA. SUSPENSÃO DO BENEFÍCIO ATÉ DECISÃO FINAL DO PROCESSO VIABILIDADE. FALTA GRAVE. PRÉVIA OITIVA DO APENADO **A prática de novo delito durante o período de prova autoriza a suspensão do livramento condicional, consoante disposição do artigo 145 da Lei de execução penal, até que sobrevenha julgamento definitivo dessa nova acusação.** Decisão de cunho cautelar, cuja tomada é imprescindível para futura revogação caso o trânsito em julgado de eventual condenação pelo novo fato aconteça já após o período do livramento condicional. Inexistência de afronta alguma ao princípio da presunção da inocência. Precedentes jurisprudenciais. **O cometimento de novo delito, por apenado que se encontra em liberdade condicional, por ensejar, em tese, regressão de regime, independentemente de sentença penal condenatória transitada em julgado, exige oitiva pessoal para apresentação das suas justificativas.** Inteligência do art. 118, § 2º, da LEP. Agravo provido. (TJRS; AG 447885-52.2011.8.21.7000; Caxias do Sul; Quarta Câmara Criminal; Rel. Des. Marcelo Bandeira Pereira; Julg. 10/11/2011; DJERS 13/12/2011)

Diante do exposto, contra o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, concedo a presente ordem a fim de anular a decisão recorrida na parte em que regrediu o paciente para o regime fechado, para que seja designada audiência prévia de justificação, em atenção aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Comunique-se ao juiz de origem.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONTRA O PARECER, CONCEDERAM A ORDEM.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Relator, o Exmo. Sr. Desª Marilza Lúcia Fortes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marilza Lúcia Fortes, Dorival Moreira dos Santos e Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 30 de julho de 2012.

***

Seção Criminal
Embargos Infringentes em Apelação Criminal n. 2011.036407-0/0001-00 - Campo Grande
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART – 40, V, DA LEI 11.343/2006 – TRÁFICO INTERESTADUAL – INAPLICABILIDADE – INEXISTÊNCIA DE TRANSPOSIÇÃO DE FRONTEIRA – RECURSO PROVIDO.

Para a incidência da causa de aumento prevista no art. 40, V, da Lei de n.º 11.343/2006, é imprescindível a transposição dos limites estaduais. Se os elementos probatórios demonstram que o agente adquiriu a substância entorpecente no mesmo estado em que foi preso, não há como considerar o tráfico como interestadual.

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, contra o parecer, dar provimento aos embargos, nos termos do voto do Relator e na forma Regimental. Ausentes, justificadamente, a Desª. Marilza Lúcia Fortes e, por férias, o Des. Ruy Celso.

Campo Grande, 24 de julho de 2012.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

Trata-se de embargos infringentes em apelação criminal opostos por Francismar Oliveira da Silva e Priscila Gonçalves da Silva Guimaraes em face do acórdão de f. 233/255, da Primeira Turma Criminal desse Sodalício, que, por maioria, negaram provimento ao recurso ministerial e, deram parcial provimento ao recurso defensivo, nos termos do voto do relator, vencido o revisor que dava provimento parcial ao recurso em maior extensão, para que também fosse afastada a causa de aumento prevista no art. 40, V, da Lei n. 11.343/06.

Pretende a defesa a prevalencia do voto vencido, proferido pelo Desembargador João Carlos Brandes Garcia.

Instada a se manifestar a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator)

Os embargos devem ser **providos**.

Consta na denúncia que:

> [...] no dia 13.01.2011 as 21:45 hs, no interior do Terminal Rodoviário, localizado na Avenida Guri Marques, bairro Vila Albuquerque, nesta cidade de Campo Grande, os denunciados Francismar Oliveira da Silva e Priscila Gonçalves da Silva Guimaraes, foram flagrados pela Polícia Militar transportando 31 tabletes de maconha, pesando 37,520 Kg (trinta e sete quilos e quinhentos e vinte gramas), no interior do ônibus da Viação Andorinha, rumo a Porto Velho/RO, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Ainda segundo a denuncia:

> [...] os embargantes foram contratados na cidade de Porto Velho/RO, por pessoa não identificada, e iriam receber R$ 1.000,00 ou R$ 3.000,00, quando levassem a droga até seu destino.... Os denunciados são oriundos da cidade de Porto Velho/RO, de onde viajaram juntos até a cidade de Ponta Porã/MS, localidade onde adquiriram a droga, e embarcaram no ônibus da Viação Andorinha, com passagens adquiridas para o trecho Ponta Porã/MS – Porto Velho/RO, localidade esta onde a droga tinha como destino, caracterizando assim a agravante do "crime praticado entre Estados da Federação", prevista no art. 40, inciso V, da Lei Federal n. 11.343/2006 – Lei Antitóxico.".

Pois bem. Como se observa os denunciados adquiriram a droga na cidade de Ponta Porã/MS e a levariam para à cidade de Porto Velho/RO, porém, foram presos em flagrante ainda no município de Campo Grande-MS.

A respeito da majorante do tráfico interestadual leciona Renato Marcão (*in Tóxico - Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, 4ª ed. Ed. Saraiva, p. 337*), *in verbis*:

> É preciso prova efetiva de que a droga provém de outro Estado da Federação, ou de que se trata de tráfico entre Estado(s) e Distrito Federal.

Ora, no caso em epígrafe não houve a transposição dos limites territoriais, visto que a droga não saiu do Estado de origem, não atingindo, dessa forma, seu real destino, que seria o Estado de Rondônia.

O simples fato de os embargantes terem confessado que a droga tinha como destino outro estado da federação não basta para a incidência da majorante, mormente quando a droga não saiu da esfera do Estado de origem.

Vê-se, portanto, que os réus iniciaram e consumaram o delito dentro do Estado de Mato Grosso do Sul, razão pela qual não configura a causa de aumento de pena prevista no inciso V do art. 40 da Lei de Drogas, mesmo estando comprovada que a sua intenção era levar a droga para outro Estado da Federação. Isso porque é comezinho no direito penal que em hipótese alguma se puna a mera intenção.

Nesse sentido a recente jurisprudência dessa Egrégia Seção Criminal:

> EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART 40, V, DA LEI 11.343/2006 – TRÁFICO INTERESTADUAL – INAPLICABILIDADE – INEXISTÊNCIA DE TRANSPOSIÇÃO DE FRONTEIRA – RECURSO PROVIDO.
>
> Para a incidência da causa de aumento prevista no art. 40, V, da Lei de n.º 11.343/2006, é imprescindível a transposição dos limites estaduais.

Se os elementos probatórios demonstram que o agente adquiriu a substância entorpecente no mesmo estado em que foi preso, não há como considerar o tráfico como interestadual. (Embargos Infringentes em Apelação Criminal - Reclusão - N. 2011.034115-1/0001-00 - Campo Grande; Relator: Des. Romero Osme Dias Lopes; Julgamento: 24/04/2012; Órgão Julgador: Seção Criminal)

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART 40, V, DA LEI 11.343/2006 – TRÁFICO INTERESTADUAL – INAPLICABILIDADE – INEXISTÊNCIA DE TRANSPOSIÇÃO DE FRONTEIRA – RECURSO PROVIDO.

Para a incidência da causa de aumento prevista no art. 40, V, da Lei de n.º 11.343/2006, é imprescindível a transposição dos limites estaduais.

Se os elementos probatórios demonstram que o agente adquiriu a substância entorpecente no mesmo estado em que foi preso, não há como considerar o tráfico como interestadual. (Embargos Infringentes em Apelação Criminal N. 2011.034115-1; Relator: Des. Romero Osme Dias Lopes; Julgamento: 24/04/2012; Órgao Julgador: Seção Criminal)

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART – 40, V, DA LEI 11.343/2006 – TRÁFICO INTERESTADUAL – INAPLICABILIDADE – INEXISTÊNCIA DE TRANSPOSIÇÃO DE FRONTEIRA – RECURSO PROVIDO.

Para a incidência da causa de aumento prevista no art. 40, V, da Lei de n.º 11.343/2006, é imprescindível a transposição dos limites estaduais.

Se os elementos probatórios demonstram que o agente adquiriu a substância entorpecente no mesmo estado em que foi preso, não há como considerar o tráfico como interestadual. (Embargos Infringentes em Apelação Criminal N. 2011.029293-7; Relator: Des. Romero Osme Dias Lopes; Julgamento: 28/02/2012; Órgao Julgador: Seção Criminal)

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – PRETENDIDA PREVALÊNCIA DO VOTO VENCIDO QUE EXCLUIU A CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, V, DA LEI N. 11.343/06 E SUBSTITUIU A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS – CORRETA EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO – DROGA QUE NÃO ULTRAPASSOU O ESTADO DE ORIGEM – IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO EM RAZÃO DO QUE DISPÕE O ART. 44, III, DO CÓDIGO PENAL – EMBARGOS PARCIALMENTE PROVIDO.

O simples fato de o réu confessar que a droga tinha como destino uma cidade de outro Estado da federação, não tem o condão de ensejar a referida qualificadora, tendo em vista que a droga não saiu da esfera do Estado de origem.

Se as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, foram julgadas desfavorável ao réu, em especial a grande quantidade de droga apreendida, inviável se torna a substituição da pena corporal pela restritiva de direitos, em razão do que dispõe o art. 44, III, do Código Penal. (Embargos Infringentes em Apelação Criminal N. 2011.022924-0; Relator: Des. Romero Osme Dias Lopes; Julgamento: 28/02/2012; Órgao Julgador: Seção Criminal)

Por tais considerações, contra o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, dou provimento aos infringentes para que prevaleça o voto do Des. João Carlos Brandes Garcia na apelação criminal n. 2011.036407-0, que deu provimento parcial ao recurso em maior extensão, para que também fosse afastada a causa de aumento prevista no art. 40, V, da Lei n. 11.343/06.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Revisor)

Data venia, permito-me divergir do e. relator.

Insisto na incidência da causa de aumento descrita no art. 40, V, da Lei n.º 11.343/06, pois o dolo do agente no sentido de praticar o crime mediante a sobreposição de fronteiras é suficiente para configurá-la.

Sobre o assunto, discorre a doutrina que: *"não será necessário que a droga efetivamente tenha que 'tocar' mais de um Estado da Federação, bastando que se comprove que a intenção do agente era conduzi-la a outro Estado."* [1]

Com efeito, aqui não deve ser analisada, tão somente, a efetividade da conduta, porquanto a iniciativa de transportar a droga, passando por mais um Estado da Federação, escancara ousadia e recalcitrância criminosa, na medida em que o agente se expõe por maior tempo e, mesmo assim, não se intimida diante da possibilidade de ser interceptado pela polícia.

Ademais, não se está punindo a mera intenção, visto que ao ser surpreendidos no meio do caminho, forçoso reconhecer que o *iter criminis* ultrapassou a fase da cogitação e ingressou na consumação propriamente dita, que somente não foi esgotada devido à atuação policial, que prendeu os embargantes em flagrante.

Raciocínio inverso pressupõe ser indispensável a transposição das divisas estaduais, deixando continuar a escalada criminosa, e, só então, quando os algozes estiverem em outro Estado – e os policiais não possuírem mais competência para atuar – que se comunique, então, o crime à congênere vizinha, e que esta tome as medidas cabíveis. Ou seja, prevarica-se a espera que outros façam o que compete à polícia judiciária local cumprir no flagrante criminoso.

Dizer, por outro lado, que a aplicação da majorante só ocorrerá quando se puder materialmente assegurar a transposição dos limites estaduais é fechar os olhos à realidade, camuflar os fatos, esconder-se do mundo e imaginar o quanto a sociedade seria estúpida para aguentar calada os reveses impostos em prol dos meliantes e contra as pessoas de bem.

Nesse sentido, já se manifestou o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

> HABEAS CORPUS – TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS ILÍCITAS – CAUSA DE AUMENTO DE PENA – DESLOCAMENTO DO ENTORPECENTE ALÉM DA FRONTEIRA ESTADUAL – FATO IRRELEVANTE – INTENÇÃO DE LEVAR A DROGA A OUTRO ESTADO – DESIDERATO FRUSTRADO – APREENSÃO DA SUBSTÂNCIA ILÍCITA DURANTE A JORNADA – CIRCUNSTÂNCIA SUFICIENTE PARA INCIDÊNCIA DO ART. 40, V, DA LEI N. 11.343/06 – ORDEM DENEGADA.
>
> 1. "A jurisprudência desta Corte é no sentido de que, para incidir a causa de aumento prevista no art. 40, V, da Lei nº 11.343/06, não é necessária a efetiva transposição da fronteira interestadual, sendo suficiente que haja evidência de que a droga tinha como destino outro Estado". (HC 100.644/MS, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 28/06/2011)

1 MENDONÇA, Andrey Borges de. Lei de Drogas comentada, São Paulo: Método, 2007, p. 146.

> 2. In casu, conforme assentado pelas instâncias ordinárias, a substância ilícita só não ultrapassou as fronteiras do Estado de Mato Grosso do Sul, em razão de sua apreensão pela Polícia Militar, motivo pelo qual resta justificada a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 40, V, da Lei n. 11.343/06.
>
> 3. Ordem denegada. [2] (Destaques não originais)
>
> *HABEAS CORPUS* – TRÁFICO INTERESTADUAL DE ENTORPECENTES – ART. 33, CAPUT E § 4º., C/C O ART. 40, INCISO V DA LEI 11.343/2006 – DESNECESSIDADE DE EFETIVA TRANSPOSIÇÃO DE FRONTEIRAS DE ESTADOS DA FEDERAÇÃO PARA A APLICAÇÃO DA MAJORANTE [...]
>
> 1. Para a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso V da Lei 11.343/06 não é necessária a efetiva transposição da fronteira interestadual; bastarão, para tanto, evidências de que a substância entorpecente tem como destino qualquer ponto além das linhas divisórias estaduais.
>
> [...]. [3] (Destaques não originais)

In casu, os embargantes confessaram (f. 11 e 129) que adquiriram a droga em Ponta Porã e a levariam para Porto Velho (RO), sendo tais declarações corroboradas pela prova testemunhal (f. 125 e 126).

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso manejado por **FRANCISMAR OLIVEIRA DA SILVA** e **PRISCILA GONÇALVES DA SILVA GUIMARÃES**.

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos (1° Vogal)

Nego provimento

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli (2° Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa (4° Vogal)

Nego provimento.

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (5° Vogal)

Mantenho meu entendimento manifestado por ocasião do julgamento do recurso de apelação.

Naquela oportunidade divergi quanto à manutenção da causa de aumento prevista no art. 40, V, da Lei n. 11.343/06, eis que entendo que, para tal, não basta a simples intenção de levar a droga para outro Estado da Federação, sendo necessária a efetiva transposição das fronteiras destes.

Muito embora haja posição do Superior Tribunal de Justiça a amparar o entendimento adotado pela maioria naquele julgamento, filio-me à corrente daquela Corte Superior que entende não se possível a incidência da majorante em casos como o relatado nestes autos.

A propósito, o julgado, *verbis:*

2 HC 213.722/MS, 6 T., rel. Min. VASCO DELLA GIUSTINA (Des. conv. do TJ/RS), j. 13/09/2011.

3 HC 157.630/SP, 5ª T., rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, j. 16/11/2010.

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, INCISO V, DA LEI N.º 11.343/2006. AUSÊNCIA DE TRANSPOSIÇÃO DE FRONTEIRA ENTRE OS ESTADOS DE MATO GROSSO E GOIÁS. INAPLICABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
>
> 1. O art. 40, inciso V, da Lei 11.343/2006 estabelece que as penas dos crimes previstos nos arts. 33 a 37 do mesmo regramento serão aumentadas de um sexto a dois terços "se caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal."
>
> 2. Interpretando o mencionado dispositivo, esta Corte Superior de Justiça possui entendimento majoritário no sentido de que, para a caracterização da majorante em questão, é necessária a efetiva transposição da fronteira, "não sendo suficiente apenas evidências de que a substância entorpecente a ser comercializada tenha como destino qualquer ponto além das linhas divisórias estaduais em que foi apreendida." (HC 115.142/MS, 5.ª Turma, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe de 08/03/2010.)
>
> 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1179926/MT. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2010/0021073-7. Relator(a): Ministra LAURITA VAZ (1120). Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA. Data do Julgamento: 16/11/2010. Data da Publicação/Fonte: DJe 06/12/2010).

Pelo exposto, contrariando o parecer, **acolho os embargos**, nos termos acima.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA E, CONTRA O PARECER, DERAM PROVIMENTO AOS EMBARGOS, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR E NA FORMA REGIMENTAL. AUSENTES, JUSTIFICADAMENTE, A DESª. MARILZA LÚCIA FORTES E, POR FÉRIAS, O DES. RUY CELSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Romero Osme Dias Lopes, Carlos Eduardo Contar, Dorival Moreira dos Santos, Manoel Mendes Carli, Francisco Gerardo de Sousa e João Carlos Brandes Garcia.

Campo Grande, 24 de julho de 2012.

***

Seção Criminal
Mandado de Segurança n. 2012.010552-7 - Nova Andradina
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO *MANDAMUS* ARGUIDA PELA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA – REJEITADA – MÉRITO – PESCA ILEGAL - UTILIZAÇÃO DE PETRECHOS PROIBIDOS POR LEI -SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – CUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES IMPOSTAS – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – INEXISTÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA - PEDIDO DO **PARQUET** DE VENDA DOS BENS APREENDIDOS – INOVAÇÃO DO PEDIDO – DECISÃO CASSADA – BENS RESTITUÍDOS – SEGURANÇA CONCEDIDA.

É perfeitamente cabível o mandado de segurança contra decisão que defere pedido de venda dos bens apreendidos com a pesca ilegal formulado pelo **parquet**, porquanto tal decisão não desafia recurso próprio, como acontece nos casos de indeferimento do pedido de restituição. Preliminar rejeitada.

Inexistindo sentença penal condenatória, haja vista que o impetrante aceitou as condições impostas na suspensão condicional do processo, cumprindo-as na sua integralidade, sendo declarada extinta a sua punibilidade, não há falar em perdimento do bens apreendidos com a prática ilegal, sobretudo quando nada foi mencionado quando das obrigações e condições assumidas, tendo o **parquet** inovado no pedido.

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, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, a Desª. Marilza Lúcia Fortes e, por férias, o Des. Ruy Celso.

Campo Grande, 24 de julho de 2012.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

O impetrante Nelson Monteiro Rocha, por intermédio da Defensoria Pública Estadual, maneja o presente mandado de segurança com pedido liminar, alegando estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Nova Andradina, que determinou o perdimento dos bens utilizados na prática de crime ambiental.

Alega que, por ter sido denunciado sob a acusação de pesca ilegal (art. 34, II, da Lei n. 9.605/98), teve apreendido um barco de alumínio, um motor de "popa" e um tanque de combustível, com capacidade de 24 litros.

Afirma que, em 29 de fevereiro de 2006, requereu que os bens apreendidos fossem a ele confiados, como depositário, o que foi deferido pelo juiz.

Argumenta que o Ministério Público Estadual apresentou proposta de suspensão condicional do processo, tendo as condições sido prontamente aceitas e cumpridas na sua integralidade, razão pela qual o juiz declarou extinta a sua punibilidade em 13 de agosto de 2009.

Ainda assim, mesmo após extinta a punibilidade, assevera que o magistrado, acolhendo requerimento do **parquet**, decretou de plano a perda dos referidos bens, afirmando ser um dos "efeito da condenação".

Desta feita, seja em razão da extinção da punibilidade, seja por ofensa ao contraditório, ou seja por não ter constado da denúncia o pedido de perda dos bens, requer, em sede liminar, a concessão da segurança, a fim de suspender os efeitos da decisão emanada até decisão final do mandamus. No mérito, espera seja declarada nula a decisão que decretou o perdimento do barco de alumínio, do motor de "popa" e do tanque de combustível, restituindo-os.

A liminar foi deferida (f. 48-49), oportunidade em que foram requisitadas as informações da autoridade impetrada.

As informações vieram anexadas às f. 67.

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça é pelo não conhecimento do *mandamus* e, no mérito, pela denegação da segurança.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator)

Preliminarmente, a Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo não conhecimento do *mandamus*, argumentando que a via estreita do ***writ*** não pode ser utilizada como sucedâneo recursal.

A meu ver, a preliminar deve ser rejeitada.

É bem verdade que a decisão que indefere pedido de restituição desafia recurso de apelação, conforme pacífica jurisprudência.

Ocorre que o impetrante em momento algum ingressou com pedido de restituição do bens apreendidos, pelo menos não há nada nos autos nesse sentido. O que houve sim foi que o Ministério Público, após ter sido declarada extinta a punibilidade do impetrante pelo cumprimento das condições assumidas no *sursis*, atravessou uma petição nos autos (f. 35-36), requerendo a venda do barco, do tanque de 24 litros e do motor apreendido, bem como a destruição dos 7 anzóis de galho, com fulcro no art. 25 da Lei n. 9.605/98, o que foi deferido pelo juiz.

Com efeito, tal decisão não desafia recurso próprio, mostrando-se correta e adequada a impetração do mandado de segurança.

Rejeito, pois, a preliminar arguida, e conheço do *mandamus*.

No mérito, já adianto que a segurança deve ser concedida.

Após o deferimento da liminar pleiteada (f. 48-49), com a suspensão dos atos expropriatórios do barco de alumínio, marca Levefort, e do motor de "popa", marca Evinrut, modelo M-E15RTET, e da avaliação, se ainda não realizada, bem como a doação do tanque de combustível para a entidade beneficente Lar Sagrado Coração de Jesus, busca agora o impetrante a nulidade da decisão que decretou o perdimento desses bens, com a restituição dos objetos acima nominados.

Assiste-lhe razão.

Consta dos autos que o impetrante foi denunciado juntamente com José Valdemir Tomazini porque, no dia 13 de outubro de 2006, no Rio Ivinhema, localizado no Município de Nova Andradina, foram surpreendidos pela Polícia Militar Ambiental praticando pesca predatória, consistente na utilização de petrechos proibidos por lei, pois foram flagrados pescando com "anzóis de galho".

Ocorre que, quando do oferecimento da denúncia (f. 24), em 02/04/2007, o representante do **parquet** propôs a suspensão condicional do processo, o que foi de pronto aceito pelos denunciados e deferido pelo juiz em 05/07/2007, ocasião em que estabeleceu diversas condições a serem cumpridas, nada mencionando a respeito do perdimento dos bens (f. 30).

Em 21/11/2007, o juiz homologou os termos da suspensão condicional do processo.

Tendo o impetrante Nelson Monteiro da Rocha cumprido com as obrigações impostas em 13/08/2009, o magistrado declarou extinta a sua punibilidade, com base no disposto no § 5º, art. 89, da Lei n. 9.099/95 (f. 32).

Surpreendentemente, no dia 17/08/2009, ou seja, 4 (quatro) dias após a declaração de extinção da punibilidade do impetrante, o representante ministerial peticionou nos autos requerendo a venda do barco, do tanque de 24 litros e do motor apreendido, bem como a destruição dos 7 anzóis de galho, com fulcro no art. 25 da Lei n. 9.605/98 (f. 35-36).

E tal pedido foi atendido pelo juiz **a quo**, que assim decidiu (f. 37-39), *verbis*:

> 2. O artigo 91 do Código Penal estabelece que o perdimento dos instrumentos e produtos do crime é um dos "efeitos da condenação".
>
> O artigo 25 da Lei 9.605/98, por sua vez, dispõe que 'verificada a infração', os produtos e instrumentos utilizados na prática da infração serão apreendidos e providenciada sua venda, doação ou destruição.
>
> Muito embora já houvesse a previsão legal no Código Penal, o legislador de 1998 inovou no trato dos bens apreendidos, atendendo às peculiaridades dos crimes ambientais.
>
> Se assim não fosse, seria desnecessária a elaboração da nova regra.
>
> Assim considerou o STJ1 em recente julgado:
>
> Apesar de o art. 91, II, a, do CP estabelecer que serão perdidas em favor da União 'coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito' e que os bens confiscados detenham natureza lícita (trator e motosserra), a Lei 9.605/98 estabelece regramento especial no art. 25, § 4º.
>
> Vale lembrar que as inovações da supracitada Lei não se limitam a esse ponto, mas também adotou de forma inédita a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Nessa esteira, a utilização da expressão 'verificada a infração' traduz inovação legislativa no sentido de desvincular o perdimento à condenação, bastando a existência de elementos suficientes que, caso a caso, indiquem a prática da ofensa ao meio ambiente.

Nesse sentido a jurisprudência:

'CRIME AMBIENTAL. RESTITUIÇÃO DE BENS APREENDIDOS.

Caso em que, por transação penal, se resolveu a lide penal remanescendo bens cuja devolução, contudo, não pode ser efetuada, porque instrumentos do crime ambiental ou porque não demonstrada a propriedade.' (TRF4, ACR 2001.71.10.003434-0, Oitava Turma, Relator Manoel Lauro Volkmer de Castilho, DJ 12/03/2003).

'PROCESSUAL PENAL. RESTITUIÇÃO DE COISA APREENDIDA. INSTRUMENTO DE DELITO AMBIENTAL. ART. 118, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ART. 25 DA LEI Nº 9.605/98.

O § 4º, do art. 25, da Lei nº 9.605/98, afastou a possibilidade de se restituir coisa que tenha servido como instrumento para a prática de crime contra o meio ambiente.' (TRF 1ª Região, 4ª Turma, ACR nº 200141000050079/RO, rel. Des. Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes, DJ 25/04/03, p. 127).

In casu, o acusado teve a punibilidade extinta pelo cumprimento das condições da suspensão condicional do processo (f. 180), mas há elementos suficientes que indicam a prática de crime ambiental, haja vista a apreensão dos petrechos (f.08), os depoimentos prestados e o teor do auto de infração elaborado pela Polícia Militar Ambiental (f. 10-1).

Ademais, restou claro que os bens apreendidos serviram como instrumento do crime (f. 07).

3. Pelo exposto, determino o perdimento dos bens aprendidos: o barco de alumínio, marca levefort; o motor de popa, marca Evinrut, modelo M-E15RTET; o tanque contendo 24 litros de combustível e os anzóis de galho, o que faço com base no artigo 25 da Lei 9.605/98.

O barco e o motor deverão ser avaliados e procedida a venda em hasta pública, na forma eletrônica, sendo nomeada a empresa Superbid Judicial3 para o procedimento, conforme disciplinado no Provimento 211/2010 da Corregedoria-Geral de Justiça.

O tanque de combustível deverá ser doado para a entidade beneficente Lar Sagrado Coração de Jesus.

Os anzóis de galho deverão ser destruídos.

É bom deixar desde já salientado que não houve sentença condenatória que pudesse ensejar o perdimento dos bens apreendidos, mas proposta de suspensão condicional do processo pelo representante ministerial, aceita pelo impetrante e cumprida na sua integralidade, o que motivou a declaração da extinção da punibilidade, como bem destaquei na decisão liminar.

E repito, o juiz estabeleceu diversas condições a serem cumpridas na suspensão condicional do processo, nada mencionando a respeito do perdimento dos bens, o que, sob a ótica deste relator, altera substancialmente a análise do caso. Afinal, nada garante que se o impetrante soubesse da perda dos bens apreendidos aceitaria a proposta do *sursis*, já que poderia perfeitamente responder a ação penal e ser absolvido, situação que indubitavelmente acarretaria a restituição dos bens perseguidos.

Assim, inova o ***parquet*** no pedido quando requer a venda do barco, do tanque de 24 litros e do motor apreendido, situação não ventilada na proposta do *sursis*, caracterizando cerceamento de defesa. E o que é pior: o magistrado fere de morte ***"...direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça"***, o qual se amolda ao presente caso e serve como paradigma de como as autoridades não podem tratar os jurisdicionados ou cidadãos.

Por tais motivos, ***concedo a segurança em favor do impetrante Nelson Monteiro da Rocha***, cassando-se a decisão de f. 37-39 para o fim de restituir o barco de alumínio, marca Levefort, o motor de "popa", marca Evinrut, modelo M-E15RTET, e o tanque de combustível. Decisão contra o parecer.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E, CONTRA O PARECER, CONCEDERAM A SEGURANÇA, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, A DESª. MARILZA LÚCIA FORTES E, POR FÉRIAS, O DES. RUY CELSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Romero Osme Dias Lopes, Carlos Eduardo Contar, Dorival Moreira dos Santos, Manoel Mendes Carli, Francisco Gerardo de Sousa e João Carlos Brandes Garcia.

Campo Grande, 24 de julho de 2012.

***

Segunda Câmara Criminal
Recurso em Sentido Estrito n. 2012.012629-1 - Nova Alvorada do Sul
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – RECURSO DE EM SENTIDO ESTRITO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO -PRETENDIDO ADITAMENTO DA DENÚNCIA PARA A INSERÇÃO DO CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO - IMPOSSIBILIDADE - RÉU DENUNCIADO PELO CRIME DE DISPARO DE ARMA DE FOGO - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – ABSORÇÃO DO CRIME DE PORTE DE ARMA PELO CRIME DE DISPARO DE ARMA DE FOGO EM VIA PÚBLICA – RECURSO IMPROVIDO.

Não se aplica o concurso material entre os crimes de porte e disparo de arma de fogo, porque é impossível que alguém dispare em via pública sem que esteja portando arma de fogo, de maneira que o porte efetivamente fica absorvido pelos disparos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, improver o recurso.

Campo Grande, 23 de julho de 2012.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Estadual em face da decisão que indeferiu o aditamento da denúncia ofertada contra Elton Medrade dos Santos, que visava a inserção do crime de porte ilegal de arma de fogo, previsto no art. 14, da Lei n. 11.343/06.

Busca o representante do parquet o recebimento do aditamento da denúncia, visto que há provas dos autos que o acusado além de ter cometido os crimes de tentativa de roubo e disparo de arma de fogo, também cometeu o crime de porte ilegal de arma de fogo.

Em contrarrazões, a defesa requer o improvimento do recurso.

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça também é pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator)

O recurso deve ser **improvido**.

Infere-se dos autos que o Ministério Público Estadual ofertou denúncia contra Elton Medrade dos Santos pela prática dos crimes previstos no art. 157, §2º, I, c/c art. 14, II, do Código Penal e art. 15 da Lei n. 10.826/2003, em razão dos seguintes fatos:

> [...] Consta do incluso Inquérito Policial que na data de 22 de setembro de 2009, por volta das 10h00min, no estabelecimento comercial denominado "Imperial Multimarcas", localizado na Rua Francisca Stradiotti, nº 1068, Centro, nesta comarca, o denunciado ELTON MEDRADE DOS SANTOS tentou subtrair, para si, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma de fogo, dinheiro do caixa do referido estabelecimento.
>
> Consta ainda, que no mesmo dia, hora e local acima mencionados, o denunciado disparou arma de fogo, consistente em uma garrucha, de dois canos, niquelada, sem marca e número aparente, em lugar habitado ou suas adjacências.
>
> Segundo restou apurado, no dia dos fatos, a vítima Neli do Carmo Borges estava sozinha na loja "Imperial Multimarcas" quando ouviu um barulho, semelhante a uma "bombinha" (disparo de arma de fogo). Instantes depois, o denunciado adentrou o estabelecimento comercial e ordenou que a vítima lhe passasse o dinheiro, sendo informado pela mesma que não havia dinheiro no caixa da loja. O denunciado voltou a insistir com a vítima para que esta lhe entregasse o dinheiro, entretanto, ante a inexistência de qualquer numerário, empreendeu fuga.
>
> Ato contínuo, a vítima acionou a Polícia Militar, via 190, que obteve êxito em localizar o denunciado ainda nas proximidades do estabelecimento comercial. Após uma revista pessoal, apreenderam em poder do denunciado uma garrucha, de dois canos, niquelada, sem marca e número aparente, com um cartucho deflagrado. Diante dos fatos, foi dado voz de prisão ao denunciado, encaminhando-o para a Delegacia de Polícia local.
>
> [...]

Às f. 105-106, o Ministério Público Estadual ofereceu aditamento da denúncia para também constar o crime de porte ilegal de arma de fogo, previsto no art. 14, da Lei n. 11.343/06.

Contudo, às f. 116, a magistrada de instância singela indeferiu o aditamento ao seguinte argumento:

> [...] INDEFIRO o aditamento requerido pelo MINISTÉRIO PÚBLICO, pois, a essa altura seria contraprudente reiniciar a instrução probatória já encerrada, até porque, in casu, há sérias dúvidas se o delito de porte de arma de fogo ficou absorvido pelo roubo e pelo disparo.
>
> [...]
>
> Tenho que agiu acertadamente a magistrada de instância singela em indeferir o aditamento da denúncia, visto que no caso vertente, ocorreu o princípio da consunção entre o crime de disparo de arma de fogo e o porte ilegal de arma de fogo, devendo o porte ficar absorvido pelo disparo, conforme bem pontuado no parecer ministerial. Confira-se:
>
> [...]
>
> O art. 384 do Código de Processo Penal dispões que encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de provas existentes nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não continha na acusação, o

Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.

Neste caso, a denúncia narrou os delitos de disparo de arma de fogo e roubo circunstanciado.

Durante a instrução o Promotor de Justiça entendeu que o acusado também praticou o crime de porte de arma de fogo previsto no art. 14 da Lei 10.826/03 porque ele afirmou em seu interrogatório (f. 91) que possuía a arma há mais de um ano.

Ocorre que o porte de arma de fogo foi meio para a realização dos disparos, ou seja, não é possível que alguém dispare uma arma de fogo sem estar portando uma.

Além disso, segundo o princípio da consunção o fato mais amplo e grave absorve os demais fatos menos amplos e graves, os quais atuam como meio de preparação ou execução daquele, ou inda como seu mero exaurimento.

Portanto, o crime de porte de arma de fogo porque o primeiro é meio necessário para a consumação do segundo.

[...]

Desta forma, não deve ser provido o recurso para o fim de manter a decisão que não recebeu o aditamento da denúncia.

[...]

Nesse sentido está a jurisprudência desta Corte:

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – DISPARO DE ARMA DE FOGO – RECURSO MINISTERIAL VISANDO A CONDENAÇÃO PELO PORTE DE ARMA – IMPOSSIBILIDADE – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – TESE DEFENSIVA DE LEGITIMA DEFESA – APELANTE QUE NÃO COMPROVA SEUS ARGUMENTOS – PEDIDO DE FIXAÇÃO DE PENA PECUNIÁRIA MAIS BAIXA – RECORRIDO QUE POSSUI CONDIÇÕES DE COMPRAR ARMA E MOTO – AMBOS RECURSOS IMPROVIDOS.

Não se condena o apelado pelo crime de porte de arma de fogo se esse delito foi crime meio para o de disparo de arma de fogo em via pública.

Não há falar em absolvição por legitima defesa se o apelante não comprova nos autos.

Não se reduz a pena pecuniária de 05 salários mínimos se o apenado, apesar de se declarar desocupado, possui condições financeiras para comprar arma e uma moto." (Apelação Criminal - Reclusão - N. 2009.033367-6/0000-00 - Ponta Porã - Relator Des. João Carlos Brandes Garcia – TJ/MS)

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – POSSIBILIDADE – DISPAROS DE ARMA DE FOGO DADOS EM LEGÍTIMA DEFESA – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – ABSORÇÃO DO CRIME DE PORTE DE ARMA PELO CRIME DE DISPARO DE ARMA DE FOGO EM VIA PÚBLICA – CONSUNÇÃO OPERADA – ABSOLVIÇÃO DECRETADA – RECURSO PROVIDO.

> Não se aplica o concurso material entre os crimes de porte e disparo de arma de fogo, porque é impossível que alguém dispare em via pública sem que esteja portando arma de fogo, de maneira que o porte efetivamente fica absorvido pelos disparos. (Apelação Criminal - Reclusão - N. 2011.001987-6/0000-00 – Paranaíba – Relator Des. Romero Osme Dias Lopes – TJ/MS)

Por tais considerações, com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, IMPROVERAM O RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Romero Osme Dias Lopes, Carlos Eduardo Contar e Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 23 de julho de 2012.

***

Segunda Câmara Criminal
Apelação Criminal n. 2012.016488-2 - Campo Grande
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR – PERDÃO JUDICIAL – POSSIBILIDADE – CONSEQUÊNCIAS DO EVENTO – ABALO EMOCIONAL GRAVE – SANÇÃO PENAL DESNECESSÁRIA – RECURSO PROVIDO.

É possível a aplicação do instituto do perdão judicial previsto no § 5º, do art. 121, do CP c.c art. 107, IX, do mesmo diploma legal, ao homicídio culposo previsto no art. 302, do Código de Trânsito Brasileiro, por analogia *in bonam partem*.

Se as consequências do evento atingiram emocionalmente o autor de forma tão grave, por ter perdido a namorada com quem possuía vínculo duradouro, a sanção penal se faz desnecessária.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, prover o recurso.

Campo Grande, 28 de junho de 2012.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Rodrigo Ferreira Teixeira interpõe recurso de apelação contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Campo Grande pela qual julgou procedente a denúncia da ação criminal n. 0030163-04.2010.8.12.0001, condenando-o como incurso à pena de 2 anos de detenção, em regime aberto, substituída por duas restritivas de direitos e suspensão da licença pra dirigir por igual período, pela prática da conduta prevista no art. 32, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro.

Sustenta o apelante que confessou os fatos narrados na inicial e que das declarações prestadas em juízo, inclusive por parentes da vítima, constatou-se que ficou extremamente atormentado com o acidente e o óbito da vítima, que era sua namorada há dois anos, tendo inclusive pedido demissão, após os fatos, do trabalho com o sogro e o cunhado, já que a convivência com a família de Renata tornava sua dor pela perda insuportável diante das lembranças, assim, deve lhe ser aplicado o benefício do perdão judicial.

Alega que embora haja divergência sobre a aplicação do instituto aos crimes de trânsito, a melhor doutrina converge em benefício do réu, pois a interpretação da regra do art. 121, § 5º, se estende aos casos

do Código de Trânsito Brasileiro em combinação com o art. 107, IX, do Código Penal, uma vez que engloba seu conceito *"aos casos previstos em lei"*, e ao diferenciar o homicídio culposo no trânsito daquele previsto no Código Penal, o legislador somente diferenciou o desvalor da ação, e não o resultado, mantendo o mesmo tipo penal.

Requer o prequestionamento expresso da observância do art. 107, IX, do Código Penal, bem como o recebimento e provimento do recurso com a reforma da sentença e a declaração de extinção de punibilidade do apelante pela aplicação do benefício do perdão judicial.

Em contrarrazões, o apelado pugna pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria de Justiça, em seu parecer, opina pelo **provimento da apelação.**

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Rodrigo Ferreira Teixeira contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Campo Grande pela qual julgou procedente a denúncia da ação criminal n. 0030163-04.2010.8.12.0001, condenando-o como incurso à pena de 2 anos de detenção, em regime aberto, substituída por duas restritivas de direitos e suspensão da licença pra dirigir por igual período, pela prática da conduta prevista no art. 32, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro.

Sustenta o apelante que confessou os fatos narrados na inicial e que das declarações prestadas em juízo, inclusive por parentes da vítima, constatou-se que ficou extremamente atormentado com o acidente e o óbito da vítima, que era sua namorada há dois anos, tendo inclusive pedido demissão, após os fatos, do trabalho com o sogro e o cunhado, já que a convivência com a família de Renata tornava sua dor pela perda insuportável diante das lembranças, assim, deve lhe ser aplicado o benefício do perdão judicial.

Alega que embora haja divergência sobre a aplicação do instituto aos crimes de trânsito, a melhor doutrina converge em benefício do réu, pois a interpretação da regra do art. 121, § 5º, se estende aos casos do Código de Trânsito Brasileiro em combinação com o art. 107, IX, do Código Penal, uma vez que engloba seu conceito *"aos casos previstos em lei"*, e ao diferenciar o homicídio culposo no trânsito daquele previsto no Código Penal, o legislador somente diferenciou o desvalor da ação, e não o resultado, mantendo o mesmo tipo penal.

Requer o prequestionamento expresso da observância do art. 107, IX, do Código Penal, bem como o recebimento e provimento do recurso com a reforma da sentença e a declaração de extinção de punibilidade do apelante pela aplicação do benefício do perdão judicial.

Em contrarrazões, o apelado pugna pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria de Justiça, em seu parecer, opina pelo **provimento da apelação.**

O recurso merece prosperar.

A materialidade do delito e a autoria estão devidamente comprovadas, não havendo irresignação quanto ao seu reconhecimento.

A insurgência recursal se restringe à aplicação do instituto do perdão judicial o qual acarreta a extinção da punibilidade do autor.

Conforme leciona Cezar Roberto Bitencourt o perdão judicial é cabível *"no homicídio e lesão corporal culposos, se as conseqüências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária"* (*in* **Tratado de Direito Penal**, 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 710).

Afilio-me à corrente que admite a aplicação do instituto nos crimes de trânsito, pois na interpretação da lei penal se pode e se deve utilizar da analogia *in bonam partem.*

Nesse sentido:

> Permanece, contudo, **a vedação absoluta do emprego da analogia**, em razão do mesmo princípio da legalidade, **salvo quando for para beneficiar a defesa.** (Bitencout. Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte geral 1. 13ª ed. Saraiva: São Paulo. p. 159) (g.n.)

A jurisprudência também admite sua aplicação, vejamos:

> Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO CULPOSO NO TRÂNSITO. ART. 302 DO CTB. PERDÃO JUDICIAL. VIABILIDADE. 1. MATERIALIDADE E AUTORIA. Acusado que agiu com culpa na modalidade de imprudência por estar conduzindo seu automóvel sob efeito de álcool, bem como por ter realizado manobra de ultrapassagem sem observância do dever objetivo de cuidado. 2. PERDÃO JUDICIAL. Evento delituoso que acabou ceifando a vida da esposa do denunciado e produzindo lesões corporais em sua filha. Consequências graves do delito que atingiram o denunciado em face da íntima ligação de afeto entre os envolvidos, viabilizando a concessão do benefício. Declarada extinta a punibilidade do acusado, com fulcro no art. 107, inciso IX, do CP. PROVERAM EM PARTE O APELO PARA CONCEDER O PERDAO JUDICIAL, DECLARANDO EXTINTA A PUNIBILIDADE DO ACUSADO. UNÂNIME. (Apelação Crime Nº 70034903930, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odone Sanguiné, Julgado em 14/10/2010)

Na hipótese que versa sobre homicídio culposo na direção de veículo automotor, verifico que há elementos a demonstrar que as consequências do evento atingiram emocionalmente o apelante de forma tão grave que a sanção penal se faz desnecessária.

Restou demonstrado nos autos o vínculo afetivo entre autor e vítima, pois namoravam há dois anos, inclusive o apelante trabalhava para a família daquela, com o reconhecimento da união e o sentimento entre ambos, vejamos:

> DEPOENTE: Depois que ele começou a namorar a minha filha, um tempo depois, aí a gente estava precisando em outra loja e ele foi trabalhar de moto [...].
>
> DEFESA: E nesse tempo que a senhora conheceu ele, como ele era?
>
> DEPOENTE: Não, ele era tranquilo assim com minha filha, e a minha filha amava muito ele, era uma pessoa de confiança.
>
> DEFESA: E depois desse fato o que aconteceu: assim com relação ao trabalho?
>
> DEPOENTE: Não, assim de trabalho, ele pediu e saiu.
>
> DEFESA: Pediu a conta.
>
> DEPOENTE: Pediu as contas. Até falei que ele podia arrumar um outro emprego, ele não saiu. Quando a gente encontra é normal é uma fatalidade né. (f. 157).

Dos depoimentos constata-se ainda, o sofrimento emocional do autor, que inclusive pediu demissão por não suportar o convívio com as lembranças e o clima de culpa perante os familiares da falecida namorada:

> MP: Depois que isso aconteceu. O Rodrigo era namorado da sua filha é isso?
>
> DEPOENTE: Certo.
>
> MP: O senhor não conversou com ele, nunca tocou no assunto do acidente com ele?
>
> DEPOENTE: Inclusive ele trabalhava conosco né.
>
> MP: E depois disso o que aconteceu?
>
> DEPOENTE: Não, depois ele trabalhou mais uns 20 ou 30 dias, mas estava um clima muito pesada, então dispensaram, acho que ele pediu a conta.
>
> MP: O senhor culpa o Rodrigo pela morte da sua filha?
>
> DEPOENTE: Não, porque eu acho que foi mais uma fatalidade. [...] (f. 154).
>
> MP: [...] Depois disso o senhor conversou com o Rodrigo e teve o mesmo relacionamento com ele?
>
> DEPOENTE: Não, depois disso a gente acabou se afastando, conversamos alguns dias depois e tal, mas o período acabou passando então mantivemos mais contato né.
>
> MP: Ele se sentia culpado pelo acidente?
>
> DEPOENTE: Assim, o relacionamento que, quando eu encontrei ele foi logo os dias depois do velório, enterro, tal. Ele estava, assim, bem transtornado.
>
> [...]
>
> DEFESA: Pelo que o seu pai disse parece que ele trabalhou na firma da família.
>
> DEPOENTE: Isso. (f. 159)

Portanto, preenchidos os requisitos para a concessão do benefício previsto no art. 107, IX, do Código Penal, deve ser reconhecido o direito do apelante à extinção de punibilidade, visto que as consequências do evento o atingiram emocionalmente de forma tão grave que dispensável a sanção penal.

Diante do exposto, conheço do recurso e, com o parecer, dou-lhe provimento para conceder o benefício do perdão judicial ao apelante, declarando a extinção da punibilidade, nos termos do art. 107, IX, do Código Penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, PROVERAM O RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Ruy Celso Barbosa Florence, Carlos Eduardo Contar e Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 28 de junho de 2012.

***

Segunda Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 2012.017835-5 - Paranaíba
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – FIANÇA – RÉU POBRE – NÃO PAGAMENTO – AUSENTES OS REQUISITOS DA PRISÃO PREVENTIVA – NECESSIDADE DE CONCESSÃO DA ORDEM.

Ausentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, deve essa ser relaxada, independentemente do pagamento de fiança, mormente quando há indícios nos autos que o paciente possui insuficiência de recursos financeiros, não obstante estar representado por advogado particular.

Liminar confirmada. Ordem concedida, em parte com o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conceder a ordem.

Campo Grande, 28 de junho de 2012.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Luiz Henrique Garcia Ferreira impetra ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de **Gilsimar Gonçalves da Silva**, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara Criminal da comarca de Paranaíba.

Em síntese, verifica-se que o paciente foi preso em flagrante no dia 20 de maio de 2012 (f. 15-16), acusado da prática do delito de embriaguez ao volante, previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, tendo sido arbitrada, pelo delegado, fiança no valor de R$ 2.488,00.

O Ministério Público Estadual, à f. 17, declarou ciência do flagrante e opinou não se tratar de caso de prisão preventiva.

A autoridade coatora, reduziu, então, em 50% o valor da fiança arbitrada, restando essa fixada em R$ 1.244,00.

Manejou-se pedido de concessão de liberdade provisória sem pagamento de fiança (não colacionado aos autos), o qual foi indeferido (f. 21) ao argumento de que a questão já havia sido decidida nos autos de prisão em flagrante, em que foi concedida a liberdade provisória e reduzido o valor da fiança em 50%.

Ocorre que, segundo alega o impetrante, além de não existirem motivos que amparem a prisão, o paciente está desempregado e não tem como pagar a fiança, nem mesmo após a diminuição efetuada pelo magistrado singular.

Motivos pelos quais, pugnou pela concessão liminar da ordem, com a respectiva expedição de alvará de soltura em favor do paciente, independentemente do pagamento da fiança, ou, caso não seja esse o entendimento, para que seja diminuído o seu valor ao patamar legal mínimo, com a redução prevista no § 1º, inciso II, do art. 325, do CPP. Ao final, pela concessão definitiva da ordem.

A liminar foi deferida às f. 23-24.

Informações da autoridade coatora foram prestadas às f. 30-31.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina, em seu parecer lançado às f. 39-42v, pela concessão parcial da ordem, no sentido de se reduzir o valor fixado a título de fiança para o montante de um salário mínimo, sem qualquer outra redução.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Relator)

Trata-se de *HABEAS CORPUS*, com pedido de liminar, impetrado pelo Advogado Luiz Henrique Garcia Ferreira (OAB-MS 14.381), em favor de **Gilsimar Gonçalves da Silva**, apontando como autoridade coatora o MM. Juiz de Direito da Vara Criminal de Paranaíba.

Em síntese, verifica-se que o paciente foi preso em flagrante no dia 20 de maio de 2012 (f. 15-16), acusado da prática do delito de embriaguez ao volante, previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, tendo sido arbitrada pelo delegado fiança no valor de R$ 2.488,00.

O Ministério Público Estadual, à f. 17, declarou ciência do flagrante e opinou não se tratar de caso de prisão preventiva.

A autoridade coatora, reduziu em 50% o valor da fiança arbitrada, restando essa fixada em R$ 1.244,00.

Manejou-se pedido de concessão de liberdade provisória sem pagamento de fiança (não colacionado aos autos), o qual foi indeferido (f. 21) ao argumento de que a questão já havia sido decidida nos autos de prisão em flagrante, em que foi concedida a liberdade provisória e reduzido o valor da fiança em 50%.

Ocorre que, segundo alega o impetrante, além de não haver motivos que amparem a prisão, o paciente está desempregado e não tem como pagar a fiança, nem mesmo após a diminuição efetuada pelo magistrado singular.

Motivos pelos quais, pugnou pela concessão liminar da ordem, com a respectiva expedição de alvará de soltura em favor do paciente, independentemente do pagamento da fiança, ou, caso não seja esse o entendimento, para que seja diminuído o seu valor ao patamar legal mínimo, com a redução prevista no § 1º, inciso II, do art. 325, do CPP. Ao final, pela concessão definitiva da ordem.

A ordem deve ser concedida, pelos próprios motivos lançados no deferimento da liminar.

Das cópias da Carteira de Trabalho do paciente, acostadas às f. 11-12 dos autos, verifica-se que esse não possui condições financeiras para arcar com o valor de fiança arbitrado, porquanto está desempregado desde março de 2011, quando saiu de seu último emprego de auxiliar de agricultura, função pela qual recebia o salário no valor de R$ 600,00.

Assim, como se trata de paciente com insuficiência de recursos, afigura-me abusivo condicionar a sua liberdade provisória ao pagamento de fiança, mesmo no valor legal mínimo, porquanto a segregação cautelar é medida extrema que deve ser aplicada excepcionalmente e com toda cautela, como instrumento de *ultima ratio*, observando-se o preenchimento dos requisitos do *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis,* previstos nos artigos 312 e 313 do CPP, estando, este último, aparentemente ausente no caso em tela, que se se refere a crime de trânsito.

Ademais, como se sabe, a fiança pode ser dispensada se assim recomendar a situação financeira preso, nos termos do art. 325, § 1º, I, c/c arts. 350, 327 e 328 do Código de Processo Penal, os quais valem ser reproduzidos:

> Art. 325. O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder nos seguintes limites: [...]
>
> § 1‘ Se assim recomendar a situação econômica do preso, a fiança poderá ser:
>
> I - dispensada, na forma do art. 350 deste Código;
>
> Art. 350. Nos casos em que couber fiança, o juiz, verificando a situação econômica do preso, poderá conceder-lhe liberdade provisória, sujeitando-o às obrigações constantes dos arts. 327 e 328 deste Código e a outras medidas cautelares, se for o caso.
>
> Art. 327. A fiança tomada por termo obrigará o afiançado a comparecer perante a autoridade, todas as vezes que for intimado para atos do inquérito e da instrução criminal e para o julgamento. Quando o réu não comparecer, a fiança será havida como quebrada.
>
> Art. 328. O réu afiançado não poderá, sob pena de quebramento da fiança, mudar de residência, sem prévia permissão da autoridade processante, ou ausentar-se por mais de 8 (oito) dias de sua residência, sem comunicar àquela autoridade o lugar onde será encontrado.

Importante anotar que, o não pagamento da fiança e a assistência por advogado particular não são óbices para o afastamento da segregação cautelar, mormente quando a própria autoridade coatora assevera que não estão presentes os requisitos da preventiva.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

> *HABEAS CORPUS.* FURTO. LIBERDADE PROVISÓRIA DEFERIDA. FIANÇA NÃO PAGA. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ORDEM CONCEDIDA.
>
> 1. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, toda custódia imposta antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória exige concreta fundamentação, nos termos do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal.
>
> 2. Se o próprio magistrado de primeiro grau reconheceu não estarem presentes os requisitos que autorizam a segregação cautelar, o não pagamento da fiança arbitrada, por si só, não justifica a preservação da custódia. Trata-se de réu juridicamente pobre e de delito de furto simples, cuja pena mínima cominada é de 1 (um) ano de reclusão.

3. Ordem concedida para, confirmando a liminar, garantir a liberdade provisória ao paciente, independentemente do pagamento de fiança.

(HC 113.275/PI, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 21/02/2011)

Diante do exposto, em parte com o parecer, confirmo a liminar concedida e concedo a ordem, dispensando o paciente do pagamento da fiança arbitrada, com base no art. 325, § 1º, I, combinado com o art. 350, ambos do Código de Processo Penal, concedendo-lhe a liberdade provisória, porém aplicando-lhe, além das medidas dos arts. 327 e 328, do CPP, a restrição prevista no art. 319, II do CPP, qual seja: *"proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações",* devendo o paciente abster-se de frequentar bares, boates, casas noturnas e congêneres.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONCEDERAM A ORDEM.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Ruy Celso Barbosa Florence, Carlos Eduardo Contar e Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 28 de junho de 2012.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação n. 0022463-40.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – DANO QUALIFICADO (PATRIMÔNIO PÚBLICO) – INSURGÊNCIA MINISTERIAL – ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO COM BASE NO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – ACERTO – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO IMPROVIDO.

O direito penal não deve se ocupar com insignificâncias.

Desatendido o princípio da ofensividade, resta afastada a tipicidade material da conduta delitiva, pouco importando se o dano foi cometido contra patrimônio público, cuja condição, por si só, não é suficiente para afastar a irrelevância jurídica do resultado.

Se a matéria foi devidamente discutida e decidida, não é necessária a manifestação expressa sobre cada um dos dispositivos invocados, para fins de prequestionamento, senão sobre aqueles necessários para o desfecho da controvérsia.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, improver o recurso.

Campo Grande, 3 de setembro de 2012.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Ministério Público Estadual interpôs Recurso em Sentido Estrito (f. 57-61), que foi recebido como *APELAÇÃO CRIMINAL* (f. 63-64), contra a sentença (f. 53-55) prolatada pelo juiz da 1ª Vara Criminal de Campo Grande, nos autos de n. 0022463-40.2011.8.12.0001, que sumariamente absolveu Welington Olmedo dos Santos da prática do delito tipificado no art. 163, parágrafo único, III, do Código Penal (dano qualificado contra patrimônio público) e, em relação ao crime de desacato (art. 331 do CP), determinou a remessa dos autos a uma das Varas do Juizado Especial Criminal, em observância aos arts. 60 e 61 da Lei 9.099/95, c/c art. 383, 2º, do Código Penal.

Alega, em síntese, que *"somente a ausência de ofensa ao patrimônio alheio não é suficiente para considerar uma conduta como atípica. Para isso, necessário também que a conduta não cause lesão à ordem jurídica"*.

Assim sendo, não poderia o magistrado singular ter rejeitado a denúncia alicerçando-se no princípio da insignificância, pois este, segundo entende, não seria aplicável em razão de se tratar de dano contra patrimônio público.

Pede a reforma da sentença para que a denúncia seja recebida e, consequentemente, processado o acusado Welington Olmedo dos Santos como incurso nas penas do art. 331 e 163, parágrafo único, III, ambos do CP.

Contrarrazões (f. 67-72) pelo não provimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer lançado às f. 82-86, opina pelo conhecimento e provimento do Apelo. Pede a manifestação expressa acerca do preceito normativo do art. 163, parágrafo único, III, do Código Penal, para fins de prequestionamento da matéria.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Cuida-se de Recurso em Sentido Estrito (f. 57-61), recebido como *APELAÇÃO CRIMINAL* (f. 63-64), de manejo do **Ministério Público Estadual** contra a sentença (f. 53-55) prolatada pelo juiz da 1ª Vara Criminal de Campo Grande, nos autos de n. 0022463-40.2011.8.12.0001, movida em face Welington Olmedo dos Santos.

Num breve resumo, o réu foi denunciado por ter, em tese, **1)** danificado um poste de iluminação pública de propriedade do Quartel do Corpo de Bombeiros Militares/MS causando-lhe o prejuízo de R$ 150,00 e **2)** desacatado os Policiais Militares Geraldo Francisco Rosa e Nilton Marques Ferreira Júnior, no exercício de suas funções.

O magistrado singular, absolveu sumariamente Welington Olmedo dos Santos da prática do delito tipificado no art. 163, parágrafo único, III, do Código Penal (dano qualificado contra patrimônio público) e, em relação ao crime de desacato (art. 331 do CP), determinou a remessa dos autos a uma das Varas do Juizado Especial Criminal, em observância aos arts. 60 e 61 da Lei 9.099/95, c/c art. 383, 2º, do Código Penal.

Irresignado com sentença, o Ministério Público Estadual interpôs Recurso em Sentido Estrito, o qual foi recebido como Apelação Criminal, ponderada fungibilidade recursal.

Alega, em síntese, que *"somente a ausência de ofensa ao patrimônio alheio não é suficiente para considerar uma conduta como atípica. Para isso, necessário também que a conduta não cause lesão à ordem jurídica"*.

Assim sendo, não poderia o magistrado singular ter rejeitado a denúncia alicerçando-se no princípio da insignificância, pois este, segundo entende, não seria aplicável em razão de se tratar de dano contra patrimônio público.

Pede a reforma da sentença para que a denúncia seja recebida e, consequentemente, processado o acusado Welington Olmedo dos Santos como incurso nas penas do art. 331 e 163, parágrafo único, III, ambos do CP.

Contrarrazões (f. 67-72) pelo não provimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer lançado às f. 82-86, opina pelo conhecimento e provimento do Apelo. Pede a manifestação expressa acerca do preceito normativo do art. 163, parágrafo único, III, do Código Penal, para fins de prequestionamento da matéria.

Insubsistente o recurso.

Agiu com acerto o magistrado *a quo* ao aplicar o princípio da insignificância para absolver sumariamente o apelado, devendo permanecer incólume a sentença que foi plasmada nos seguintes termos:

> No caso dos autos, paira sob o denunciado a acusação de que ele teria praticado o delito de dano ao patrimônio Público, ao tentar quebrar um poste de iluminação Pública, avaliado em R$ 150,00 (cento e cinquenta reais), bem como, desacatou os policiais que tentaram impedi-lo.
>
> Contudo, a conduta do acusado é penalmente irrelevante, eis que a quantia de R$ 150,00 (cento cinquenta reais) é inexpressiva, incapaz de lesar, de forma considerável, o patrimônio da vítima, entendimento do princípio da insignificância, que preceitua que não é finalidade do Estado encher cadeias por condutas sem maior significância, que não colocariam em risco a sociedade, consagrando os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima.
>
> [...] no caso dos autos, o dano, no valor de R$ 150,00, embora se amolde à definição jurídica do tipo penal, não ultrapassa o exame da tipicidade material, mostrando-se desproporcional a imposição de pena privativa de liberdade, uma vez que a ofensividade da conduta se mostrou mínima.
>
> Além do mais, não houve nenhuma periculosidade social da ação, a reprovabilidade do comportamento do acusado foi de grau reduzido e a lesão ao bem jurídico se revelou inexpressiva, de modo que sua absolvição, é medida que se impõe.
>
> Diante do exposto, julgo parcialmente improcedente a denúncia para absolver sumariamente Welington Olmedo dos Santos já qualificado nos autos, da prática do delito tipificado no art. 163, parágrafo único, III, ambos, do Código Penal.
>
> Em relação do crime de desacato previsto no art. 331, do Código Penal, por se tratar de crime de menor potencial ofensivo, vez que comina pena máxima de 02 (dois) anos de detenção, e, em observância ao que dispõe os art. 60 e art. 61 da Lei 9.099/95, c/c art. 383, § 2º do Código de Processo Penal, remetam-se os autos a uma das Varas do Juizado Especial Criminal.

O princípio da insignificância, embora não previsto formalmente em lei, constitui causa supralegal de exclusão da tipicidade penal da conduta e decorre dos postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Direito Penal, agregando conteúdo valorativo às normas penais incriminadoras, devendo o julgador excluir de suas incidências aquelas condutas de ínfima importância, porquanto, conforme já advertiu o Desembargador Amilton Bueno de Carvalho, "o direito penal não deve se ocupar com insignificâncias" (Apelação Crime Nº 70029961182, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Julgado em 03/06/2009).

No caso dos autos, trata-se de dano a poste de iluminação que foi avaliado (f. 28) em apenas R$ 150,00 (cento e cinquenta reais), não havendo falar em afastamento do princípio bagatelar pelo simples fato de ser bem público, visto que, em concreto, a conduta permanece irrelevante, de mínima ofensividade, que poderia muito bem ser resolvido em outras esferas que não a penal, a qual não se incumbe a tutela de miudezas. É o que entende a jurisprudência mais abalizada e norteada pelos princípios penais constitucionais, senão veja-se:

> APELAÇÃO CRIMINAL. DANO QUALIFICADO. PATRIMÔNIO PÚBLICO. INSIGNIFICÂNCIA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA.
>
> Princípio da insignificância. Possibilidade. ***O fato de o dano ter sido praticado contra patrimônio público não impede o reconhecimento do crime bagatelar*** e,

> consequentemente, a aplicação do princípio da insignificância, como excludente de tipicidade. Este, por sua vez, pressupõe, além do valor do resultado, o desvalor da conduta, analisando as circunstâncias do fato, a conduta do agente, a intensidade do dano causado à vítima e a repercussão social do fato. Assim, para que seja aplicado este princípio, necessário que o fato mostre ser irrelevante penalmente.
>
> Incidente de uniformização de jurisprudência. Rejeição. É de ser rejeitado o incidente de uniformização de jurisprudência, pois os fundamentos lançados na r. sentença são sólidos e encontram justificativa nas circunstâncias do caso, consagrando o princípio do livre convencimento fundamentado do juiz. À unanimidade negaram provimento ao apelo ministerial. (Apelação Crime Nº 70028827814, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mario Rocha Lopes Filho, Julgado em 26/03/2009).

Nesse diapasão, analisando a conduta do agente (diminuta reprovabilidade), a intensidade do dano (pequena) causado à vítima (Estado) e a repercussão social do fato (nenhuma), é hialina a atipicidade material da conduta praticada pelo apelado, sendo descabido pretender-se condená-lo, ou mesmo processá-lo, pelo crime de dano, previsto no art. 163, parágrafo único, III, do Código Penal, somente pelo fato de se tratar de bem público.

Por fim, quanto ao prequestionamento, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça tem firme posicionamento no sentido de que o órgão julgador não é obrigado a se manifestar sobre todos os pontos alegados pelas partes, tampouco a mencionar o seu posicionamento sobre todos os dispositivos que se alegou terem sido violados, senão, e somente se, sobre aqueles que entender necessários para o julgamento da causa, de acordo com seu livre convencimento motivado, em observância ao art. 93, IX, da Constituição da República. (REsp 902.010/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/11/2008, DJe 15/12/2008).

Diante do exposto, contra o parecer, nego provimento à Apelação Criminal interposta pelo Ministério Público Estadual, mantendo inalterada a sentença que absolveu Welington Olmedo dos Santos da prática do delito tipificado no art. 163, parágrafo único, III, do Código Penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, IMPROVERAM O RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Romero Osme Dias Lopes e Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 03 de setembro de 2012.

***

NOTICIÁRIO

Revista Trimestral de Jurisprudência
TJMS



Tribunais firmam cooperação para análise de recursos repetitivos - 03/07/2012



Um termo de cooperação, uma espécie de protocolo que padroniza o trâmite dos recursos repetitivos nos tribunais federais e estaduais. Este foi o resultado de dois dias de trabalho em Brasília (DF), na última semana, quando o Des. João Batista da Costa Marques, vice-presidente do TJMS, esteve no Superior Tribunal de Justiça (STJ) para um encontro, onde se discutiu o tema.

O juiz auxiliar da vice-presidência, Paulo Afonso de Oliveira, que acompanhou o desembargador no evento realizado na capital do país, explicou que antes do evento os tribunais estaduais e os tribunais regionais federais enviaram cada qual sua regulamentação sobre os recursos repetitivos, para o STJ, facilitando assim o prévio conhecimento da matéria e posterior discussões.

"Dos tribunais brasileiros, quatro apontaram estar em fase de regulamentação; dois não tinham propostas de regulamentação e o restante já tinha suas normas para o assunto. Foram discutidos e analisados 13 artigos em um texto que ressalta a necessidade de serem selecionados recursos que possuam viabilidade de apreciação do mérito, com preferência para os que permitam o debate mais abrangente e resolução do maior número de casos", disse o juiz auxiliar.

O encontro para discutir o tema foi proposto pelo presidente do STJ, ministro Ari Pargendler, que detectou a necessidade de convocar os tribunais visando identificar as dificuldades e discutir soluções para o assunto. Depois de quatro anos de vigência da Lei nº 11.672/08, conhecida como Lei de Recursos Repetitivos, ainda é possível verificar que não existe regulamentação unificada para o tema.

Não se pode esquecer que o processamento dos repetitivos produz forte impacto nos tribunais, pois, uma vez identificado um recurso representativo de controvérsia, fica suspenso o trâmite de todos os recursos sobre o mesmo tema, tanto nos tribunais de segunda instância quanto no STJ.

De acordo com o Des. João Batista, a principal dificuldade apontada nos dois dias de trabalho foi a comunicação sobre os repetitivos. "Quando um tribunal envia ao STJ um recurso representativo de controvérsia, todos os outros tribunais devem ser avisados para que os processos com o mesmo tema sejam sobrestados. No final, a decisão valerá para todos", apontou o vice-presidente do TJMS.

O juiz Paulo Afonso esclareceu ainda que, para resolver essa questão, os participantes sugeriram a criação de um fórum de discussão, em que cada tribunal teria um representante. "O grupo poderá definir o melhor recurso representativo de controvérsia, encaminhando ao STJ um recurso bem aparelhado, com a maior abrangência possível", completou ele.

E mais: pelo acordo, o exame de admissibilidade ficará mais eficiente se aprovada sessão virtual. "Ao receber um recurso repetitivo, o relator analisará questões como tempestividade, preparo e exaurimento de

instância e posteriormente submeterá seu entendimento de admissibilidade aos demais membros do fórum. Caso o recurso não seja admitido pelo STJ, o tribunal de origem será responsável por selecionar um ou mais recursos especiais aptos, que tratem da mesma questão", finalizou Paulo Afonso.

O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul seguirá o acordo firmado no encontro.

Autoria do Texto: Secretaria de Comunicação Social TJMS - imprensa@tjms.jus.br

Processos em segundo grau serão eletrônicos a partir do dia 23 - 19/07/2012



A próxima segunda-feira (23) será um dia que marcará a história do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul, data em que será lançado o processo digital no Tribunal de Justiça. A novidade foi anunciada pelo Des. João Batista da Costa Marques, vice-presidente do TJMS, ao final da sessão do Órgão Especial, presidida por ele, nesta quarta-feira.

"Comunico aos eminentes pares que a partir de segunda-feira será colocado em produção o SAJ SG5, que contempla a utilização do processo eletrônico em segunda instância, ou seja, adentraremos ao processo virtual. Todos os processos de competência originária passarão a ser processados de forma digital, com peticionamento pela internet e certificação digital, acabando com o papel", disse ele.

De acordo com o vice-presidente, além dos feitos originários como mandado de segurança, agravo, habeas corpus, habeas datas, revisão criminal, ação rescisória, etc, todos os feitos que atualmente tramitam eletronicamente em primeiro grau, passam a ser remetidos eletronicamente e distribuídos de igual forma no Tribunal de Justiça, gerando uma agilização de procedimentos (remessa, recebimento, classificação, distribuição e conclusão ao relator) nunca antes experimentada no Poder Judiciário Estadual.

"Todos os dados do atual SAJ SG3 serão migrados para o SAJ SG5 – eletrônico, a partir desta sexta-feira (20) e, na próxima semana, o Poder Judiciário de MS entra em contagem regressiva para, até o final de 2012, tornar-se o judiciário estadual mais moderno do Brasil, com todas as comarcas e o Tribunal de Justiça processando seus feitos de forma eletrônica", comemorou o Des. João Batista.

Migração - Com o lançamento do processo digital no TJMS, todas as novas ações, os novos processos tramitarão no formato digital e deverão ser peticionados eletronicamente. Não se pode esquecer que o processo eletrônico já é rotina em 76% das 54 comarcas do Estado.

Este tipo de tramitação é uma prática recente na história do judiciário nacional, com a edição da Lei 11.419/2006, que trata da informatização do processo judicial. Além de permitir o uso do meio eletrônico na tramitação de processos, a lei também permitiu o envio de petições por meio eletrônico mediante uso de assinatura digital, além da prática dos demais atos processuais por meio eletrônico.

O diretor da Secretaria de Tecnologia da Informação do TJMS, Alexandre Rosa Camy, explica que apenas os processos já existentes na Secretaria do TJMS continuarão físicos e ele acredita que em um ano, todos os processos do 2º grau serão eletrônicos.

"Os novos processos, que entrarem no Tribunal de Justiça, a partir do dia 23, serão digitais. Os processos que vierem em grau de recurso deverão vir no formato eletrônico, devido à integração com o primeiro grau. Os processos originários no segundo grau já nascerão eletrônicos", ressalta ele.

A implantação do processo digital só é possível com a instalação do SAJ SG5, sistema que permite a tramitação eletrônica. No segundo grau, o trabalho começou em novembro de 2011, com as Turmas Recursais e no TJMS, a implantação do sistema vem sendo feita desde março. No período foram feitas as configurações do sistema, preparados os fluxos de trabalho e a integração com o procedimento de 1° grau, além da migração de dados, distribuição de equipamentos, apresentações e treinamentos.

Para trabalhar com o processo digital, a administração do TJMS realizou reuniões explicativas sobre a nova tecnologia para desembargadores, servidores, além dos membros da OAB/MS, do Ministério Público Estadual, da Defensoria Pública e da Procuradoria-Geral do Estado.

O presidente do Comitê Gestor de Informática do Poder Judiciário de MS, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, revela a expectativa de que o TJMS entre na vanguarda, tornando-se o primeiro tribunal estadual com tramitação exclusivamente eletrônica de processos.

De acordo com Luiz Tadeu, o novo formato de tramitação de processos foi bem aceito na 2ª instância. "Todos os desembargadores reconhecem que a informatização do judiciário é um caminho sem volta e apoiam a iniciativa de digitalizar o 2º grau da justiça sul-mato-grossense".

Repercussão – Importante ressaltar que, a exemplo dos processos digitais de 1º grau e nos juizados especiais, os advogados usarão o certificado digital para peticionar eletronicamente no Tribunal de Justiça.

Advogado há cinco anos e muito respeitado nos meios jurídicos, Ademilson da Silva Oliveira acredita que não terá grandes problemas com o novo sistema, pois desde que o processo digital foi implantado em 1º grau em Campo Grande, procurou se adaptar à tecnologia. "Todo começo acaba sendo difícil, com algumas adaptações a serem feitas. Como na primeira instância já passei por isso, tive dificuldades, hoje não mais", esclareceu.

Ademilson lembra das dificuldades iniciais, mas relata que todas foram sanadas rapidamente. "Os problemas que tive foram resolvidos porque o Tribunal de Justiça tem sido bastante ágil na solução", diz. Para ele, o processo digital tornará a justiça estadual moderna, de vanguarda, alavancando os profissionais e escritórios nesse progresso.

O advogado vê na iniciativa do Poder Judiciário uma tendência a ser seguida pelos escritórios de advocacia. Ele conta que no local onde trabalha todos os processos já são digitalizados e cada cliente possui uma pasta contendo as peças. "A digitalização já é uma prática nossa".

Uma das grandes vantagens da adoção do processo eletrônico é a extinção do chamado "tempo morto" do processo. O feito digital garante celeridade nas ações e o serviço se torna menos braçal, pois atividades como juntadas de documentos, carga dos autos, numeração de páginas e colocação de capas nos processos são eliminadas e os servidores encarregados destas funções podem se dedicar a trabalhos mais técnicos, garantindo assim um andamento mais rápido dos processos.

Portaria - O Diário da Justiça desta quinat-feira (19) traz a Portaria nº 386, que suspende os prazos processuais na Secretaria do Tribunal de Justiça no dia 20 de julho de 2012 (sexta-feira).

Autoria do Texto: Secretaria de Comunicação Social TJMS - imprensa@tjms.jus.br

Poder Judiciário de MS implanta processo digital em 2º Grau - 23/07/2012

Começa nesta segunda-feira (23) a tramitação e o peticionamento eletrônicos em segundo grau na justiça estadual de Mato Grosso do Sul. A data muda na história do Poder Judiciário toda uma rotina de trabalho, ingressando na esfera do Tribunal de Justiça o processo digital.

Para o Des. Vladimir Abreu da Silva, membro do Comitê Gestor de Informática do Poder Judiciário de MS, a expectativa é que a digitalização traga agilidade e racionalização à tramitação dos processos, evitando assim o retrabalho. Ele explica que antes, ao ingressar com uma ação em 1º Grau, as partes eram cadastradas quando do recebimento da petição inicial no cartório, e quando havia o recurso, os autos (físicos) vinham por malote para o TJMS, havendo a necessidade de novo cadastramento das partes, desta vez em segunda instância.

Agora, conforme o desembargador, nos feitos digitais, ao chegar em grau de recurso, não haverá o retrabalho, pois já estarão prontos para serem despachados, com todas as partes e informações devidamente cadastradas.

O Coordenador de Sistemas de Segunda Instância, Rodrigo Cavalari Ferreira Brandão, explica que apenas os processos já existentes na Secretaria do TJMS continuarão físicos. "Os novos processos, que derem entrada no TJ, a partir desta data, serão digitais. Os processos que vierem em grau de recurso das comarcas que já são digitais deverão vir no formato eletrônico, em razão da integração com o sistema em primeiro grau. Os processos que vierem em grau de recurso, de comarcas que ainda não são digitais, serão digitalizados no Tribunal. Os processos originários no segundo grau já nascerão eletrônicos".

Para o desembargador Vladimir, "haverá mais rapidez na tramitação dos feitos, já que as informações estarão todas cadastradas no sistema; redução de custos, pois com a experiência com a economia de gastos, será exigido um número menor de servidores para dar andamento aos autos, podendo assim empregar os demais servidores para tramitar um número maior de processos".

Vladimir ressalta ainda a redução no trabalho "burocrático" dos processos. "O tempo que se gasta para juntar a petição, cadastrar as partes, fazer o lançamento das informações no sistema será reduzido consideravelmente".

Outro fator importante, destacado por ele, é a questão da transparência dos atos processuais para as partes. "A parte poderá fiscalizar a atuação do próprio advogado, a expedição de alvarás. Todos poderão fiscalizar seu processo", conclui.

A informatização permite o acesso via internet, a qualquer hora do dia, por todas as partes envolvidas, aos dados do processo. A tramitação digital ajuda no combate à morosidade, facilita o acesso à justiça e propicia mais publicidade dos atos processuais praticados, com a transmissão de informações em tempo real.

Peticionamento - Para o peticionamento das novas ações que ingressarem no TJMS, há a necessidade do uso de certificado digital pelos advogados públicos, privados e Ministério Público.

O uso da ferramenta, que possibilita assinar documentos eletronicamente, proporciona segurança, integridade dos dados, confiabilidade e transparência ao sistema processual eletrônico. Para os advogados, o certificado digital pode ser adquirido por intermédio da OAB/MS, com custo acessível.

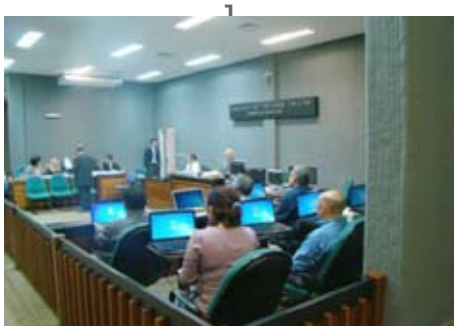
A petição pode ser feita diretamente por meio do portal e-SAJ, na página inicial do TJMS, de forma automática. Petição e documentos deverão ser encaminhados em formato PDF, por meio do software "PDF Creator", disponível para download no próprio Portal e-SAJ.

O SAJ-SG5, sistema que permite a tramitação eletrônica dos feitos, é ininterrupto e pode ser acessado 24 horas por dia, inclusive feriados e fins de semana, sem a necessidade de deslocamento até o TJMS. A distribuição digital leva de 15 a 20 minutos e o horário de funcionamento passa a ser das 6h às 23h, no horário oficial do Estado.

O diretor do Departamento de Sistemas Jurisdicionais, Antônio Rodrigues Filho, acredita que dentro de um ano e meio, todos os processos do 2º Grau serão eletrônicos. "Este tempo vai depender muito da estratégia da administração em se digitalizar o estoque de processos físicos", disse ele.

Autoria do Texto: Secretaria de Comunicação Social TJMS - imprensa@tjms.jus.br

Júri digital apresenta resultados positivos na Capital - 07/08/2012



No dia 02 de setembro de 2011, em caráter experimental, o Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul realizou, na 2ª Vara do Tribunal do Júri de Campo Grande, o primeiro júri totalmente digitalizado de que se tem conhecimento no país. O evento, que contou com a presença de várias autoridades e representantes da OAB/MS, foi amplamente divulgado, inclusive, em nível nacional, em razão da novidade.

Como era de se esperar, a novidade provocou reações de alguns operadores do direito adeptos ao modelo tradicional de julgamento, por acreditarem que os jurados teriam dificuldades no manuseio do computador, haveria prejuízo para o réu no seu julgamento, dando ensejo a nulidades.

No entanto, o juiz Aluizio Pereira dos Santos, titular da vara onde foi implantada a novidade, defende que a experiência deu certo porque não se confirmaram as preocupações. "Antes do sorteio, os jurados demonstram conhecimentos básicos de computadores necessários e a maioria domina o assunto, além disso, esses conhecimentos básicos passaram a ser requisito para admissão da inscrição dos interessados em exercer a função", explicou ele.

Assim, diante do sucesso do procedimento, o Tribunal de Justiça de MS disponibilizou sete notebooks para os jurados, que ficam sobre suportes e interligados no sistema, permitindo-lhes conforto e ampla visão do processo, facilidade de consultar as provas com apenas um toque digital, contribuindo com os trabalhos dos promotores de justiça, defensores públicos e advogados na apresentação de suas teses.

Na primeira sessão do júri digital do Brasil, o conselho de sentença julgou o caso do réu D.S.R., pronunciado no art. 121, §2º, incisos II e IV, do Código Penal (homicídio). De acordo com os autos, no dia 9 de janeiro de 2011, por volta das 5 horas, na Av. Coronel Antonino, em frente ao nº 2579, "Clube da Saudade," no bairro Coronel Antonino, em Campo Grande, D.S.R. atirou contra Rafael Silva de Almeida, matando-o. O réu foi condenado a 13 anos de reclusão, em regime fechado.

Na época, o promotor Douglas Oldegardo abriu sua fala, na sessão de julgamento, agradecendo mais esta iniciativa do juiz Aluízio, que se tornou referência nacional em consequência de sua postura inovadora e pioneira. "*A magistratura brasileira tira proveito de suas iniciativas, tornando-o referência. O júri digital certamente será um caminho sem volta, pois a tecnologia imprimirá mais celeridade. (...). Registro o apoio incondicional do Ministério Público a esta iniciativa, pioneira na justiça nacional. V. Excia, mais uma vez, trata o povo de Campo Grande com o respeito merece*", disse ele.

Um ano depois, na avaliação do juiz da 2ª Vara do Tribunal do Júri - que recebeu Moção de Congratulação da Assembleia Legislativa em consequência da iniciativa - a experiência tornou-se definitiva.

"Não tem mais como retornar ao secular, oneroso e ambientalmente desaconselhado processo de papel. Os demais tribunais do país deveriam estender a metodologia às sessões dos júris, afastando a ideia preconcebida de que os jurados, por serem leigos, não dominam o que a tecnologia oferece de mais moderno", garantiu o juiz.

Importante lembrar que os acompanhamentos de processos pelo meio digital antes somente eram vistos nas Cortes Superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), hoje são realidade nos julgamentos populares de Campo Grande.

Autoria do Texto: Secretaria de Comunicação Social TJMS - imprensa@tjms.jus.br

Juiz Marcos Brito é o novo desembargador de MS - 05/09/2012

Na sessão desta quarta-feira (5), os desembargadores do Tribunal Pleno votaram o concurso de promoção, por merecimento, para desembargador do TJMS, na vaga deixada pelo Des. Paulo Alfeu Puccinelli, que se aposentou em agosto.

Assim, o juiz Marcos José de Brito Rodrigues, que desde a segunda quinzena de abril atua junto à 2ª Câmara Cível e 1ª Seção Cível, é o mais novo desembargador do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul.

Na lista tríplice figuraram também os juízes Luiz Gonzaga Mendes Marques e Marcelo Câmara Rasslan. A solenidade de posse será no dia 19 de setembro.

Perfil - Nascido em Campo Grande e formado em Direito pela antiga FUCMT, ingressou na magistratura em dezembro de 1988 e em maio de 1989, por antiguidade, foi promovido para a Comarca de Rio Brilhante. Em agosto de 1991, por merecimento, foi promovido para a 1ª Vara de Ivinhema – comarca onde atuou também na Direção do Foro.

Em abril de 1999, o juiz foi promovido por antiguidade para judicar na 2ª Vara Criminal de Dourados. Em setembro do mesmo ano, a pedido, foi removido para o cargo de juiz auxiliar da Capital.

Em dezembro de 2000, por permuta, foi removido da 6ª Vara Cível para a 2ª Vara de Família e Sucessões de Campo Grande. Atuou também como integrante das Turmas Recursais, nos Juizados Especiais e foi diretor do Foro da Capital por duas vezes.

Em março de 2009, titularizou a Vara de Sucessões de Campo Grande e, em julho de 2010, foi designado para ser juiz auxiliar da Vice-Presidência do Tribunal de Justiça. Em maio de 2011, por designação, tornou-se juiz auxiliar da Presidência do TJMS até abril de 2012, quando passou a atuar como desembargador em substituição.

Questionado sobre as novas responsabilidades que assumirá como desembargador, ele garantiu não estranhar, pois já atua na mais alta corte da justiça de MS desde abril, como juiz convocado. “Continua tudo como antes. A intenção é trabalhar, trabalhar e trabalhar”, disse ele.

Autoria do Texto: Secretaria de Comunicação Social TJMS - imprensa@tjms.jus.br

Campo Grande deve realizar júri por teleconferência em novembro - 13/09/2012

Depois do ineditismo de lançar o primeiro júri digital, a justiça sul-mato-grossense deve realizar no mês de novembro o primeiro júri por teleconferência do país. No início deste mês de setembro os juízes das duas varas do tribunal do júri de Campo Grande, Alexandre Ito e Aluízio Pereira dos Santos, em parceria com o presidente da Comissão de Advogados Criminalistas da OAB/MS, Luiz Carlos Saldanha Rodrigues Junior, encaminharam para o Tribunal de Justiça um ofício solicitando a instalação de uma linha de teleconferência no plenário do júri.

A ideia partiu do juiz Aluízio que, observando o uso da tecnologia em universidades e centro de formações, começou a projetar um uso para os júris. Com isso, explica o juiz, será possível a participação de grandes advogados criminalistas nos julgamentos da Capital, isto porque, com o apoio da OAB, os defensores poderão usar os terminais de teleconferência da ordem para atuarem no Júri em Campo Grande.

A estrutura foi primeiramente pensada da seguinte forma: o réu poderá ter um advogado presente, e um ou mais por teleconferência. Desse modo, o advogado pode sustentar sua tese de qualquer lugar do país e do mundo, tudo pela internet, em tempo real. O primeiro teste quanto à viabilidade do uso da tecnologia para a realização de júris populares deve ocorrer em novembro.

Outro ponto destacado pelo juiz é o ganho em agilidade no andamento processual, isto porque muitos júris são adiados em razão do advogado de defesa estar fora da comarca, com o uso da teleconferência, basta a presença de um advogado de defesa no julgamento, e o titular pode apresentar sua tese de onde estiver, por meio da tecnologia que transmite imagem e som em tempo real. Além disso, os próprios advogados podem contar com o auxílio de outros profissionais durante a defesa em plenário de julgamento.

A tecnologia de videoconferência o Tribunal de Justiça já possui, basta a implantação dos equipamentos no Fórum. Hoje, o TJMS possui mais de 20 terminais de videoconferência de alta tecnologia que são utilizados para outras atividades no judiciário como cursos e capacitações.

Autoria do Texto: Secretaria de Comunicação Social TJMS - imprensa@tjms.jus.br

Justiça Restaurativa completa dois anos de implantação em MS - 27/09/2012



Setembro é um mês especial para a equipe da Coordenadoria da Infância e Juventude de MS, que comemora dois anos de implantação oficial da Justiça Restaurativa. A Resolução nº 569, de 22 de setembro de 2010, que instituiu o Programa de Atendimento da Justiça Restaurativa (PAJUR) no Poder Judiciário de MS foi publicada no Diário da Justiça de 24 de setembro de 2010.

Desde então, a proposta vem sendo executada na Capital e implantada em diferentes comarcas do interior. A prática foi implantada pelo Coordenador da Infância, Des. Joenildo de Sousa Chaves, e executada pelo juiz Danilo Burin, na época titular da Vara da Infância e da Juventude de Campo Grande. Nos dias atuais, o juiz Roberto Ferreira Filho responde pela Vara e é um dos defensores da prática.

A Justiça Restaurativa consiste em promover um novo modelo de justiça voltado para as relações prejudicadas por situações de violência, que envolvem o autor do ato infracional e a vítima, seus familiares, a comunidade e, ao mesmo tempo, valoriza a autonomia e o diálogo, e cria oportunidades para que as pessoas envolvidas no conflito conversem e entendam a real causa do problema, a fim de restaurar a harmonia e o equilíbrio entre todos.

A finalidade da Justiça Restaurativa é proporcionar maior efetividade em relação às medidas socioeducativas no juizado da Infância e Juventude e na justiça comum, contribuir com a garantia dos direitos humanos do autor do ato infracional e da vítima, seus familiares e a comunidade, bem como promover a cultura pela paz social. Importante lembrar que uma das premissas da justiça restaurativa é a substituição da punição do infrator pela restauração da relação entre as partes. Em razão do esforço para distribuir justiça e, ao mesmo tempo, fomentar a paz social, o Des. Joenildo de Sousa Chaves foi homenageado na Assembleia Legislativa, na última quarta-feira (19), e recebeu o troféu Cultura da Paz. Joenildo teve seu trabalho reconhecido à frente da implantação da Justiça Restaurativa nas Escolas.

A modalidade Justiça Restaurativa nas Escolas, implantada recentemente em Campo Grande, visa conscientizar e oferecer instrumentos que permitam a criação de ambientes seguros para crianças e adolescentes, por meio de encontros com a comunidade, realizados nas escolas, para promoção de atividades de orientação e apoio às famílias e ao protagonismo juvenil.

De acordo com Maria Cecília da Costa, analista de medidas socioeducativas da Coordenadoria, os resultados obtidos nestes três anos de implantação da propostas são muito bons, principalmente em razão de não haver reincidência em nenhum dos 62 casos atendidos até agora. Atualmente, 20 casos estão em andamento e, desde o início, foram atendidos casos envolvendo furtos, ameaça contra pessoas, lesão corporal leve, com jovens na faixa etária entre 13 e 19 anos.

Para o Des. Joenildo, o fato de não haver reincidências mostra que a Justiça Restaurativa está dando certo e sua implantação em comarcas do interior é uma medida necessária. “A justiça restaurativa é um mecanismo prático para a resolução de conflitos de forma extrajudicial, com a participação efetiva dos envolvidos no problema e de outros membros da comunidade. Essa metodologia, apesar de trabalhosa, é gratificante por atender as necessidades da sociedade sul-mato-grossense, no que se refere a problemas protagonizados por crianças e adolescentes”, explicou ele.

O tema justiça restaurativa em Mato Grosso do Sul não é novo. Em novembro de 2009, a Associação Brasileira dos Magistrados da Infância e da Juventude (Abraminj), na época sob a presidência do Des. Joenildo, realizou o I Encontro da Justiça Restaurativa em MS, considerado ponto de partida para difusão e propagação da metodologia no Estado.

Autoria do Texto: Secretaria de Comunicação Social TJMS - imprensa@tjms.jus.br

DISCURSO DO DESEMBARGADOR JOÃO BATISTA DA COSTA MARQUES POR OCASIÃO DA POSSE DO DES. MARCOS JOSÉ DE BRITO RODRIGUES

Honrou-me Sua Excelência, o Presidente do TJ/MS, com a indicação para saudar, em nome dos meus ilustres pares, o novel Desembargador Marcos José de Brito Rodrigues. Da forma mais simples e singela, visto ser a simplicidade uma das mais belas virtudes da natureza humana tentarei cumprir esta honrosa missão.

Afasto-me, pois, dos enlevos próprios dos letrados para adentrar nos sabores das palavras diretas e objetivas.

O Tribunal recebe, com júbilo, o seu novo integrante, na certeza de que o lugar deixado pelo ilustrado colega Desembargador Paulo Alfeu Puccinelli, homem de rara sensatez, inteligência e sensibilidade, será ocupado por quem, como seu antecessor, soube manter as tradições de cultura, independência e operosidade da magistratura sul-mato-grossense.

O novel Desembargador traz o conhecimento e a experiência que só detém aquele que no exercício de uma função, doa-se de corpo, alma e espírito. O lugar que agora você ou Vossa Excelência passa a ocupar e onde exercerá com o mesmo brilhantismo de Juiz de Primeira Instância, não lhe está sendo dado por benesse; é seu por conquista, por merecimento, e assim, no futuro, poderá o novo Desembargador repetir as palavras do apóstolo, destacando sua vocação: " Combati o bom combate, guardei a minha fé".

Pelos caminhos percorridos por sua Excelência, como acabamos de ouvir, não resta a menor dúvida que deve ter se deparado com inúmeros obstáculos, alguns foram transpostos sem percalço maior, outros certamente custaram esforços ingentes e foram esfaltantes, desgastaram e motivaram dissabor, mas por serem próprios de tal empreitada, logo que superados, foram relegados ao esquecimento, à mera lembrança de que existiram por existir.

A carreira do magistrado é difícil, árdua, incompreendida, porque colocada no entrechoque das paixões humanas, torna-se ele o varão intimorato que não pode errar, guindado que foi a condição quase divina de julgar o seu semelhante, terá sempre sobre sua cabeça a responsabilidade que supera a sua própria força humana, acertar e somente acertar.

Assim, repetindo, constitui a nossa carreira, Marcão, em verdadeiro contrato de risco, envolvendo todos os tipos de interesses e a nossa própria consciência, por ser impossível atravessar tanto tempo julgando sem jamais se envolver emocionalmente pelo sofrimento daqueles que perdem e não se conformam com a sua derrota.

E foi assim e será sempre assim.

Entretanto, afora aqueles poucos, muito poucos, felizmente, que se abdicam do exercício racional, que é o debate de argumentos e partem, inexoravelmente, imbuídos de pobreza cultural, moral e espiritual, a ignóbil, odiosa e inescrupulosa devoção ao denuncismo, mas essa performance, Marcão, é típica e própria de quem é infeliz. Por isso merecem compaixão.

O Poder Judiciário não se livra das escaramuças de campanhas deletérias, interessados em aluir-lhe os alicerces que fizeram a sua grandeza.

Mas, nesse clima difícil, áspero e de excessos de toda ordem, o Magistrado, Desembargador Marcos Brito, deve redobrar-se em cautelas, dedicando-se às suas árduas responsabilidades com a maior isenção, não se deixando jamais intimidar por quaisquer estrépidos de espíritos deslumbrados.

Trabalhar sem jactância, com firmeza de atitudes e nas decisões, como de resto, é do seu perfil, como sabemos e o sabemos muito bem, pois por duas vezes Vossa Excelência o demonstrou comprovadamente, quando tivemos a honra de tê-lo como juiz-auxiliar da nossa Vice-Presidência. Não foi diferente sua performance e desenvoltura profissional, quando atuou na Presidência do Tribunal de Justiça, como juiz-auxiliar e, ao depois, convocado a compor a 2ª Câmara Cível e a 1ª Seção Cível deste Tribunal.

Indubitavelmente, Senhoras e Senhores, está o Desembargador ora empossado, capacitado de descobrir caminhos, na busca honrada e ética de um ideal, usando de inteligência para sedimentação das forças necessárias e do conhecimento indispensável para o agir em sua nova missão histórica.

Este é o momento, no entanto, aos que percebem a verdadeira dimensão de cada ato da vida, verão que ele é um componente existencial na caminhada traçada que aqui estamos, todos, para ir além do apenas visto como uma festividade que passa a integrar o instante maior da vida de um magistrado: o de ascender ao último degrau de sua carreira.

Assim, Desembargador Marcos Britto, a sua alegria deve ser vivida, pois representa o ponto base, início de outra atividade, que, mesmo integrada em uma igual missão, a de julgar, representa um novo tempo para quem hoje nele se inicia. Desejamos-lhe êxito e pleno sucesso na sua nova jornada.

Por derradeiro, finalizo cumprimentando a sua querida Vera Lúcia, digna esposa do nosso homenageado, bem como a seus filhos, os advogados Diogo e Bruna, e demais familiares e diletos amigos do empossado aqui presente.

Muito Obrigado.

DISCURSO DO DR. MARCOS JOSÉ DE BRITO RODRIGUES POR OCASIÃO DA POSSE NO CARGO DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO DO SUL

Desejo, primeiramente, agradecer as palavras do ilustre Presidente da OAB Seccional de Mato Grosso do Sul, Dr. Leonardo Avelino Duarte e, em seu nome, saudar todos os advogados do nosso Estado.

Na mesma esteira, quero dizer da nossa satisfação pelas palavras do eminente procurador de justiça, Dr. Silvio César Maluf e também, em seu nome, cumprimentar todos os promotores e procuradores de justiça do Mato Grosso do Sul.

Desejo, também, saudar a pessoa do eminente Desembargador Paulo Alfeu Puccinelli, magistrado recentemente aposentado que, durante mais de trinta anos, dedicou-se à Jusitça Guaicuru e, em seu nome, quero cumprimentar todos os magistrados aposentados.

Por fim, é desnecessário dizer da imensa satisfação que sinto ante a saudação feita pelo eminente Desembargador João Batista da Costa Marques e, em seu nome, quero saudar todos os desembargadores que integram esta Corte de Justiça. Permita-nos, Vossa Excelência, dizer do muito que todos de nossa família o respeitamos e o admiramos.

Meus familiares e meus amigos, senhores desembargadores, magistrados, procuradores e promotores de justiça, advogados, serventuários da justiça, senhoras e senhores que se fazem presentes.

Já, há mais de vinte anos, venho a este Tribunal onde assisto diversas posses de colegas magistrados, e aqui pude presenciar discursos que falavam de uma Santa que, com nome de flor, adornava a vida do eminente Desembargador Elpídio Helvévio Chaves Martins. Buscando tal recordação, quero prestar uma homenagem a todas as Rosas, Veras, Brunas, Livias, Marias, enfim a todas as esposas e companheiras que nos cercam.

Aqui também ouvi discurso que falava da saudade do ente querido que, de forma prematura, deixou o seio da família, como o do ilustre Desembargador Divoncir Maran, o qual, de forma emocionada, dizia da ausência que o seu pequeno Jacozinho significava em sua vida, e, lembrando-me de tal passagem, desejo relembrar todos os nossos colegas magistrados que já se foram; Assis Pereira da Rosa, Gerval Bernardino de Sousa, Horácio Vanderlei Nascimento Pithan, José Carlos Corrêa de Castro Alvim, José Nunes da Cunha, Juarez Mancini, Leão Neto do Carmo, Milton Malulei, Nelson Mendes Fontoura, Rui Garcia Dias, Ítalo Giordono, Amando de Lima, Antônio Luís Fraga Moreira, Valfer José Rodrigues Contrera, Osvaldo Ramanzini, Valdevino Antônio dos Santos, Ivan Amando Monteiro, Divaldo Roque de Meira, João Rosa Uma, João Adolfo Astolfi, Josone Pedroso de Camargo, Fauzi Duialibi Amizo, Marli M. Nishimura, Luiz Carlos de Souza Ataide, Cleber José Corsato Barbosa, Danilo Burin e Lucíana de Barros Borges.

Aqui também ouvi discursos que diziam que seriam tão bonitos que até as paredes chorariam de emoção, mas não tenho tal pretensão, mesmo porque não me sinto habilitado a fazer de minha fala algo de eloquente ou emocionante, daí por que passei a pensar o que falaria nesta oportunidade. Confesso que inúmeros assuntos me vieram ao pensamento, todavia uma única tônica, direcionava o nosso pensar, qual seja, o de que, para aqui chegar, foram necessários a colaboração e o apoio de inúmeras pessoas, daí por que entendi que o melhor modo de expressar nossos sentimentos seria o de dizer do meu agradecimento a pessoas e, assim, vou agir.

Primeiramente, tenho que agradecer a Deus por tudo que tenho, tive e terei, especialmente por minha família.

A par disso, fixei como marco temporal do meu agradecimento o ano do nosso ingresso no Poder Judiciário, ocorrido em 1986, etapa do início da nossa trajetória neste Poder.

Naquela época era outro o Tribunal, com poucas pessoas, reduzido número de processos, obviamente se comparado ao gigantismo dos dias de hoje, e nesse compasso é de se lembrar que o Judiciário era comandado pelo eminente Desembargador Rui Garcia Dias, de quem tive o privilégio de ser assessor jurídico, e lembro-me de que aqui estavam o Antônio Carlos de Novaes e a Eliana, a Zoca, a Cristina, a Dra. Itsume Murakami, a Aparecida Medeiros, a Ana Baldacin, a Sirene, a Elizabete Matos, a Olga, A Chiquinha da copa, o Coronel Reis Pouso Salas, a Rosa, o Campestrini, a Elza Fossati, a dona Selma, a Sônia Müller, a Irlane e o Sr. Eurídice. Depois, veio a administração do Desembargador Gerval Bernardino de Sousa, a quem continuei assessorando, tendo se juntado a nós os colegas Ester e Berlange, ela hoje procuradora de justiça e ele, magistrado aposentado.

No ano de 1988, no dia 9 de dezembro, lá no 6º andar do antigo fórum, eu, o Odemilson Fassa, o Joviano Caiado, o Emerson Cafure e o Jurandir Brito, tomamos posse, ocasião em que fui para Rio Brilhante.

De Rio Brilhante, minha primeira comarca, guardei ótimas lembranças dos serventuários do fórum, cujo cartório era capitaneado pela dona Maria Alves Roza, casada como Sr. Vanderlei. Lá naquele tempo estava a Dra. Elisete Barbosa, hoje merecidamente procuradora da Defensoria Pública, a dona Egídia, as irmãs Darlene e a Denise, o Samuel, o Gerson, a dona Leovaidína, a dona lolanda, a Valdete, o Fernando Barbosa Lima, um dos melhores oficiais de justiça com os quais trabalhei, e lá estava também a dona Marli e o bom companheiro Alcebíades.

Trabalhei com vários promotores de justiça, dentre eles as doutoras Tânia e Lenirce Furuia, os doutores Miguel Vieira da Silva, Sílvio César Maluf e o Luís Alberto Safraider, estes três últimos atualmente procuradores de justiça e todos nossos amigos.

Na Defensoria Pública atuaram as doutoras Neila Ferreria Mendes e Santina.

Como não lembrar dos advogados, dos doutores Foroni e Vanildo, das doutoras Maria Tereza e Terezinha que atuavam no Sindicato, da Dra. Maria Amélia, do Dr. Luciano, do Dr. Juraci, dos irmãos Dr. Lineu e Dra. Sônia Borges e do Dr. José Humberto Alves Roza.

Falar de Rio Brilhante sem lembrar da Dona Antonia Barbosa, do Jarbas, do Pico, do Sr. Noé e da dona Zená, do estimado amigo Dr. Rui Barbosa e da dona Cida, do Sr. Valdomiro Barbosa e de dona Erodith, é quase impossível.

A todos eles meu imenso agradecimento, mas faço um em especial ao então juiz de direito, Dr. Wilson Vieira Loubet, meu antecessor na comarca, o qual em momento algum deixou de me auxiliar naquele difícil começo de carreira.

Abro um parênteses para também, de forma especial, agradecer aos eminentes Desembargadores João Maria Lós, Divoncir S. Maran e Sideni Soncini Ptmentel, que em muito nos auxiliaram com conselhos e ensinamentos jurídicos, tão necessários, principalmente no início da nossa jornada.

Bons tempos.

Em 1991 fui para Ivinhema, cidade de gente boa e amável.

Lá no Fórum encontrei a Ademilde, a Alcüene, o Terrinha, o Prates, a dona Carmem e Manuela, o Celso, o escrivão Valdivino, o Cláudio, a Dalva, a Darci, a Edenílce, o Tanaka, a Edvanda, a Elza Mussulini e a Elza Santana, a Elzita, a Esmeralda, o Evaldo, o Geraldão, a Guida, o Ivando, O Barradas, a Laídes, o Bento, a Luciana Barradas, a Márcia, a Margarida, a dona Marli, a Meire, o Ogerso, a Rosane, a dona Sandra, a Áurea e o Valdelin, nossos agradecimentos a todos eles indistintamente por tudo que por nós fizeram.

Como promotores de justiça lá atuaram o Dr. Luiz Alberto Safraider, a Dra. Luciene Reis D'Avila, pessoas que até hoje são amigos e companheiros, e também lá estiveram os Doutores Rodrigo Sthephanini e Eduardo José Rizkallah e a Dra. Cristiane Barreto Nogueira Rizkallah.

Na Defensoria Pública atuavam com gualhardia a Dra. Elizete Nogueira Barbosa e os doutores Aldino Aloizio Beck e Florisvaldo de Souza Cayres

A classe dos advogados tinha profissionais com os quais passei a conviver, respeitar e admirar: lá estavam o Dr. José André, o Dr. Lucílio, o Dr. Luiz Saraiva, Dr. José Carlos Matos Rodrigues, Doutores Marcelo e Hermes Arisi, Dr. Nelson Pereira, Doutoras Maria Alice Leal Fatori e Ana Bagage.

Tal qual Rio Brilhante, é impossível falar de Ivinhema sem lembrar dos colegas Valdivino Antônio dos Santos e Marcelo Câmara Rasslan, do Sr. Vicente Staut e da dona Zezé, do Beto e da Mariliza, do Edson e da Cleuza, do Braguini e da dona Marlene, do Akira e da Neuza, do Luizinho e da Elzamir, do Amer e da Cleonice, do Edmur e da Elza, do Zé Rebite, do Dr. Valmir e da Maria do Carmo, do Magri e da Aleuda, do Aristides Nagrine e da Neuza, do Álvaro Caviccioli e da Leonice, do Milton Capucci e da Silvana, do Sr. Nego Capucci e da dona Ivanir, do Roberto Latini e da Maria Amélia, da Maria, fiel secretária, do seu Chico, guarda noturno que, invariavelmente, ao me recolher dizia a ele todas as noites: "Durma com Deus, seu Chico", enfim, pessoas que moram no coração de nossa família

Também a todos eles o meu muito, muito obrigado.

Voltei para Campo Grande, e o ano já era o de 1999, após rápida passagem por Dourados. De lá para cá foram tantas as pessoas a agradecer, que se fosse mencioná-las tornaria esta sessão por demais alongada e por isso cito unicamente a Vera, nossa escrivã e, em seu nome, agradeço aos que nos ajudaram em todos aqueles anos de trabalho.

Amigos tenho muitos: nominá-los seria uma graça Divina, mas todos que são nossos amigos sabem que temos esta ligação e por isso dispenso de citá-los, fazendo, aqui também, uma única exceção, por ser ele o mais antigo de todos que é o compadre e irmão Marcos de Thadeu Tenuta, e em seu nome saudamos todos os nossos queridos e estimados amigos.

Já caminhando para a finalização de minha fala, quero agradecer a todos os desembargadores que sufragaram meu nome em três votações, mas, em especial, dizer da minha gratidão àqueles que em nós votaram pela primeira vez. São eles: os eminentes desembargadores Rêmolo Leteriello, Elpídio Helvécio Chaves Martins, Claudionor Miguel Abss Duarte, Luiz Carlos Santini, Atapoã da Costa Feliz, João Maria Lós, Divoncir S. Maran, João Batista da Costa Marques, Pascoal Carmelo Leandro, Sérgio Fernandes Martins, Sideni Soncini Pimentel, Dorival Renato Pavan, Vladimir Abreu da Silva, Luis Tadeu Barbosa Silva, Fernando Mauro Moreira Marinho e Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Colegas de Campo Grande, gostaria de abraçá-los um a um e, por certo, mais dia menos dia isso farei. Por hora, tenham certeza que, sem exceção, todos vocês têm morada no meu coração.

Hoje aqui não está fisicamente minha querida mãe , D. Erli de Brito Rodrigues, mas tenho certeza de que está ela muitíssimo satisfeita com a conquista de nossa família. Um grande beijo, minha adorada mãe.

A minha estimada irmã, meus cunhados, cunhadas e sobrinhos, meu muito obrigado a vocês.

Meu sogro, Sr. Alcelino e minha sogra, dona Maria, por certo sucessora de minha mãe, meus agradecimentos.

Sr. José Rodrigues de Sousa, meu querido pai, aqui presente, agradeço-lhe pela educação, amor e carinho com que me criou, e se ao acaso algum dia não correspondi ao esperado, peço-lhe desculpas, esperando também que um dia possa eu ser motivo de orgulho para você.

Agora, por fim, como não poderia deixar de ser, falarei sobre as pessoas que mais me são caras, minha especial esposa, mulher e companheira Vera e meus adorados filhos Bruna e Diogo, sendo certo que tenho dois outros que são adotivos, mais de igual forma queridos, que são a Livia e o Rafael.

Por mais que procure não encontro palavras para traduzir o que vocês significam para mim: amor, carinho, bondade, não tem jeito, poderia me esforçar o resto de meus dias e não conseguiria traduzir o que tenho vontade de dizer, por isso digo que amo vocês. Um grande beijo.

Antes de encerrar nossas palavras, quero agradecer a todos que se fizeram presentes, especialmente aqueles que vieram de outros locais para, com suas presenças, prestigiarem este evento e, ao agradecer-lhes, peço-vos que neste dia para nós de todo especial, orem pela saúde de nossa colega Marilza Lúcia Fortes.

Que Deus, o Grande Arquiteto do Universo, a todos nos ilumine e guarde.

Muito obrigado.

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE ONOMÁSTICO

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Claudionor Miguel Abss Duarte

Mandado de Segurança n. 2012.004653-9 34
Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 2012.016805-5/0001-00 41
Apelação Cível n. 2012.018640-0 44

Divoncir Schreiner Maran

Mandado de Segurança n. 2012.001909-9 50
Apelação Cível n. 2012.016290-5 57
Apelação Cível n. 2012.017063-4 62

Dorival Renato Pavan

Agravo n. 2012.019688-9 68
Apelação n. 0018854-69.1999.8.12.0001 73
Agravo Regimental n. 0025982-89.2012.8.12.0000/50000 80

Fernando Mauro Moreira Marinho

Apelação Cível n. 2012.007471-0 87
Apelação Cível n. 2012.011404-5 101
Apelação Cível n. 2012.016748-6 108

João Maria Lós

Apelação Cível n. 2011.029857-5 115
Apelação Cível n. 2012.017166-7 121
Apelação Cível n. 2012.018584-8 127

Joenildo de Sousa Chaves

Apelação Cível n. 2012.000826-1 133
Apelação Cível n. 2012.006248-5 139
Apelação Cível n. 2012.014086-8 144

Josué de Oliveira

Apelação Cível n. 2011.019523-1 149
Apelação Cível n. 2011.027549-8 154
Apelação Cível n. 2011.031425-7 160

Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Mandado de Segurança n. 2012.011968-1 165
Apelação Cível n. 2012.018813-6 174
Reexame de Sentença n. 2012.019325-4 178

Julizar Barbosa Trindade

Apelação Cível n. 2012.012726-2 181
Apelação Cível n. 2012.015228-9 186
Apelação Cível n. 2012.018669-9 190

Luiz Tadeu Barbosa Silva

Apelação Cível n. 2012.014787-9 194
Apelação Cível n. 2012.015971-9 198
Agravo Regimental em Agravo n. 2012.017632-0/0001-00 201
Apelação Cível n. 2012.017794-4 206

Marco André Nogueira Hanson

Apelação Cível n. 2012.013204-3 211
Apelação Cível n. 2012.015723-4 215
Apelação Cível n. 2012.016332-3 224

Marcos José de Brito Rodrigues

Agravo Regimental em Agravo n. 2012.013319-3/0001-00 230
Agravo Regimental em Agravo n. 2012.015522-3/0001-00 234
Agravo Regimental em Agravo n. 2012.017529-4/0001-00 237

Oswaldo Rodrigues de Melo

Mandado de Segurança n. 2012.000900-5 241
Apelação Cível n. 2012.010167-7 248
Apelação Cível n. 2012.020684-3 257

Paschoal Carmello Leandro

Apelação Cível n. 2012.006113-9 263
Apelação Cível n. 2012.016237-6 267
Apelação Cível n. 2012.017060-3 269

Paulo Alfeu Puccinelli

Mandado de Segurança n. 2011.038093-3 276
Mandado de Segurança n. 2012.001467-3 285
Apelação Cível n. 2012.014035-6 300

Rubens Bergonzi Bossay

Apelação Cível n. 2012.015694-0 307
Apelação Cível n. 2012.017250-4 312
Apelação Cível n. 2012.019291-5 318

Sérgio Fernandes Martins

Apelação Cível n. 2011.014633-1 321
Apelação Cível n. 2011.023559-7 330
Apelação Cível n. 2012.014300-8 336

Sideni Soncini Pimentel

Apelação Cível n. 2012.018657-2 342
Apelação Cível n. 2012.018912-1 347
Apelação Cível n. 2012.018963-3 351

Tânia Garcia de Freitas Borges

Agravo Regimental em Emb. de Decl. em Apelação Cível n. 2009.017827-6/0002-01 356
Agravo Regimental em Agravo n. 2012.011909-0/0001-00 362
Agravo Regimental em Agravo n. 2012.016026-2/0001-00 367

Vladimir Abreu da Silva

Agravo Regimental em Agravo n. 2012.009867-9/0001-00 371
Apelação Cível n. 2012.014730-5 375
Apelação Cível n. 2012.014996-9 380

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Carlos Eduardo Contar

Habeas Corpus n. 2012.015780-1 384
Apelação Criminal n. 2012.018688-8 388
Habeas Corpus n. 2012.019126-7 393

Dorival Moreira dos Santos

Apelação Criminal n. 2012.003201-1 397
Habeas Corpus n. 2012.018628-0 401
Habeas Corpus n. 2012.018864-8 405

Francisco Gerardo de Sousa

Apelação Criminal n. 2012.003328-8 411
Recurso em Sentido Estrito n. 2012.005274-5 415
Recurso em Sentido Estrito n. 2012.017046-9 418

João Carlos Brandes Garcia

Apelação Criminal n. 2012.007035-8 421
Recurso em Sentido Estrito n. 2012.019399-3 427
Apelação Criminal n. 2012.019462-7 430

Manoel Mendes Carli

Apelação Criminal n. 2011.018332-2 433
Habeas Corpus n. 2012.014386-4 436
Habeas Corpus n. 2012.020156-8 439

Marilza Lúcia Fortes

Apelação Criminal n. 2012.009339-4 442
Habeas Corpus n. 2012.016606-8 446
Habeas Corpus n. 2012.018608-4 439

Romero Osme Dias Lopes

Embargos Infringentes em Apelação Criminal n. 2011.036407-0/0001-00 453
Mandado de Segurança n. 2012.010552-7 459
Recurso em Sentido Estrito n. 2012.012629-1 464

Ruy Celso Barbosa Florence

Apelação Criminal n. 2012.016488-2 468
Habeas Corpus n. 2012.017835-5 472
Apelação n. 0022463-40.2011.8.12.0001 476

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE DE ASSUNTO

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Ação anulatória

Venda de imóvel a duas pessoas distintas. Boa-fé na celebração do negócio jurídico. Ausência de vício. Manutenção do registro (2011.019523-1).....149

Ação civil pública

Associação de defesa do consumidor. Legitimação extraordinária. Substituição processual (0018854-69.1999.8.12.0001) 73

Ação de cobrança

Conversão da licença prêmio em pecúnia. Prescrição afastada. Aposentadoria do servidor. Possibilidade (2012.018963-3).....351

Doença dermatológica. Fornecimento de equipamento de proteção individual (EPI) – Omissão do Estado. Responsabilidade subjetiva. Danos material e moral devidos (2012.010167-7) 248

Empresa prestadora de serviço. Oscilações de energia elétrica. Danos em equipamentos elétricos. Indenização da seguradora. Subrogação. (2012.020684-3) 257

Financiamento imobiliário. Cobrança de resíduo. Ilegalidade. (2012.016290-5) 57

Ação monitória

Comprovante de depósito bancário. Admissibilidade. Ônus da prova. Devedor (2012.018813-6).....174

Ação reivindicatória

Recuperação judicial. Contrato de compra e venda. Reserva de domínio. Reivindicatória. Requisitos presentes (2011.014633-1).....321

Ação revisional

Cláusulas contratuais. Atualização do débito antes da amortização. Ilegalidade (2009.017827-6/0002-01)....356

Contas telefônicas. Transferência das linhas para outra operadora. Portabilidade. Prestação de serviço. Não comprovação. Danos morais. Mero dissabor (2012.013204-3).....211

Adjudicação compulsória

Cumprimento de requisitos específicos. Não comprovação. Sentença mantida (2012.014300-8).....336

Alimentos

Execução. Citação editalícia. Validade (0025982-89.2012.8.12.0000/50000) 80

Alvará judicial

Venda de semoventes. Oitiva dos herdeiros. Imposição legal. Administração da meação. Impossibilidade (2012.017632-0/0001-00) 201

Aposentadoria -

Complementação. Previdência privada. Auxílio cesta-alimentação. Competência. Justiça comum. Impossibilidade jurídica do pedido. Teoria da asserção (2012.000826-1) 133

Aposentadoria por invalidez

Atividade rural ao tempo do acidente. Prova exclusivamente testemunhal. Inadmissível (2012.017166-7) .. 121

Arrematação

Dívida tributária. Inexistência de execução fiscal. Irrelevância. Sub-rogação sobre o respectivo preço (2012.016026-2/0001-00) 367

Bem de família

Bem penhorável. Exceção instituída pela lei. Imóvel dado como garantia hipotecária. Impenhorabilidade. Afastada (2012.013319-3/0001-00).....230

Concurso público

Candidato. Nomeação. Número certo de vagas. Previsão. Edital. Prazo de validade do concurso. Expirado. Direito líquido e certo caracterizado (2011.029857-5) 115

Nomeação. Ausência de previsão de vagas. Edital. Cadastro de reserva. Contratação de pessoal de forma precária. Direito líquido certo à nomeação. Preterição demonstrada. Ordem concedida (2012.001467-3)..... 285

Prova de títulos. Pontuação. Ausência de ilegalidade. Edital (2012.000900-5) 241

Danos morais

Conta corrente. Inatividade. Encerramento automático. Tarifa de manutenção. Débito existente. Inadimplência. Inscrição nos cadastros de restrição ao crédito. Indenização indevida (2012.019291-5).....318

Indenização. Lucros cessantes. Agência de turismo. E-mail encaminhado a diversos associados com expressão ofensiva. Prejuízo à imagem. Indenização devida (2012.015228-9) 186

Pessoa jurídica. Matéria jornalística. Indenização devida (2012.017250-4) 312

Rompimento do lacre. Medidor de energia elétrica. Culpa não comprovada do consumidor.. Dano moral não configurado. Mero aborrecimento (2012.014730-5).....375

Defensor Público

Gratificação por substituição. Reflexos das vantagens indenizatórias. Décimo terceiro salário. Não cabimento (2012.001909-9).....50

Embargos de terceiro

Ação intentada em nome de pessoa falecida. Mandato. Litigância de má-fé. Caracterizada (2012.017794-4).....206

Confissão de dívida. Devedor solidário. Fiança não caracterizada. Outorga uxória. Desnecessidade. Bem de família. Impenhorabilidade (2012.016748-6) 108

Contrato de confissão de dívida. Garantia de veículo. Comunicação ao órgão de trânsito. Dívida em aberto. Exclusão do gravame. Afastada (2012.015971-9) 198

Execução. Cédula rural pignoratícia. Penhora. Aval em favor de terceiro. Cônjuge. Direito à reserva de sua meação (2012.014086-8) 144

Imóvel gravado com hipoteca. Garantia real. Desconstituição da penhora. Afastada. Art. 30 da Lei de Execução Fiscal (2011.031425-7).....160

Penhora de imóvel. Contrato particular de compra e venda. Prova da posse demonstrada. Liberação do bem da constrição judicial. Fraude à execução. Afastada (2012.015723-4).....215

Erro médico

Responsabilidade civil. Morte de feto. Negligência. Médicos plantonistas. Ausência de nexo causal. Improcedência do pedido (2012.006248-5) 139

Execução

Arresto. Conversão em penhora e depósito. Propriedade do imóvel de terceiro. Transferência da propriedade ou posse do imóvel ao executado. Não demonstrada (2012.009867-9/0001-00) 371

Execução de sentença

Ação civil pública. Embargos de declaração. Apresentação de documentos. Renovação da decisão . Falta de fundamentação (2012.019688-9) 68

Honorários advocatícios

Defensoria Pública. Incabível. Condenação do Estado. Ocorrência do instituto da confusão (2012.016237-6) 267

Imposto

ICMS. Não incidência. Importação de aeronave. Contrato de arrendamento mercantil. (2012.011968-1) 165

ICMS. Operações interestaduais. Venda por representante comercial. Imposto devido. Apreensão de mercadorias. Impossibilidade (2012.014035-6) 300

Indenização

Danos materiais. Roubo à mão armada de aeronave. Falha no serviço não demonstrada. Indenização indevida (2012.012726-2) 181

Danos materiais. Venda de veículo. Vícios redibitórios. Constatação de vício oculto. Decadência (2012.014996-9).....380

Danos materiais e morais. Anúncio de veículo em sítios da internet do banco. Legitimidade passiva. Indenização devida (2012.018669-9).....190

Danos morais. Inscrição em cadastro de crédito. Portabilidade da linha telefônica. Indenização devida (2012.011404-5).....101

Danos morais. Transmissão aos herdeiros. Possibilidade. Plano de saúde. Inadimplemento. Prazo superior a sessenta dias. Notificação (2012.018584-8).....127

Danos moral e material. Protesto indevido de duplicatas. Endosso. Inscrição nos órgãos de proteção ao crédito. Protesto efetivado pelo banco endossatário. Indenização devida (2012.018640-0) 44

Instalação de linhas telefônicas. Defeito na prestação de serviços. Cobrança indevida. Inscrição no Serasa. Dano material e moral configurados (2012.018912-1) 347

Infração de trânsito

Apreensão de veículo. Liberação condicionada ao pagamento de multa. Impossibilidade (2012.019325-4)..... 178

Mandado de segurança

Defensor Público. Indenização. Gratificação por substituição. Juizados Especiais. Direito líquido e certo não demonstrado (2012.004653-9) 34

Execução de sentença. Arrecadação por culto religioso. Possibilidade (2012.015522-3/0001-00) 234

Indeferimento da inicial. Direito líquido e certo inexistente. Interdição de unidades prisionais. Estatuto da Criança e do Adolescente (2012.016805-5/0001-00) 41

Modificação de veículo sem aprovação prévia do órgão de trânsito. Multa. Pontuação. Responsabilidade do proprietário (2012.014787-9).....194

Servidora não estável. Função de confiança. Estágio probatório. Suspensão da avaliação. Direito líquido e certo violado. Ordem concedida (2011.038093-3) 276

Penhora *on line*

Cumprimento de sentença. Conta salário. Possibilidade (2012.011909-0/0001-00) 362

Plano de saúde

Cláusula contratual. Prazo de carência. Urgência. Cobertura devida (2012.006113-9) 263

Cobertura assistencial. Recém-nascido. Prazo de carência. Emergência. Indenização. Danos morais devidos (2012.017060-3).....269

Inclusão da esposa como dependente de seu cônjuge. Possibilidade. Princípio da isonomia (2012.017529-4/0001-00).....237

Tratamento médico. Cláusula limitadora. Cobertura. Não-cabimento (2012.017063-4) 62

Tratamento médico. Procedimento complexo. Cláusula limitadora. Cobertura. Direto à saúde. Dignidade da pessoa humana (2012.016332-3) 224

Reclamação trabalhista

Contratos sucessivos. Trabalho temporário. Contrato nulo. FGTS. Devido (2011.023559-7) 330

Rescisão contratual

Taxa de fruição. Termo inicial. Indenização. Benfeitorias. Cobrança de IPTU. Multa contratual. Taxa de administração. Indevidas (2012.007471-0) 87

Seguro de vida

Ação de cobrança. Complicações decorrentes de cirurgia. Morte acidental. Não caracterizada. Indenização limitada aos riscos predeterminados (2012.015694-0) 307

Seguro de vida em grupo

Ação de cobrança. Invalidez permanente. Doença reversível. Tratamento cirúrgico. Indenização indevida (2012.018657-2).....342

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Abigeato

Autoria comprovada. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Suspensão condicional da pena. Incabível. Reincidente em crime doloso (2012.003201-1) 397

Apropriação indébita

Inversão do título da posse. Continuidade delitiva. Pena-base. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Substituição da pena de liberdade por restritiva de direitos (2012.007035-8) 421

Crime de falso testemunho

Extinção da punibilidade. Retratação. Rejeitada. Absolvição. Prova. Irrelevância do depoimento. Crime formal (2012.009339-4).....442

Crime de trânsito

Embriaguez ao volante. Exame de alcoolemia. Desclassificação. Contravenção de direção perigosa. Aplicação do CTB . Afastada. Rejeição da denúncia (2012.017046-9) 418

Disparo de arma de fogo

Absolvição. Acolhida. Inviabilidade. Inexistência de dolo. Sentença reformada (2011.018332-2).....433

Embriaguez ao volante

Suspensão da habilitação para dirigir veículo. Pena acessória. Princípio da proporcionalidade. Pena corporal fixada no mínimo. Circunstâncias judiciais favoráveis. Redução (2012.019462-7).....430

Estatuto da Criança e do Adolescente

Ato infracional equivalente ao delito de furto. Internação provisória. Possibilidade. Reiteração na prática infracional. Constrangimento ilegal inexistente (2012.016606-8) 446

Estupro de vulnerável

Liberdade provisória. Insurgência do MP. Prisão preventiva. Desnecessidade de medida extrema (2012.019399-3).....427

Fiança

Réu pobre. Não pagamento. Prisão preventiva. Ausência dos requisitos previstos no art. 312 do CPP. Ordem concedida (2012.017835-5) 472

Furto qualificado

Regime prisional semiaberto. Unidade interditada. Prisão domiciliar. Recolhimento ao regime fechado. Ordem parcialmente concedida (2012.014386-4).....436

Homicídio culposo

Direção de veículo automotor. Perdão judicial. Possibilidade. Consequências do evento. Abalo emocional grave. Sanção penal desnecessária (2012.016488-2).....468

Lesão corporal culposa

Direção de veículo automotor. Omissão de socorro. Suspensão do direito de dirigir. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Regime semiaberto. Possibilidade (2012.018688-8) 388

Livramento condicional.

Novo crime. Falta grave. Regressão de regime. Ausência de audiência de justificação. Violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Ordem concedida (2012.018608-4) 449

Mandado de segurança

Pesca ilegal. Utilização de petrechos proibidos por lei. Suspensão condicional do processo. Cumprimento das condições expostas. Extinção da punibilidade. Bens restituídos. Segurança concedida (2012.010552-7) 459

Porte de arma de fogo

Aditamento da denúncia. Impossibilidade. Réu denunciado pelo crime de disparo de arma de fogo. Princípio da consunção (2012.012629-1) 464

Posse irregular de munições de uso permitido

Tipicidade. Crime de perigo abstrato. Trancamento da ação penal. Inadmissibilidade (2012.019126-7) 393

Princípio da insignificância

Dano qualificado. Patrimônio público. Absolvição mantida (0022463-40.2011.8.12.0001).....476

Tentativa de furto. Possibilidade. Inexpressividade da lesão jurídica provocada. Bem restituído à vítima (2012.003328-8).....411

Prisão preventiva

Porte de arma. Pornografia infantil. Gravidade abstrata do delito. Constrangimento ilegal. Ausência. Habeas corpus. Ordem concedida (2012.018864-8).....405

Roubo. Fuga do distrito da culpa. Necessidade de aplicação da lei penal (2012.005274-5) 415

Regime prisional

Paciente em regime aberto. Falta grave. Regressão direta para o fechado. Impossibilidade. Ordem concedida (2012.018628-0).....401

Tráfico de entorpecentes

Causa de aumento previsto no art. 40, V, da Lei n. 11.343/2006. Tráfico interestadual. Inaplicabilidade (2011.036407-0/0001-00) 453

Violência doméstica

Ameaça. Lesão corporal. Inexistência de medida protetiva a ser assegurada. Prisão preventiva. Ordem concedida (2012.020156-8) 439

Lesão corporal. Injúria. Medida protetiva anterior. Reiteração delitiva. Garantia da ordem pública. Não concessão (2012.015780-1) 384