

REVISTA
TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

TJMS

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Ano 30 – n. 173
Julho a Setembro de 2009





Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul

Revista Trimestral de Jurisprudência



Ano 30 - n. 173 - Julho-Setembro de 2009

EXPEDIENTE

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

Ano 30, n. 173

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. – n. 171 (2009) - . – Campo Grande: Tribunal de Justiça, 2009 - .

Trimestral

Continuação de: Revista trimestral de jurisprudência. – n. 1 (1979) – n. 170 (2009).

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

CDD 340.68171

Elaboração

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

Capa

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

Revisão

Alcione Luzia Soares de Moraes

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

Diretoria

Presidente - Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins

Vice-Presidente - Des. Paulo Alfeu Puccinelli

Corregedor-Geral de Justiça - Des. Josué de Oliveira

Tribunal Pleno (em ordem de antiguidade)

Des. Rêmolo Letteriello

Des. Rubens Bergonzi Bossay

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Des. João Carlos Brandes Garcia

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins

Des. Luiz Carlos Santini

Des. Josué de Oliveira

Des. Joenildo de Sousa Chaves

Des. Atapoã da Costa Feliz

Des. Hildebrando Coelho Neto

Des. João Maria Lós

Des. Ildeu de Souza Campos

Des. Divoncir Schreiner Maran

Des. Paulo Alfeu Puccinelli

Des. João Batista da Costa Marques

Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges

Des. Paschoal Carmello Leandro

Des^a. Marilza Lúcia Fortes

Des. Julizar Barbosa Trindade

Des. Romero Osme Dias Lopes

Des. Carlos Eduardo Contar

Des. Sérgio Fernandes Martins

Des. Sideni Soncini Pimentel

Des. Dorival Renato Pavan

Des. Vladimir Abreu da Silva

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Des. Dorival Moreira dos Santos

Manoel Mendes Carli (Juiz designado)

SUMÁRIO

Doutrina

Da ação de adjudicação compulsória resultante do inadimplemento do contrato de compromisso de venda e compra ou do contrato preliminar. Luiz Tadeu Barbosa Silva007

Jurisprudência Cível024

Jurisprudência Criminal360

Noticiário

Discurso de saudação, proferido pelo Desembargador Hildebrando Coelho Neto, na posse do novo desembargador496

Discurso de posse do Dr. Dorival Moreira dos Santos no cargo de desembargador499

Índice Onomástico

Jurisprudência Cível504

Jurisprudência Criminal507

Índice de Assunto

Jurisprudência Cível509

Jurisprudência Criminal514

REVISTA
TRIMESTRAL DE
JURISPRUDÊNCIA

TJMS

DOCTRINA



DA AÇÃO DE ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA RESULTANTE DO INADIMPLEMENTO DO CONTRATO DE COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA

Luiz Tadeu Barbosa Silva

Desembargador do TJMS, mestre em direito pela Universidade Gama Filho/RJ

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Concepção tradicional do contrato. 3. A teoria da vontade na concepção alemã. 4. Nova concepção social do contrato. 5. Elementos constitutivos da obrigação. 6. Fungibilidade da declaração de vontade. 7. Infungibilidade jurídica. 8. Adjudicação compulsória. 9. Adjudicação compulsória no direito brasileiro. 10. O instituto perante o vigente Código de Processo Civil. 11. Objeto da declaração de vontade. 12. Natureza jurídica da ação de adjudicação compulsória. 13. Obrigatoriedade ou não do registro do contrato. 14. Condições para o exercício do direito de ação. 15. Considerações finais. 16. Referências.

Palavras-chave: Adjudicação compulsória. Processo civil. Contratos.

1 INTRODUÇÃO

Indubitável ser o contrato o centro de atenção do direito das obrigações e, porque não dizer, do direito econômico. Representa o contrato a expressão maior do princípio da autonomia da vontade. O *pacto de contrahendo*, como uma modalidade de contrato, não dispunha de um título ou capítulo específico no Código Civil de 1916. No entanto, o Código Civil de 2002 (Lei 10.406, de 10/01/2002) acabou disciplinando essa matéria a partir do art. 462, dando-lhe uma seção própria no Título IV (Dos Contratos em Geral), Capítulo I, Seção VIII, visando preparar o caminho da realização do contrato definitivo.

Por inúmeras razões, que vão da impossibilidade momentânea de estruturar-se o contrato final à pura conveniência pessoal dos estipulantes, não raro as pessoas não podem ou não querem realizar, desde logo, o definitivo. Mas pactuam uma forma de assegurar sua efetivação no futuro. Daí a promessa de contratar ou de prestar declaração de vontade. É a obrigação firmada de concretizar num futuro o contrato definitivo, fruto da autonomia da vontade.

Não há confundir negociações preliminares com o contrato preliminar a que se refere o art. 462 do Código Civil. As negociações preliminares representam mera fase anterior à própria proposta, sem poder vinculante quanto ao elo de ligação visualizado pelos interessados. Descumprimento de negociações preliminares daria ensejo, quando muito, à discussão de perdas e danos. Em contrapartida, discussão acerca do cumprimento ou não do contrato preliminar, reflete justamente no objeto da obrigação descumprida ou da própria contratação.

Seria inócuo ao credor uma obrigação não cumprida sem a sanção e, consequentemente, sem a atuação do órgão jurisdicional, para atuar a vontade concreta da lei.

O direito material e o processual ainda passam por profundas reformas. Nessa nova ordem teve ampla repercussão a reforma do processo civil em sua área obrigacional, com a introdução, em nosso sistema positivo, de institutos como o da antecipação da tutela e uma mais rígida e eficiente disciplina das obrigações de fazer ou não fazer.¹ Ainda recentemente foi editada a Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005, alterando, profundamente, a forma de execução dos títulos judiciais.

¹ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. p. 60.

O processo civil está intimamente ligado ao direito das obrigações. Seria impertinente uma obrigação insatisfeita, sem a instrumentalidade do processo; enfim, sem os atos coativos tendentes à satisfação do direito declarado ou reconhecido num título. Daí o equacionamento do direito obrigacional com as normas do processo, notadamente para obtenção de uma sentença visando à condenação do devedor a prestar declaração de vontade.

Sucessivas formas de contratação dão margens ora à sua rescisão, ora à sua execução e ora a uma sentença que possa substituir a vontade do contratante inadimplente, funcionando mencionada sentença como comando substitutivo da vontade do devedor.

Conviveu-se no passado distante com a impossibilidade de o Estado-Juiz compelir o devedor a prestar declaração de vontade, quando o objeto dessa declaração decorresse de uma obrigação infungível. Imperou a idéia de reputar inadmissível a substituição da vontade omitida por ato judicial, supostamente agressivo à liberdade do cidadão, motivo por que ao prejudicado caberia, somente, pretensão a perdas e danos.²

A evolução do processo civil como ciência acabou contribuindo para o nascimento do conceito de obrigação juridicamente infungível, a permitir que a vontade não cumprida do devedor fosse substituída por uma sentença que tivesse o mesmo valor, caso fosse a obrigação espontaneamente cumprida.

O provimento jurisdicional pretendido, nesse caso, dá-se pela ação condenatória de emitir declaração de vontade, forma genérica descrita nos arts. 466-A, 466-B e 466-C do Código de Processo Civil, pela redação que lhe deu a referida Lei n. 11.232/2005.

O presente trabalho procura analisar a natureza jurídica da sentença que condena o devedor a prestar declaração de vontade, à luz também dos arts. 463 e 464 do Código Civil/2002.

2 CONCEPÇÃO TRADICIONAL DO CONTRATO

Exerce o direito das obrigações fundamental importância na nossa sociedade de consumo. Na verdade o direito das obrigações constitui a base não somente do direito civil, senão de todo o direito (principalmente direito comercial, direito administrativo, direito internacional privado e público). Está assentado no princípio da autonomia da vontade, pois, fixando normas gerais, inclusive dos contratos, deixa à vontade individual um campo enorme para sua manifestação.³

Certo é que no moderno sistema econômico, o dogma da autonomia da vontade, de ordem individual, cede a uma quantidade enorme de interesses coletivos, restringindo, sobremaneira, o império da vontade.

De uma forma genérica, toda a sociedade está centralizada na idéia de um contrato. Traz o direito econômico enorme contribuição às teorias do contrato, pois situa claramente o contrato como um meio pelo qual as partes contratantes participam direta ou indiretamente da “política econômica” posta em prática pelo Estado.⁴

Para a escola do direito natural, escreve RADBRUCH:

[...] o contrato era como se sabe, o fundamento de todo o Direito, fornecendo a solução do problema básico da Filosofia jurídica individualista – isto é, o problema de saber como é possível que o Direito, que foi inventado para servir exclusivamente os indivíduos,

² ASSIS, Araken de. **Manual do processo de execução**. p. 405.

³ VILLAÇA AZEVEDO, Álvaro. **Teoria geral das obrigações**. p. 24.

⁴ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Lições de direito econômico**. p.135-136.

pode também obrigá-los e vinculá-los ao mesmo tempo. Fundar o Estado com todo o seu poder jurídico soberano sobre a idéia dum contrato celebrado entre os seus membros, pareceu ser o suficiente para poder apresentar, em última análise, toda a obrigação como uma auto-obrigação. Julgou-se encontrar assim na idéia de contrato social o meio que permite reconduzir com pleno êxito toda a heteronomia a uma autonomia e deste modo resolver todo o direito público no direito privado.⁵

Nesse norte, todo o contratualismo visa a resolver a oposição entre autonomia e heteronomia; entre a exigência de não serem obedecidas senão às normas ditadas direta ou indiretamente pelos sujeitos e a exigência oposta de serem editadas normas por uma entidade distinta das pessoas às quais as normas se destinam.

O contratualismo, porém, nem sempre consegue ser uma realização de autonomia. É que o contrato dá origem a uma situação de fato, mas não a uma vinculação ou a uma obrigação. A obrigatoriedade não resulta da vontade, mas sim da norma que rege a situação de fato posta pela vontade. É a lei que obriga e, se assim é, na afirmação de RADBRUCH, não é o vínculo ou a obrigação contratual que poderá jamais servir de fundamento filosófico para justificar a sujeição à lei, *mas será a sujeição à lei que poderá servir de fundamento filosófico para justificar a obrigatoriedade resultante dum contrato*.⁶

A ciência jurídica do século XIX foi marcada pelo dogma da autonomia da vontade. A concepção de vínculo contratual desse período está centrada na idéia de valor da vontade, como fonte única e como legitimação para o nascimento de direitos e obrigações. É a época do liberalismo na economia e do chamado voluntarismo no direito.⁷ Nas grandes codificações do século XIX, o contrato era a própria expressão da autonomia privada, reconhecendo às partes a liberdade de estipularem o que lhes conviesse, *servindo portanto como instrumento eficaz da expansão capitalista*, na observação de Leonardo MATTIETTO.⁸

Nesse período, para fomentar a economia de mercado, deixou o Estado de intervir na maioria absoluta dos atos de manifestação de vontade. Só posteriormente é que houve uma mudança de comportamento por parte do Estado, mais precisamente a partir do momento da percepção de que a concentração de renda provocada pelo livre mercado, nas mãos de pessoas ou de grupos econômicos sólidos acabava impondo às partes contratantes de menor poder aquisitivo, condições excessivamente onerosas, abusivas e incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

Na sociedade moderna há uma tendência de um abrandamento cada vez maior do dogma da autonomia da vontade, que passa a não ser absoluto, como se pretendeu no liberalismo.

3 A TEORIA DA VONTADE NA COMPREENSÃO ALEMÃ

Calcado no direito romano e aperfeiçoado principalmente na Alemanha, pelos pandectistas, o direito das obrigações ganhou contorno próprio no século XIX. A teoria formulada pela Escola das Pandectas, na Alemanha, embora tenha dado enorme contribuição a uma sistematização obrigacional, por outro lado legitimou abusos, ao favorecer a prepotência das pessoas economicamente fortes.

⁵ RADBRUCH, 1937, *apud* REALE, p. 18.

⁶ *Ibid.*, p. 20.

⁷ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. p. 37.

⁸ MATTIETTO, Leonardo. *O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos*. p. 174.

Na época imperava o liberalismo, sonho da política econômica que premiava o individual, em detrimento do coletivo. A dogmática do direito obrigacional no período do liberalismo mereceu a crítica de VON IHERING, *que introduziu surpreendente revolução na cultura jurídica, ao se inclinar em favor do coletivo contra o indivíduo, com a afirmação de que o Direito se determina pelo que é útil à sociedade*, como narra ORLANDO GOMES.⁹

Como era de se esperar, a doutrina individualista foi batida em seus próprios fundamentos éticos e culturais, ruindo, com ela, os conceitos e pressupostos filosóficos tão excelentemente construídos pelos pandectistas.

Anota ainda ORLANDO GOMES que:

O positivismo científico florescente no século XIX concebia o Direito como sistema de preceitos e decisões derivados de princípios deduzidos racionalmente, sem levar em conta, como proclamou Windscheid, considerações éticas, políticas ou econômicas”. A tarefa obsessiva dos positivistas era de burilar conceitos.¹⁰

Para os pandectistas, o ordenamento jurídico nada mais era do que um sistema totalmente organizado e independente, isento de lacunas, de sorte que todo o caso jurídico pudesse ser resumido num conceito. A função do juiz era reduzida a mero autômato. Julgava pelo processo da subsunção, numa sucessão sistemática, totalmente ordenada sob forma estritamente lógica. O método dessa Escola caracterizava-se pelo abuso de abstrações lógicas.

Dessa forma, previsível que houvesse gradativamente a decadência do voluntarismo jurídico.

De fato. Transformações econômicas, políticas e sociais provocaram a decadência do voluntarismo no Direito Privado. O individualismo instituiu o dogma da autonomia da vontade, sem levar em conta que: *“Admitir a força criadora da vontade individual era consagrar o arbítrio”*.¹¹

Evidente que gigantescos grupos privados exercem um poder de fato não menos ameaçador que o Estado, convertendo em pura ilusão a teórica igualdade das partes e a autonomia da vontade.¹²

4 NOVA CONCEPÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Gradativamente a sociedade moderna vem rompendo com certos dogmas, nascendo uma concepção social do contrato, como tendência moderna inclusive no âmbito constitucional.¹³ É o direito como instrumento de conformação social, como ilustra CANOTILHO.¹⁴

Para essa nova concepção, não só o momento da manifestação da vontade (consenso) é o que importa; importa também os efeitos do contrato na sociedade. Haverá um *intervencionismo* cada vez maior do Estado nas relações contratuais, no intuito de relativizar o antigo dogma da autonomia da vontade com as novas preocupações de ordem social, com a imposição de um novo paradigma, notadamente o princípio da boa-fé objetiva.¹⁵

9 GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. p. 2.

10 *Ibid.*, p. 3.

11 *Ibid.*, p. 9.

12 LORENZETTI, Ricardo Lui. **Fundamentos do direito privado**. p. 119.

13 MATTIETTO, Leonardo. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. p.163-185.

14 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. p. 326.

15 MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. p.102.

Tem sido uma constante a revisão dos contratos, tanto para coibir abusos quanto para adequá-los à sua função social. Lembra Heloísa CARPENA que ao indivíduo serão reconhecidos direitos, poderes e faculdades, na medida em que venham a contribuir com o bem-estar da coletividade, que sejam socialmente úteis.¹⁶

Há uma tendência de ceder à autonomia da vontade diante de matéria de ordem pública ou de ofensa ao consumidor ou, ainda, nos pactos marcados pela manifesta desproporcionalidade entre os promitentes ou que revelam cláusulas abusivas ou injusta desvantagem para uma das partes, prevalecendo o coletivo ao individual. Desta forma, a defesa dos direitos difusos e uma nova ordem social tendem para uma consolidação ainda maior da teoria da confiança ou da validade, de sorte a coibir formas usuais de abusos na celebração dos contratos.

O Código Civil/2002 reflete um direito contratual reestruturado. Celebra a primazia dos chamados valores plurais ou coletivos em face dos equivalentes axiológicos do plano individual. Está o novo estatuto civil concentrado na função social do contrato (art. 421) e na proteção do hipossuficiente da relação contratual (art. 423). Em sua nova concepção, diz Miguel REALE ser o contrato um elo que, de um lado, põe o valor do indivíduo como aquele que o cria, mas, de outro lado, estabelece a sociedade como o lugar *onde o contrato vai ser executado e onde vai receber uma razão de equilíbrio e medida*.¹⁷

O poder da vontade humana, criadora de obrigações, sempre se pautou no princípio da autonomia da vontade. O Código Civil Francês de então, ao dispor em seu art. 1.134 que “*as convenções legalmente formadas têm o valor das leis para aqueles que a fizeram*”, mereceu de RIPERT a crítica de parecer extraordinariamente forte a fórmula preconizada por seu legislador.¹⁸

5 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DA OBRIGAÇÃO

O vínculo envolvendo credor e devedor não deve ser investigado exclusivamente sob o prisma da norma positiva, *pela qual a lei manda que se respeite a palavra dada e obriga à observância do contrato, mas ir mais além e indagar qual a razão suprema pela qual qualquer ordenamento, ainda o mais primitivo e imperfeito, abraça tal norma*¹⁹. De nada serve recorrer, como BENTHAM, ao conceito do *interesse individual*, que leva por motivos utilitários a observar as promessas; ou como PUFENDORF ao de um *pacto social tácito*, no qual cada homem se compromete para com os outros a manter a sua palavra; ou como GIORGI, ao outro da *veracidade* pelo qual, sendo ao homem imposto o dever de dizer a verdade, tal dever o vincula quando manifesta uma vontade sua, destinada a obrigar-se.²⁰

Cotejando esses sistemas, RUGGIERO chega a um outro conceito quanto ao fundamento de obrigatoriedade, que é o da *unidade da vontade contratual*, segundo o qual, *as simples vontades dos contraentes no momento em que, declaradas, se encontram, perdem cada uma a autonomia própria e fundindo-se dão lugar a uma nova vontade unitária (a vontade contratual)*.²¹

16 CARPENA, Heloísa. **Abuso do direito**. p. 133.

17 REALE, Miguel. **O projeto do Código Civil**. p. 10.

18 Segundo Georges RIPERT, “Para chegar a esta concepção da vontade soberana, criando ela própria e unicamente pela sua força direitos e obrigações, foi preciso que na obra lenta dos séculos a filosofia espiritualizasse o direito para desembaraçar a vontade pura das formas materiais pelas quais se dava, que a religião cristã impusesse aos homens a fé na palavra escrupulosamente guardada, que a doutrina do direito natural ensinasse a superioridade do contrato, fundando a própria sociedade sobre o contrato, que a teoria do individualismo liberal afirmasse a concordância dos interesses privados livremente debatidos sobre o bem público. Pode então reinar a doutrina da autonomia da vontade que é ao mesmo tempo o reconhecimento e o exagero do poder absoluto do contrato. Hoje procura-se a fonte de todos os compromissos numa vontade expressa ou tácita, e ensina-se que a vontade pode sempre criar um compromisso lícito. A obrigação assumida não é mais que uma manifestação do direito natural que assiste a todo o homem de se obrigar e, portanto, de manifestar uma liberdade que ele não pôde alienar. A Escola do direito natural persuadiu todos de que este compromisso, porque é voluntário, é necessariamente conforme à lei moral. Quando alguém decide alguma coisa a respeito do outro, dirá Kant, é sempre possível que lhe faça alguma injustiça, mas toda a injustiça é impossível quando ele decide por si próprio” (A regra moral nas obrigações civis. p.53-4).

19 RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. p. 303. v. 3.

20 *Oh. cit.*, p. 303-4.

21 *Oh. cit.*, p. 305.

O contrato preliminar é uma forma de se pactuar uma vontade que ainda será objeto de um contrato definitivo.

PUIG PEÑA emite laborioso conceito, capaz de elucidar o contrato de promessa e suas características:

Se puede definir el contrato de promesa em general o contrato preliminar, diciendo que es aquel por cuya virtud dos o más personas se comprometen a celebrar en un plazo cierto determinado contrato, que por el momento no quieren o no pueden estipular. De esta definición se deducen las características siguientes:

a) Se trata de un contrato, pese al giro de la palabra precontrato (que parece indicar que no estamos ante un propio contrato, sino ante una situación precontractual), pues hay la necesaria coincidencia de voluntades sobre um objeto y com una causa determinada (...).

b) Es un contrato de tipo consensual, pues que se perfecciona com el simple consentimiento de las partes. [...].

c) Por él las partes proyectan su voluntad sobre la conclusión en el futuro de un determinado contrato. Ésta es la esencia propia del contrato preliminar, que le diferencia del definitivo que luego estipularán las partes.²²

O vínculo jurídico eclético é o que mais se harmoniza com o nosso sistema. O elo envolvendo os contratantes se constitui numa verdadeira unidade. Se não há espontaneamente o cumprimento da obrigação (endonorma), provoca-se a jurisdição para aplicação da sanção (perinorma). Se houve o pagamento da obrigação, mas o credor se nega a dar a quitação, terá o devedor direito às conseqüências jurídicas positivas decorrentes do cumprimento do pacto. Em qualquer das situações é justificável sentença que possa substituir a vontade do proponente, mesmo para a obtenção da recusada quitação.

6 FUNGIBILIDADE DA DECLARAÇÃO DE VONTADE

Quanto ao tema específico, ou seja, obrigação de prestar declaração de vontade, a ordem jurídica em muito avançou. Voltemos ao assunto.

Enquanto que na obrigação de fazer e de não fazer a prestação consiste num procedimento do devedor (positivo ou negativo), na obrigação de dar a prestação incide sobre coisas, certas ou incertas.

Nas obrigações de dar, é possível a atuação do Estado para se obter a execução específica da obrigação.

No entanto, tratando-se de obrigação de fazer normalmente ocorre o contrário, porquanto difícil ou impossível compelir compulsoriamente o devedor a realizar a prestação a que se obrigou, já que a ordem jurídica repudia o emprego de força física para tal mister.

Houve notável avanço do conceito de obrigação fungível para infungível no direito brasileiro. Essa distinção abrandou o rigor da impossibilidade da execução específica das obrigações de fazer.

Criou-se novo conceito de obrigações de fazer fungíveis e infungíveis.

²² PUIG PEÑA, Federico. *Compendio de derecho civil español*. p.541.

Se de um lado temos as obrigações fungíveis, que por sua natureza ou disposição convencional, podem ser satisfeitas por terceiros, quando o obrigado não as satisfaça, nada impedindo que o credor as execute, mesmo se utilizando serviço de terceiros (artigos 633 e 634 do Código de Processo Civil), temos, de outro lado, as infungíveis, que somente podem ser satisfeitas pelo obrigado em razão de suas aptidões ou qualidades pessoais.

Tratando-se de obrigações infungíveis, descumprindo o devedor o contrato, tudo se resolve em perdas e danos. Registre-se que essa infungibilidade pode decorrer do contrato (forma convencional) ou da própria natureza da prestação (infungibilidade natural).

Durante muito tempo conviveu-se com a idéia de que o compromisso de contratar, como a declaração de vontade propriamente dita, representaria típica obrigação de fazer, ou seja, ato personalíssimo, que só o devedor poderia prestá-lo; portanto infungível. No caso de descumprimento da obrigação, só restaria ao credor o caminho das perdas e danos. Em defesa dessa posição sustenta RUGGIERO que, de tal promessa nasce apenas um direito de crédito à conclusão do contrato e o não cumprimento desta levará sempre e apenas à indenização do *id quod interest* e não aos efeitos que teria produzido o contrato a estipular se, na realidade, tivesse sido feito, não podendo a sentença que condena na indenização substituir o consenso que não foi prestado.²³

Porém, tese contrária já sustentava o derogado Código de Processo Civil de 1939, admitindo a fungibilidade, pois permitia o suprimento da declaração de vontade omitida por uma manifestação judicial equivalente (art. 1006 e §§).

Com isso, do contrato preliminar sem cláusula de arrependimento já nasce ao credor o direito à conclusão do contrato principal. A rigor o promitente comprador não obtém do juízo uma condenação, mas sim uma sentença constitutiva, declarando-o investido da execução do contrato, produzindo a sentença o efeito da declaração não emitida. É a redação dos artigos 466-A, 466-B e 466-C do Código de Processo Civil, com a redação da Lei n.11.232, de 22 de dezembro de 2005.

Da chamada fungibilidade da declaração de vontade decorre certos efeitos, notadamente o de se sujeitar o promitente a um provimento jurisdicional que produz o mesmo efeito se a declaração fosse regularmente cumprida.

Em determinadas situações a obrigação de fazer dispensa comportamento físico relevante do obrigado, como no compromisso de outorgar escritura pública de compra e venda, ou de prestar fiança, ou de celebrar locação ou comodato. O mesmo não ocorre se a obrigação fosse fisicamente relevante, como na edificação do prédio ou na construção da cerca divisória.

Nesse raciocínio, ao invés dos interessados convencionarem desde logo o contrato definitivo (no exemplo a escritura de compra e venda do imóvel), os figurantes convencionam as cláusulas e condições do pós-contrato (*pactum de contrahendo*), no instrumento tradicionalmente designado de compromisso ou de contrato preliminar de compra e venda. Não raro, com maior frequência o que leva o promitente vendedor a celebrar o compromisso ou é a ausência momentânea de documentos essenciais para o contrato definitivo ou a estipulação de pagamento do preço em parcelas, sem a cláusula de arrependimento. Claro, pois, se houvesse a previsão de arrependimento, só restaria aos contratantes a rescisão e a liquidação das perdas e danos e não a execução *lato sensu* ou a chamada adjudicação compulsória.

Nessa modalidade de compromisso sem cláusula de arrependimento, o compromitente se obriga a manifestar sua oportuna concordância no contrato definitivo. Pode ocorrer, no entanto, que ele, promitente vendedor, sem motivo plausível, se negue a cumprir o ato de vontade do contrato preliminar. Isto ocorrendo, a obrigação se revelará infungível e insub-rogável? A resposta é negativa.

23 RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. p. 339. v. 3.

7 INFUNGIBILIDADE JURÍDICA

Em remoto passado, repita-se, imperou a idéia de ser inadmissível a substituição da vontade omitida por ato judicial, isto porque, se tal fosse possível, flagrante seria a agressão à liberdade do promitente. No caso, só restaria ao outorgado promitente comprador postular perdas e danos.

Essa corrente cedeu à crítica de CHIOVENDA²⁴ e, entre nós, do ensaio de LUIS EULÁLIO BUENO DE VIDIGAL²⁵, demonstrando se tratar, no caso, de **infungibilidade jurídica** e não material, o que facultaria ao órgão jurisdicional sub-rogar a vontade faltante. Afinal, bastaria que o Estado captasse a vontade originária do figurante inadimplente para concluir o contrato, já que livre e eficazmente emitida no *pactum de contrahendo*.

Tal efeito é exclusivamente jurídico. A incolumidade física do executado permanece protegida. Tudo se passa no mundo jurídico, no primeiro momento, e no plano da eficácia. A sentença, que sub-roga a renitente volição do obrigado, não o compele a manifestá-la *manu militari* porque, simplesmente, dela prescinde, gerando no mundo jurídico consequência idêntica à declaração espontânea. A execução vem depois e nos atos materiais de cumprimento do julgado, como assinala ARAKEN DE ASSIS²⁶, lembrando sempre que o provimento de substituição da vontade do compromitente é simples exemplo e espécie do gênero mais amplo das obrigações de emitir declaração de vontade.

Se o gênero é de ações de obrigação de emitir declaração de vontade (arts. 466-A, 466-B e 466-C do Código de Processo Civil), temos inúmeras espécies ou *nomen iuris* de ações, cabendo destaque para a adjudicação compulsória de que trata o Decreto-Lei 58 de 10 de dezembro de 1937; a remissão de imóvel hipotecado (art. 1.481 do Código Civil); a exoneração de fiança (art. 835 do Código Civil); o direito à quitação regular (art. 319 do Código Civil); a condenatória em prestar fiança ou a cumprir o comodato ou a locação, por força do contrato preliminar de compromisso; a prestação de caução coativa contra o obrigado, para que este a preste, sob pena de incorrer na sanção que a lei ou o contrato cominar para a falta (art. 830 do Código de Processo Civil), dentre outras ações.

Depois de assinalar que a parte interessada tem a faculdade de pedir a rescisão do contrato preliminar com a condenação do inadimplente em perdas e danos, MESSINEO, emérito professor da Universidade de Milão, já chamava atenção em ser mais frequente a execução específica da obrigação e não a opção pelas perdas e danos:

Pero hay también (y será caso más frecuente), la posibilidad de provocar, mediante demanda judicial, el pronunciamiento de una sentencia especial que ocupe el lugar y produzca los efectos mismos del contrato definitivo no-concluso (sentencia llamada constitutiva (...): sentencia en la cual se concreta un caso de ejecución en forma específica (...); con el efecto de que la sentencia en cuestión (cuando pase en cosa juzgada) será también título para imponer ulteriormente, a la parte renitente, el cumplimiento de la prestación; y, especialmente, si la materia del contrato es la transferencia de um derecho real, la sentencia misma – en cuanto título ejecutivo – producirá (cuando sea ejecutada) la transferencia (coactiva) de ese derecho.²⁷

Somente no caso de impossibilidade da execução *in natura* é que o credor se verá forçado a contentar-se com a indenização das perdas e danos. Tanto num como no outro caso, se socorre o interessado do poder jurisdicional, exercendo a *actio*.

²⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. p. 294-8.

²⁵ BUENO DE VIDIGAL, Luis Eulálio. *Da execução direta das obrigações de prestar declaração de vontade*. p.115-192.

²⁶ ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. p. 405-6.

²⁷ MESSINEO, Francesco. *Manual de derecho civil y comercial*. p. 469.

8 ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA. CONCEITOS

Cumpre distinguir a adjudicação como ato jurídico ou administrativo da adjudicação compulsória como ação.

O vocábulo adjudicação, que se originou da *adjudatio* latina, tem extenso campo de aplicação na área do direito.

No direito administrativo serve para qualificar como aceitável uma proposta de fornecimento de bens ou serviços para a administração pública, mediante contrato. No direito processual civil está o vocábulo de forma típica para designar o pedido coativo que faz o exequente, para que o juízo transfira-lhe bens do patrimônio do devedor, em pagamento da obrigação (art. 647, II, 685-A e 708, II, do CPC), mediante depósito do preço ou reposição da diferença. De forma atípica, o vocábulo encontra-se implicitamente nos arts. 466-A, 466-B e 466-C do Código de Processo Civil, para designar o *nomen iuris* também da ação colocada à disposição do promitente comprador com contrato quitado e sem cláusula de arrependimento, visando a uma sentença de reconhecimento do domínio, por força do inadimplemento da obrigação por parte do promitente vendedor. No âmbito do direito civil, mais precisamente no campo sucessório, o vocábulo adjudicação designa o pedido feito por cessionários ou herdeiros, também de transferência de bens, ora em decorrência da própria cessão de direitos hereditários ou de meação, ora em decorrência de pagamento de despesas feitas por herdeiros ou sucessores, no curso do inventário ou arrolamento.

9 A ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA NO DIREITO BRASILEIRO

Quando da instituição da adjudicação compulsória pelo Decreto-Lei 58, de 10 de dezembro de 1937, o tema já não representava novidade.

O nosso sistema processual civil teve seu esboço com o Regulamento 737, que disciplinou normas para o processo comercial e contemplou a execução da sentença, a assinatura de dez dias e a ação executiva. As normas processuais propriamente ditas foram recepcionadas pelo Decreto 763, de 1890.

O Código de Processo Civil de 1939 distinguiu a execução de sentença da ação executiva. Aquela resultante de uma sentença condenatória proferida numa ação de conhecimento. Esta, de procedimento especial, ensejava execução por título extrajudicial, com um misto de conhecimento, por permitir defesa dentro dos próprios autos da execução.

A lei civil instrumental, desde a adoção do CPC de 1939, já admitia a fungibilidade da obrigação constante de contrato preliminar, ao permitir o suprimento da declaração de vontade omitida por uma manifestação judicial equivalente (art. 1006 e §§).

A adjudicação compulsória decorre de um contrato de compromisso de venda e compra quitado, sem cláusula de arrependimento, com a recusa injustificada do promitente vendedor em outorgar o domínio sobre o bem objeto da contratação.

Conviveu-se durante longos anos com uma dupla exigência como condição de admissibilidade da ação de adjudicação compulsória: que a tutela só poderia ser concedida diante de obrigação não cumprida decorrente de contrato originário de loteamento registrado e, ainda, que tal contrato tivesse o prévio registro em títulos e documentos ou à margem do Registro Imobiliário, para que pudesse valer contra terceiros, isto é, para que tivesse eficácia *erga omnes*.

Houve evolução jurisprudencial e doutrinária, principalmente depois da instalação do Superior Tribunal de Justiça, dando dimensão maior a esse instituto, fazendo com que houvesse a admissão da adjudicação compulsória mesmo diante de imóveis não loteados, de bens móveis ou de semoventes e independentemente do registro em títulos e documentos.

Por outro lado, forçoso convir a natureza não condenatória da sentença que acolhe a adjudicação compulsória, não discrepando este conceito, do teor dos arts. 466-A, 466-B e 466-C do Código de Processo Civil.

A venda de terrenos a prestações e a crescente especulação imobiliária que já se sentia na época, acabou gerando o Decreto-Lei n. 58, de 10 de dezembro de 1937, trazendo à baila a adjudicação compulsória como forma de o Estado substituir a vontade do devedor em mora, outorgando ao credor promitente comprador o título de domínio do imóvel objeto do contrato. A evolução doutrinária e jurisprudencial acabou dinamizando ainda mais o instituto da adjudicação compulsória, premiando, acima de tudo, a autoridade do contrato.

Do início pífio da exigência prévia do registro do contrato preliminar, chegou-se à inexistência de registro; da impossibilidade da antecipação da tutela específica, chegou-se à permissibilidade de dita antecipação, ainda no início da fase cognitiva de conhecimento.

10 O INSTITUTO PERANTE O VIGENTE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Redação dúbia mereceu os revogados artigos 639 e 641 do Código de Processo Civil. Esses dispositivos foram inseridos dentro do capítulo das obrigações de fazer e de não fazer, quando a rigor retratam ação de conhecimento. Com a Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005, esses dispositivos foram revogados.

dando ensejo aos artigos 466-A, 466-B e 466-C, inseridos no capítulo relativo aos efeitos da sentença, considerada esta, especificamente, como executiva *lato sensu*.

Seria justificável a inserção da ação para prestar declaração de vontade pelo procedimento comum (sumário ou ordinário). Poderia ser objeto, aliás, da discriminação do inciso II, do art. 275 do Código de Processo Civil, que contempla ações típicas de procedimento sumário, sem prejuízo da conversão de rito, do sumário para o ordinário, como prevê a lei civil instrumental.

Certo, pois, que a ação de adjudicação compulsória é de conhecimento e de natureza constitutiva, a ensejar o procedimento comum, ou seja, sumário ou ordinário, sem qualquer necessidade de uma execução típica por título judicial para entrega de coisa, diante do sincretismo processual (execução *lato sensu*).

11 OBJETO DA DECLARAÇÃO DE VONTADE

A sub-rogação da vontade nasceu originariamente para contemplar os negócios jurídicos disponíveis, destacando-se os contratos de compromisso de venda e compra, a remissão de imóvel hipotecado, a exoneração de fiança, o direito à quitação regular etc.

Tratando-se de direitos indisponíveis, revela-se inadequada a pretensão de se obter sentença substitutiva da vontade do promitente. Efetivamente, de que maneira sub-rogar o vínculo matrimonial, se o casamento é reunião de corpos que se amam?²⁸ Efeitos materiais, como na promessa de casamento, escapam à ação contemplada nos arts. 466-A, 466-B e 466-C do Código de Processo Civil.

²⁸ ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. p. 408.

Ressalva-se a possibilidade da obtenção da tutela contra a Fazenda Pública, mormente para obter o devedor a quitação regular.

O instituto da adjudicação compulsória nasceu inicialmente para contemplar bem imóvel. Ordinariamente, não há qualquer impedimento na utilização dessa ação para bens móveis ou semoventes.

Mas há que se fazer uma diferenciação. Tratando-se de bens imóveis o domínio se demonstra pelo registro do título aquisitivo perante o Serviço Registral de Imóveis. No que se refere aos bens móveis, a prova do domínio dá-se com a simples tradição.

Ora, o promitente comprador de bens móveis pode ter interesse jurídico na obtenção de sentença constitutiva, servindo o ato judicial como título de aquisição, independentemente ou não do registro administrativo. Sabe-se que há determinados bens móveis ou semoventes que se sujeitam a registro administrativo, sem que tal registro possa garantir, com eficiência, o domínio. É o caso do registro de transferência de veículos automotores na repartição de trânsito²⁹ e a expedição de nota de compra e venda de animais, notadamente bovinos, perante a repartição fazendária. De ver-se que, quando não há recusa na outorga ou transferência de domínio, na impossibilidade material do cumprimento do ato de vontade, tudo se resolve pelo procedimento de jurisdição voluntária, notadamente através de pedido de simples alvará.³⁰

Embora exista um registro administrativo de transferência de bens móveis ou de semoventes, tais registros não provam, por si só, o domínio, já que este se demonstra pela tradição. Diante da recusa no cumprimento da vontade, só a atuação do órgão jurisdicional é capaz de documentar o domínio, pela sentença constitutiva.

Portanto, a sub-rogação de vontade originária de negócios jurídicos de bens móveis, imóveis ou semoventes pode se sujeitar a uma sentença constitutiva no processo de adjudicação compulsória ou em processo condenatório ou constitutivo de prestar declaração de vontade, quando o objeto da obrigação for pessoal, como na prestação de fiança ou na quitação da dívida, cujo comprovante de pagamento foi negado pelo credor.

Possível também a sub-rogação para alcançar direito ou cessão de contrato, por não depender de ato material do promitente, mas de simples ato volitivo. Assim, os compromissos de cessão de contrato ou de cessão de direitos, comportam pedido de sub-rogação da vontade, desde que preenchidas as condições para o exercício do direito de ação. É o caso da recusa por parte do comprador de cotas sociais de empresa, em promover a competente alteração perante o Registro do Comércio.³¹

Outra hipótese de substituição da declaração de vontade é encontrada no art. 830 do Código de Processo Civil que retrata a caução. Segundo aquele dispositivo, aquele em cujo favor há de ser dada a caução requererá a citação do obrigado para que a preste, sob pena de incorrer na sanção que a lei ou o contrato cominar para a falta.

Assim, excluídos os direitos indisponíveis ou atos que necessitam de efeitos materiais (como na promessa de casamento) ou físicos, todos os demais atos de vontade se sujeitam à substituição contemplada nos arts. 466-A, 466-B e 466-C do Código de Processo Civil.

29 A esse respeito Acórdão do E. TJMS: APELAÇÃO CÍVEL. TRANSAÇÃO COM VEICULO AUTOMOTOR. REGULARIZAÇÃO DE DOCUMENTOS JUNTO AO DETRAN. RECUSA DO VENDEDOR EM RECONHECER A FIRMA. SUPRIMENTO JUDICIAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 639 DO CPC. NÃO-PROVIMENTO. Provas da realização do negócio e tendo o vendedor se recusado a comparecer no cartório competente a fim de reconhecer sua firma no documento de transferência do veículo, pode o juiz suprir tal formalidade amparando-se na disposição do art. 639 do CPC. RJTJMS, n.105, p. 84.

30 [...] O requerente poderá obter a transferência e inscrição do automóvel no Registro em seu nome através de simples Alvará, obtido através do juízo que inventariou os bens deixados pelo comprador ao falecer. (TARS, AC n. 185052529, Terceira Câmara Cível, Erechim - RS).

31 "Ação de Obrigação de Fazer - CPC, art. 639 - Aquisição de cotas sociais - Inércia em proceder a alteração contratual e registro perante os órgãos competentes - Sentença que produz o mesmo resultado - Recurso desprovido. Se a parte que adquiriu cotas sociais de uma empresa se recusa, injustificadamente, a proceder a alteração contratual e registro junto aos órgãos competentes, dessa avença, pode o outro contratante postular uma sentença que "servirá para condenar o réu a prestar a declaração ou, então, servir como sucedâneo dele" LIMA, Alcides de Mendonça. Comentários. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 852. VI vol. t. II. (TAPR, AC n. 0117034-9, Cascavel, 7.ª Câmara, Rel. Noeval de Quadros - Ac. 7648, julgado em 30.3.98, DJ. 24.4.98).

12 NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO DE ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA

A ação de adjudicação compulsória decorre de uma obrigação juridicamente infungível e descumprida.

A rigor a adjudicação compulsória representa o *nomen iuris* da ação prevista no Decreto-lei 58, de 10.2.37, art. 16, com a redação dada pela Lei n. 6.014, de 27.12.73. Compete ao promitente comprador que pagou o preço, mas teve a outorga de domínio recusada pelo promitente vendedor.

Na verdade, a ação dos arts. 466-A, 466-B e 466-C do Código de Processo Civil e a ação de adjudicação compulsória constituem a mesma ação. O que muda é o *nomen iuris*, o que, aliás, é irrelevante para o direito. O que importa é a presença dos elementos da ação (partes, pedido e objeto), afinal, “o direito à obtenção do contrato definitivo pertence à órbita do direito material e, neste campo, deve ser investigado e avaliado. O remédio jurídico processual, que eventualmente o veículo, a toda evidência não lhe altera a dimensão outorgada naquele âmbito, nem modifica sua natureza real ou obrigacional.”³²

Quanto à tutela jurisdicional pretendida, a ação é de natureza constitutiva, já que a pretensão é de modificar uma relação jurídica, criando uma nova ordem.

Merece reflexão alguns temas relacionados à sub-rogação da vontade.

Há alguns anos, pelo menos três grandes correntes jurisprudenciais insistiam na defesa das seguintes posições: a) inviabilidade da execução específica do compromisso de compra e venda não registrado (posição hoje referendada pelo novo Código Civil, por força do parágrafo único do art. 463);³³ b) a adjudicação compulsória não é ação real, mas pessoal;³⁴ e c) distinção entre adjudicação compulsória e condenação ao cumprimento de obrigação de contratar.

13 OBRIGATORIEDADE OU NÃO DO REGISTRO DO CONTRATO

O registro do contrato preliminar perante a matrícula imobiliária, ou perante o serviço de títulos e documentos, serve para dar publicidade ao ato. Serve para dar eficácia *erga omnes* àquela promessa, de modo que, terceiro, não venha alegar desconhecimento quanto à existência do *pacto em contrahendo*.

Dado o caráter pessoal desse vínculo obrigacional, a ausência de seu registro não impedia o reconhecimento da pretensão adjudicatória. Essa, aliás, era a posição do Egrégio Superior Tribunal de Justiça³⁵, que proclamava a irrelevância do registro, inclusive fazendo alusão à criteriosa obra de DARCY BESSONE.³⁶

A corte infraconstitucional reiteradamente decidia que: “O direito à adjudicação compulsória é em si de caráter pessoal, não dependendo, para sua plena eficácia entre os próprios contratantes, de registro no ofício imobiliário”;³⁷ “O direito à adjudicação compulsória é de caráter pessoal, restrito aos contratantes, não se condicionando a *obligatio faciendi* à inscrição no registro de imóveis”.³⁸

³² ASSIS, Araken de. **Manual do processo de execução**. p. 411.

³³ Posição do STF, agora adotada pelo novo Código Civil, é de que a ação do art. 639 do CPC pressupõe todos os requisitos essenciais e acidentais do contrato definitivo, pelo que não cabe adjudicação compulsória nem condenação à outorga de escritura se o compromisso não estiver registrado; resolve-se o contrato, no caso de inadimplemento, em perdas e danos (RTJ, 57/330 e 113/919; 114/844; 117/384; 122/343).

³⁴ Tribunais inferiores passaram a discordar da orientação do STF, decidindo reiteradamente que a adjudicação compulsória era forma de execução do compromisso de contratar e não de execução de direito real de aquisição, pelo que não depende do registro do contrato (Revista de Processo, 19/296; RT, 470/176; RF, 209/199).

³⁵ RSTJ 42/407 e 25/465.

³⁶ DARCY BESSONE, de Oliveira Andrade. **Da compra e venda**: promessa e reserva de domínio.

³⁷ STJ, R n. 8.944-SP, Quarta Turma, Rel. Min. Athos Carneiro, DJU de 8.9.92.

³⁸ STJ, REsp n. 19.410-0-MG, Terceira Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU de 8.6.92, RSTJ, 42/407.

O Código Civil de 2002 impôs a obrigatoriedade do registro do contrato preliminar, no parágrafo único de seu art. 463. O Código Civil aborda o contrato preliminar na seção VIII do Título V, que trata dos contratos em geral. Depreende-se de seu art. 463 que concluído o contrato preliminar e desde que dele não conste cláusula de arrependimento, qualquer das partes terá o direito de *exigir a celebração do definitivo*, assinando prazo à outra para que o efetive. A novidade veio no parágrafo único, ao exigir o prévio registro do contrato preliminar, obviamente no Serviço Registral de Títulos e Documentos ou no Serviço Registral de Imóveis.

A exigência de prévio registro representa instrumento inibitório à prática de negócios jurídicos sucessivos sobre o mesmo bem, com lesão ao direito do primeiro adquirente ou de terceiros que venham adquirir o bem já negociado. O prévio registro frustra as tentativas de fraudes contra credores.

Como acentua NELSON ROSENVALD, a norma do parágrafo único de seu art. 463 do CC pode ser compreendida de duas maneiras: entendendo-se que o legislador condiciona a validade do negócio jurídico preliminar ao registro, poderia se concluir que o legislador não agiu com acerto, já que não se deve confundir eficácia obrigacional do contrato preliminar com a sua eficácia real. A eficácia obrigacional é restrita às partes e independe do registro, porquanto suficiente à satisfação das obrigações inseridas no contrato preliminar para que se pretenda a execução específica. Já a eficácia real, concedida pelo registro, objetiva apenas tutelar os contratantes perante terceiros, dotando as partes de sequela e oponibilidade do instrumento *erga omnes*, caso o objeto da prestação seja transmitido a terceiros no curso da execução do contrato preliminar. Diz o ilustre professor que “*exigir o registro do instrumento para fins de exercício de pretensão do contrato definitivo é confundir a eficácia real com a obrigacional, restrita aos celebrantes do negócio prévio*”³⁹, concluindo que a melhor hermenêutica consiste em considerar que o legislador pretendeu afirmar a exigência do registro como forma de concessão de eficácia perante terceiros (coletividade), e não como requisito de validade do negócio.

O professor DILVANIR JOSÉ DA COSTA não vê com bons olhos a redação do parágrafo único do art. 463 do Código Civil. Para ele, estando registrado e não contendo cláusula de arrependimento, o contrato preliminar passa a reger-se pelos arts. 1.417 e 1.418. Não estando registrado, o art. 464 prevê outra solução: a ação de outorga de escritura, mediante sentença, como já ocorre na forma prevista no art. 639 do Código de Processo Civil [esse dispositivo está hoje nos artigos 466-A, 466-B e 466-C], sem necessidade de prévio registro. Conclui que se o contrato for levado à registro, transformar-se-á em direito real de aquisição (arts. 1.417 e 1.418 do Código Civil). E se não for? Responde que é o caso de se aplicar o art. 464 do CC, c/c art. 639 do CPC [a nova redação está nos artigos 466-A, 466-B e 466-C].⁴⁰

Portanto, dispensável o prévio registro, para a utilização da ação de adjudicação compulsória.⁴¹

14 CONDIÇÕES PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO

De forma genérica são três as condições para o exercício do direito de ação: pedido juridicamente possível, legitimidade e interesse processual.

Afora essas condições de ação, não resta dúvida a existência de requisitos específicos de procedibilidade da adjudicação compulsória. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, com escopo na jurisprudência, enumera cinco requisitos:

³⁹ ROSENVALD, Nelson. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Manole, 2007. p. 357.

⁴⁰ Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 796, p. 49, fev. 2002.

⁴¹ Vide, a respeito, acórdão do STJ, do ano 2002: [...] Na ação de outorga de escritura não há que se exigir o prévio registro do compromisso de compra e venda, pois a sentença opera a mera substituição da vontade do promitente vendedor, cumprindo em seu lugar a obrigação de formalizar o contrato de compra e venda prometido; na ação de adjudicação compulsória o registro imobiliário do pré-contrato somente se mostra imprescindível para surtir efeitos erga omnes, hipótese em que a sentença transfere a propriedade do bem, ao passo que, não havendo o prévio registro, produzirá efeitos apenas entre as partes, tão-somente substituindo a vontade do vendedor, nos termos da Súmula nº 239/STJ. – [...] - Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido. (STJ, REsp n. 195236 – SP, PROC 1998/0085144-5, Quarta Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJU 15.04.2002, p.221).

a) O pré-contrato não necessita de inscrição no registro de imóveis, a não ser quando a adjudicação tenha de atingir terceiro adquirente do imóvel gravado.

b) Não é de se exigir escritura pública como condição de eficácia da promessa de compra e venda, ainda que verse sobre imóvel não loteado, face ao que dispõe o art. 22 do Dec.-Lei nº 58, com a redação da Lei nº 6.014, de 1973.

c) Apenas o contrato formalizado com os requisitos mínimos do art. 11 do Dec.-Lei nº 58, pode ensejar a condenação do art. 639 do Código, dadas as exigências a serem cumpridas na transcrição no Registro Imobiliário. Simples recibos ou promessas vagas e incompletas não podem ser equiparadas a pré-contrato para os efeitos da adjudicação compulsória.

d) O pré contrato não pode conter a cláusula de arrependimento, segundo dispõe o art. 22 do Dec.-Lei nº 58. Ressalva-se, porém, a hipótese de ter a cláusula perdido a eficácia, como no caso de haver se extinguido o prazo para arrepender-se, porque então “o obstáculo desapareceu”.

e) Sem a outorga uxória a promessa não dá lugar à adjudicação compulsória de imóvel. A citação deve, pois, abranger marido e mulher.⁴²

Com exceção ao pedido de adjudicação compulsória de bens móveis ou semoventes não inferior ao décuplo do salário mínimo (artigo 401 do Código de Processo Civil), razoável afirmar-se que para o exercício de tal pretensão exige-se documento formal, ou seja, o contrato preliminar ou pré-contrato devidamente formalizado.

Fora da área de permissibilidade do artigo 401 do Código de Processo Civil, a opção pela ação de adjudicação compulsória pressupõe a existência de um documento formal, a vislumbração da livre manifestação de vontade na promessa quitada de venda de um bem ou na promessa de cumprir determinada obrigação juridicamente infungível.

A ausência de um contrato escrito, afora a situação de ínfimo valor (artigo 401 referido), levaria o juiz a declarar o autor carecedor do direito de ação, pela ausência de interesse processual. A ausência de contrato formal justificaria discussão acerca de perdas e danos, jamais sobre o domínio ou sobre a possibilidade de se substituir a vontade do devedor inadimplente.

Se o promitente vendedor não dispõe de título de domínio (o registro imobiliário no caso de bem imóvel ou a tradição no caso de bem móvel), ou se impossível de materializar-se o suprimento buscado, torna-se inadequada a concessão da adjudicação compulsória. O mesmo ocorre se o contrato preliminar prevê cláusula de arrependimento. Tanto num como noutro caso, passa a ser o autor carecedor do direito de ação, por ausência de interesse processual, impondo-se a extinção do processo sem julgamento de mérito. Nessas hipóteses de impossibilidade de obtenção do reconhecimento do domínio sobre a prestação específica (o bem objeto da ação), não resta outra alternativa ao autor se não a de pedir a rescisão do contrato, com a cumulação de perdas e danos contra o promitente inadimplente.

Nesse aspecto MÁRIO AGUIAR MOURA esclarece que o recurso às perdas e danos com fundamento na promessa de compra e venda deve ficar restrito às hipóteses de:

⁴² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de Execução*. p. 291-2.

a) impropriedade da forma adotada; b) ilegitimidade; c) inidoneidade do objeto, não sanada; d) perecimento ou deterioração do bem, com culpa do promitente vendedor; e) transferência do domínio a terceiro, sem que o contrato de promessa esteja registrado.⁴³

Outro aspecto de fundamental importância para a adjudicação compulsória é que esteja o devedor constituído em mora, antes do manuseio dessa ação. Na redação do art. 394 do Código Civil, *considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer*.

De ver-se que não é toda retardação no solver ou no receber que induz mora. Algo mais é exigido na sua caracterização, como acentua CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, ao discorrer que tanto na mora *solvendi* como na *accipiendi*, há de estar presente um fato humano, intencional ou não-intencional, gerador da demora na execução. *Isto exclui do conceito de mora o fato inimputável, o fato das coisas, o acontecimento atuante no sentido de obstar a prestação, o fortuito e a força maior, impedientes do cumprimento*.⁴⁴

A mora não se presume; há que ser demonstrada de forma expressa, ou no corpo do contrato ou através da notificação ou interpelação judicial ou extrajudicial, sob pena de extinção do processo sem julgamento de mérito, por ausência de interesse processual por parte do promitente comprador.

Se o contrato quitado prevê dia, local e horário para a outorga da escritura ou do contrato definitivo, a ausência do promitente vendedor por si só dá ensejo à propositura da adjudicação compulsória. Comum, no entanto – principalmente nas vendas a prazo –, a ocorrência do pagamento das parcelas sem a correspondente outorga de domínio e sem a estipulação de prazo para a outorga. Nesse caso, torna-se indispensável a notificação ou interpelação do promitente vendedor, para constituí-lo em mora.

Ajuizada a ação sem a prévia notificação e demonstrando o promitente vendedor que não se recusara a outorgar o domínio, o processo deve ser extinto, como dito antes por ausência de uma das condições para o exercício do direito de ação, no caso o interesse processual por parte do autor.

15 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para o ajuizamento da ação de adjudicação compulsória não se exige o prévio registro do contrato preliminar. O registro só é necessário para tutelar os contratantes perante terceiros, dotando as partes de sequela e oponibilidade do instrumento *erga omnes*. Tem-se, pois, de se admitir a ação de adjudicação compulsória decorrente de contrato de compromisso de venda e compra sem o prévio registro em títulos e documentos ou à margem da matrícula imobiliária (quando se tratar de imóvel). A esse respeito posição do STJ.⁴⁵

Por outro lado, com o advento da Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005, consolidou-se a assertiva de que a sentença de procedência da ação de adjudicação compulsória deve ser classificada como executiva *lato sensu*, permitida nessa modalidade de ação a antecipação de tutela, corolário da efetividade e instrumentalidade do processo.

43 MOURA, Mário Aguiar. **Promessa de compra e venda**. p. 340.

44 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 196. v. 2.

45 ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA. REGISTRO DA PROMESSA - PREQUESTIONAMENTO - PRECEDENTES DA CORTE - 1 - Está assentada a jurisprudência da Corte no sentido não ser exigido o registro da promessa para o ingresso da ação de adjudicação compulsória. 2 - Permanecendo o Acórdão recorrido no plano do exame do contrato, enquadrado na Lei n. 4.591/64, faltou o devido prequestionamento para a questão do litisconsórcio e da multa excessiva. (STJ, REsp n. 203581 – SP, Terceira Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU 8.3.2000).

16 REFERÊNCIAS

- ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. v.1.
- ASSIS, Araken. **Manual do processo de execução**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BUENO VIDIGAL, Luis Eulálio. **Da execução direta das obrigações de prestar declaração de vontade**. São Paulo: Saraiva, 1965.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CARPENA, Heloísa. **Abuso do direito nos contratos de consumo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil** = *Instituzioni di diritto processuale civile*. 2. ed. Tradução de Paulo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1.
- COSTA, Dilvanir José da. Inovações principais do novo código civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 796, p. 38-65, fev de 2002.
- GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. Fundamentos do direito privado. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Trad.). **Las normas fundamentales de derecho privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 40.160-3, Segunda Turma Cível, Campo Grande, 18.4.1995. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul**, Campo Grande, n. 105, p.84-87, abr., 1995.
- MATTIETTO, Antonio Pinto. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 163-186.
- MESSINEO, Francesco. **Manual de derecho civil y comercial**. 8. ed. Tradução de Santiago Sentis Melendo, da obra italiana de 1952. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1979. v. 4.
- MOURA, Mário Aguiar. **Promessa de compra e venda**. Rio de Janeiro: Aide, 1985.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. 3.
- PELUSO, Cezar (Coord). **Código civil comentado**. São Paulo: Manole, 2007.
- PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español: obligaciones y contratos**. 2. ed. Pamplona, Espanha: Editorial Aranzadi, 1972. tomo III.
- RADBRUCH, **Filosofia do direito**. Tradução de Cabral de Moncada. São Paulo: 1937. p. 207.
- REALE, Miguel. **Fundamentos do direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- _____. **Lições preliminares de direito**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. **O projeto do Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 1986.

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Tradução de Osório de Oliveira. OLIVEIRA. Campinas: Bookseller, 2000.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**: introdução e parte geral. Direito das pessoas. 6 ed. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1.

_____. **Instituições de direito civil**: direito das obrigações. 6 ed. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999. v. 3.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Lições de direito econômico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editora, 2002.

THEODORO JR., Humberto. **Processo de execução**. 22. ed. São Paulo: Leud, 2004.

REVISTA
TRIMESTRAL DE
JURISPRUDÊNCIA

TJMS

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL



Apelação Cível n. 2009.011321-8 - Campo Grande
Quarta Turma Cível
Relator Des. Atapoã da Costa Feliz

E M E N T A - APELAÇÃO – OBRIGAÇÃO DE FAZER – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICO-HOSPITALARES – IMPLANTAÇÃO DE *STENTS* – CLÁUSULA QUE EXCLUI OS SERVIÇOS DE IMPLANTAÇÃO DE MATERIAL IMPORTADO - INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – INTERPRETAÇÃO FAVORÁVEL AO ADERENTE.

Os contratos de prestação de serviço médico-hospitalares por serem de adesão estão submetidos às normas do Código de Defesa do Consumidor, por isso as cláusulas quando dúbias são interpretadas de forma mais favorável ao aderente.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 23 de junho de 2009.

Des. Atapoã da Costa Feliz – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz

Unimed Campo Grande – Cooperativa de Trabalho Médico – interpôs apelação em face da sentença proferida na ação de obrigação de fazer ajuizada por Wilson Dias de Pinho Filho.

A sentença consiste na procedência do pedido para condenar a recorrente a custear o procedimento médico de angioplastia com o implante do “*stent* farmacológico *Cypher*”.

Pede o conhecimento do agravo retido interposto contra decisão que rejeitou o pedido de denunciação da lide da União.

Argui preliminar de cerceamento de defesa, porquanto o julgamento antecipado lhe impediu a produção de outras provas necessárias ao esclarecimento dos fatos médicos que envolvem a demanda.

No mérito, alega que não há provas nos autos de que o *stent Cypher* seja um medicamento importando e não nacionalizado; que o parecer da auditoria médica esclarece o fato de que a substância que reveste o *stent* é importada; que o recorrido concordou expressamente com os termos do contrato; que deve ser

observado o princípio *pacta sunt servanda*; que entre os serviços assegurados, não está a cobertura de despesas com implantação do *stent* almejado pelo recorrido e que não são abusivas tampouco obscuras as cláusulas contratuais.

Contrarrazões pela manutenção da sentença.

VOTO

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

Unimed Campo Grande – Cooperativa de Trabalho Médico – interpôs apelação em face da sentença proferida na ação de obrigação de fazer ajuizada por Wilson Dias de Pinho Filho.

A sentença consiste na procedência do pedido para condenar a recorrente a custear o procedimento médico de angioplastia com o implante do “*stent* farmacológico *Cypher*”.

Pede o conhecimento e provimento do agravo retido interposto contra decisão que rejeitou o pedido de denúncia da lide da União.

Esclarece-se, desde já, que no caso são aplicadas as normas do Código de Defesa do Consumidor, porquanto a relação contratual havida entre as partes é de consumo.

Assim, a decisão agravada deve ser mantida, uma vez que incide o disposto no art. 88 do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual “*na hipótese do art. 13, parágrafo único deste código, a ação de regresso poderá ser ajuizada em processo autônomo, facultada a possibilidade de prosseguir-se nos mesmos autos, vedada a denúncia da lide*”.

O limite imposto pelo artigo 88 do Código de Defesa do Consumidor é justamente para não se retardar a prestação jurisdicional ao recorrido, criando-se uma verdadeira batalha jurídica entre denunciante e denunciado, para os quais existem meios próprios, sem prejuízo às partes.

Posto isso, nega-se provimento ao agravo retido.

Quanto à preliminar de cerceamento de defesa, verifica-se que as provas documentais produzidas nos autos são suficientes para o julgamento do processo, pois a lide está em torno das cláusulas contratuais vigente no contrato de prestação de serviços médicos e hospitalares, o que dispensa a instrução processual com perícia ou audiência de instrução.

Assim, rejeita-se esta preliminar.

No mérito, alega que não há provas nos autos de que o *stent Cypher* seja um medicamento importando e não nacionalizado; que o parecer da auditoria médica esclarece o fato de que a substância que reveste o *stent* é importada; que o recorrido concordou expressamente com os termos do contrato; que deve ser observado o princípio *pacta sunt servanda*; que entre os serviços assegurados, não está a cobertura de despesas com implantação do *stent* almejado pelo recorrido e que não são abusivas tampouco obscuras as cláusulas contratuais.

A questão é esclarecer se o material, “*stent* farmacológico *Cypher*”, pretendido pelo recorrido é assegurado ou não pela prestadora de serviço e se há ilegalidade na cláusula que exclui a cobertura de implantação do produto.

A cláusula VIII do contrato estabelece que:

08 – Cláusula Oitava - Procedimentos não cobertos.

G – Fornecimento de medicamentos e materiais importados não nacionalizados.

Alega a recorrente que a substância que reveste o *stent* é importada, por isso não é assegurada e cabe ao recorrido o pagamento do produto ou a utilização do *stent* padrão.

Observa-se que o contrato realizado pelas partes é contrato de adesão, submetido às normas do Código de Defesa do Consumidor, por isso as cláusulas dúbias, como a contestada nestes autos, deve ser interpretada favoravelmente à parte a qual se presume mais vulnerável, consoante dispõe o art. 47 do Código de Defesa do Consumidor.

Acrescente-se ainda o que prevê o art. 426 do Código Civil:

Art. 423- Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se a adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Assim, em virtude de cláusula que estabelece apenas a não cobertura de material importado, sem especificar quais são os produtos excluídos, deve prevalecer a interpretação de que o “*stent* farmacológico *Cypher*” esta entre os procedimentos cobertos.

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de afirmar que é indiferente o fato de o *stent* ser importado ou não, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL - PLANO DE SAÚDE - EXCLUSÃO DA COBERTURA O CUSTEIO OU O RESSARCIMENTO DE IMPLANTAÇÃO DE PRÓTESE IMPORTADA IMPRESCINDÍVEL PARA O ÊXITO DA INTERVENÇÃO CIRÚRGICA COBERTA PELO PLANO - INADMISSILIDADE - ABUSIVIDADE MANIFESTA DA CLÁUSULA RESTRITIVA DE DIREITOS - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I - Ainda que se admita a possibilidade do contrato de plano de saúde conter cláusulas que limitem direitos do consumidor, desde que estas estejam redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão, nos termos do § 4º do artigo 54 do CDC, mostra-se abusiva a cláusula restritiva de direito que prevê o não custeio de prótese, imprescindível para o êxito do procedimento cirúrgico coberto pelo plano, sendo indiferente, para tanto, se referido material é ou não importado;

II - Recurso provido. (REsp n. 1046355/RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, DJ 5.8.2008).

Precedentes: STJ – Resp n. 896247-RJ, REsp n. 918392-RN, REsp n. 519940-SP.

Sobre a referida cláusula contratual esta Turma já teve a oportunidade de se manifestar no Agravo Regimental em Apelação Cível n. 2006.013731-2/0001-00 de relatoria do Des. Paschoal Carmello Leandro, conforme se verifica do inteiro teor do acórdão, *in verbis*:

Frise-se que mesmo considerando o “*Stent Cypher*” como medicamento importado não nacionalizado, é incontroverso que a cláusula oitava, item 1, alínea “G”, prevista na avença é manifestamente abusiva, nula de pleno direito, pois acaba por restringir um direito fundamental inerente à natureza do contrato, que é a proteção à vida e à saúde da contratante.

Ora, não é razoável admitir que a recorrente, ao disponibilizar um procedimento cirúrgico coberto pelo plano de saúde, possa restringi-lo, de forma a colocar em risco o êxito do procedimento adotado e determinado pelo médico.

Diante disso, considerando que o contrato celebrado entre as parte é de adesão, que o recorrido necessita do material requerido, deve ser mantida a sentença para que a recorrente arque com os procedimentos médicos solicitados.

Posto isso, nega-se provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

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

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

Campo Grande, 23 de junho de 2009.

Apelação Cível n. 2009.012188-2 - Campo Grande
Quarta Turma Cível
Relator Des. Atapoã da Costa Feliz

E M E N T A - APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – RELAÇÃO DE CONSUMO – COMPRA E VENDA DE MÓVEIS – AUSÊNCIA DE PEÇA PARA SUPORTE DE FOGÃO – QUEDA DO ELETRODOMÉSTICO E DE PANELA COM ÓLEO QUENTE – QUEIMADURA GRAVÍSSIMA NA CONSUMIDORA – PRELIMINARES REJEITADAS – CONDENAÇÃO DAS FORNECEDORAS AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO – DANOS EMERGENTES – LUCROS CESSANTES – DANO MORAL E ESTÉTICO – SUCUMBÊNCIA FIXADA EM 15% DO VALOR DA CONDENAÇÃO – QUANTUM RAZOÁVEL – RECURSO NÃO PROVIDO.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 28 de julho de 2009.

Des. Atapoã da Costa Feliz – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz

Portal Itatiba Móveis e Indústria de Móveis Serra Negra Ltda. interpõem recurso de apelação com relação à sentença de procedência em parte do pedido proferida nos autos da ação de indenização ajuizada por Fernando Jorge Timóteo e Edna Jorge Timóteo.

Arguem preliminar de decadência, com base no art. 26, II, do Código de Defesa do Consumidor.

Pedem a reforma da sentença, para julgar improcedente a ação, considerando que os danos e prejuízos sofridos pelos recorridos decorreram de culpa exclusiva dos recorridos.

Pleiteiam, alternativamente, o reconhecimento da culpa concorrente e a revisão do valor fixado para indenização.

Em contrarrazões (f. 141-144), os recorridos aduzem que as razões recursais não atacam a sentença e pedem que seja negado seguimento ao recurso, ou que seja mantida a sentença, negando-se provimento à apelação.

Requerem, ainda, a majoração da sucumbência para 20% do valor da condenação.

VOTO

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

Portal Itatiba Móveis e Indústria de Móveis Serra Negra Ltda. interpõem recurso de apelação com relação à sentença de procedência em parte do pedido proferida nos autos da ação de indenização ajuizada por Fernando Jorge Timóteo e Edna Jorge Timóteo.

Arguem preliminar de decadência, com base no art. 26, II, do Código de Defesa do Consumidor.

Pedem a reforma da sentença, para julgar improcedente a ação, considerando que os danos e prejuízos sofridos pelos recorridos decorreram de culpa exclusiva dos recorridos.

Pleiteiam, alternativamente, o reconhecimento da culpa concorrente e a revisão do valor fixado para indenização.

Em contrarrazões (f. 141-144), os recorridos aduzem que as razões recursais não atacam a sentença e pedem que seja negado seguimento ao recurso, ou que seja mantida a sentença, negando-se provimento à apelação.

Requerem, ainda, a majoração da sucumbência para 20% do valor da condenação.

Consta dos autos que os recorridos encomendaram da recorrente Portal Itatiba alguns móveis para sua residência, os quais foram fabricados pela apelante Indústria de Móveis Serra Negra Ltda.

Depreende-se da inicial que, em 29.4.2003, a mobília da cozinha foi entregue de forma incompleta, ou seja, com ausência dos pés para sustentar a bancada em que ficou o fogão, os quais constavam do projeto, e que, embora os recorridos tenham reclamado de tal fato ao vendedor no ato da montagem do móvel, o serviço não foi complementado pelas recorrentes.

Em face da necessidade de utilizar o fogão, os recorridos permaneceram usando-o da forma como foi deixado pelo montador dos imóveis, sendo que no dia 07.10.04 o suporte do eletrodoméstico deslocou e o fogão caiu, derrubando uma panela de óleo quente sobre a perna da recorrida Edna, fato que lhe causou queimaduras gravíssimas.

Diante disso, a recorrida necessitou de atendimento médico emergencial, o que lhe trouxe despesas e gastos com medicamentos, no total R\$ 694,71; afastou-se de seu trabalho pelo período de 60 dias, tendo prejuízo salarial de R\$ R\$ 1.700,00; além de ter ficado com uma enorme cicatriz em sua perna, fatos que ensejaram o ajuizamento da presente ação.

Na sentença (f. 113-120), o magistrado condenou as apelantes ao pagamento de indenização por danos emergentes, no montante R\$ 694,71; lucros cessantes, no valor de R\$ 1.600,00; danos morais e estéticos, na quantia de R\$ 29.050,00; além das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da condenação.

Feito o retrospecto, passa-se à análise do recurso.

Inicialmente, quanto ao pedido dos recorridos de negativa de seguimento ao recurso de apelação, não lhes assiste razão, porquanto as razões recursais atacam diretamente a sentença.

Verifica-se que as recorrentes rebatem os argumentos utilizados pelo magistrado para julgar procedente em parte o pedido formulado na inicial, pedem a revisão do valor da indenização arbitrado no momento da sentença, do que se conclui que não há afronta ao princípio da dialeticidade.

No que concerne à preliminar de decadência, sem razão as apelantes, por ser aplicável ao caso a prescrição quinquenal, prevista no art. 27 do CDC, visto que os autos tratam de danos causados pelo fato do produto.

A propósito, tal fato restou bem asseverado na sentença: *“Por outro lado, o pedido de indenização pelos danos causados pelo fato do produto foi judicialmente deduzido no quinquênio estabelecido pelo art. 27 do CDC, aplicável à espécie, não havendo falar em prejudicialidade”* (f. 114).

Rejeita-se, assim, mais essa preliminar, pois não transcorreu o prazo de 5 anos, desde o dia do evento danoso (7.10.04) à data da interposição da presente ação de indenização (17.2.05).

No mérito, as apelantes aduzem culpa exclusiva dos recorridos para a ocorrência dos danos e sustentam que adaptaram à mobília por eles fornecida um fogão diverso do que constava no projeto, ou seja, colocaram um fogão de embutir no local onde deveria ser posto um fogão comum.

Todavia, tais alegações não foram de nenhuma forma comprovadas nos autos.

Como se percebe, inexistente documento que prove as afirmações das apelantes nem mesmo o projeto dos móveis acostado à f. 58 é claro o suficiente para mostrar que tipo de fogão deveria ter sido acoplado à mobília.

A recorrida Edna, em seu depoimento em juízo (f. 96), relatou que solicitou um orçamento dos móveis encomendados e que o fogão a ser adaptado deveria ser o que se encontrava no local e, ainda, que ele não era de embutir.

As apelantes, por sua vez, com pleno conhecimento dos móveis que já guarneciam a residência, deveriam projetar a mobília de acordo com o pedido dos clientes e, principalmente, montá-la de forma segura e adequada.

Logo, não demonstrada a má-utilização do móvel pelos consumidores e certa a ausência de peça no móvel, que comprometeu a segurança da mercadoria e causou danos, às recorrentes deve ser atribuída a responsabilidade pelo evento danoso, pois não se eximiram da culpa e sobretudo porque, nesses casos, o ônus da prova se inverte.

Aliás, sobre este aspecto, o magistrado foi preciso:

O Código de Defesa do Consumidor, visando amenizar a vulnerabilidade do consumidor, que por vezes, estaria impossibilitado de provar o fato constitutivo do seu direito, prevê a inversão do ônus da prova, em oposição à regra insculpida no art. 33 do Código de Processo Civil.

A inversão não é automática, mas a critério do Juiz, desde que verossímil a alegação do consumidor e quando for ele hipossuficiente, o que se apura segundo as regras ordinárias da experiência (CDC, art. 6º, inciso VIII).

[...]

A hipossuficiência dos autores frente às rés é indubitosa e as alegações são verossímeis, porquanto amparada pelo depoimento pessoal da autora, coerente com versão narrada na inicial, e no boletim de ocorrência acostado à f. 12.

Partindo desses pressupostos, incumbia às rés provarem que não houve o defeito de montagem descrito na inicial.

No entanto, desse ônus não se desvencilharam. (f. 115-116).

Assim, é devida a indenização aos recorridos, porquanto evidente a responsabilidade das fornecedoras dos móveis, ora recorrentes, na ocorrência do acidente que causou aos consumidores recorridos danos morais, estéticos e prejuízos de ordem econômica.

Diante disso, afasta-se, também, o pedido de reconhecimento de culpa concorrente.

Com relação ao montante arbitrado para a indenização na sentença, tem-se que os valores são suficientes para reparar os prejuízos sofridos pelos recorridos e punir as apelantes pela irresponsabilidade na idealização e montagem de móvel que não garantiu segurança ao consumidor.

Sobre o pedido formulado pelos recorridos nas contrarrazões de majoração das custas, despesas processuais e honorários advocatícios para 20% do valor da condenação, não deve ser acolhido, pois a quantia de 15% do valor total da condenação revela-se condizente com o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, além da ausência de justificativa para a fixação no percentual máximo.

Por conseguinte, a sentença deve ser mantida em todos os seus termos.

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

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

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

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

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

Campo Grande, 28 de julho de 2009.

Apelação Cível n. 2009.015527-8 - Campo Grande
Quarta Turma Cível
Relator Des. Atapoã da Costa Feliz

EMENTA - APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – IMUNIDADE TRIBUTÁRIA – ENTIDADE RELIGIOSA – IPTU – AUSÊNCIA DE PROVA QUANTO À UTILIZAÇÃO DOS IMÓVEIS – RECURSO IMPROVIDO.

Para o reconhecimento da imunidade tributária do IPTU incidente sobre os imóveis de entidades religiosas não basta provar a sua propriedade, faz-se necessário que tal patrimônio esteja servindo ao cumprimento da finalidade essencial da instituição.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 1º de setembro de 2009.

Des. Atapoã da Costa Feliz – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Atapoã da Costa Feliz

Trata-se de apelação interposta pela Igreja Evangélica Assembléia de Deus – Missões, com relação à sentença que denegou a segurança requerida contra ato do Prefeito Municipal de Campo Grande e do Secretário Municipal de Finanças e Planejamento do Município.

Alega a recorrente possuir imunidade tributária nos termos do art. 150, § 4º, da CF, porquanto é vedada a tributação por meio de IPTU de qualquer culto.

Sustenta que a imunidade não se limita ao templo, estendendo-se aos demais imóveis da entidade religiosa.

Foram apresentadas contrarrazões.

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça é pelo improvimento do recurso.

VOTO

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

Trata-se de apelação interposta pela Igreja Evangélica Assembléia de Deus – Missões, com relação à sentença que denegou a segurança requerida contra ato do Prefeito Municipal de Campo Grande e do Secretário Municipal de Finanças e Planejamento do Município.

Alega a recorrente possuir imunidade tributária nos termos do art. 150, § 4º, da CF, porquanto é vedada a tributação por meio de IPTU de qualquer culto.

Sustenta que a imunidade não se limita ao templo, estendendo-se aos demais imóveis da entidade religiosa.

Esclarece-se que as entidades religiosas não sofrem a incidência de impostos sobre seus templos de qualquer culto, na forma do art. 150, VI, “b”, § 4º, *in verbis*:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI - instituir impostos sobre:

b) templos de qualquer culto;

§ 4º - As vedações expressas no inciso VI, alíneas “b” e “c”, compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.

Nota-se que a Constituição da República restringe a concessão da imunidade ao patrimônio, à renda e aos serviços relacionados com a finalidade essencial das entidades, ou seja, para que os imóveis da recorrente sejam imunes ao IPTU é preciso que sejam utilizados para consecução religiosa.

Dessa forma, não basta que o imóvel seja de propriedade da recorrente, faz-se necessário que o bem esteja servindo ao cumprimento da finalidade essencial da instituição religiosa, isto é, que seja utilizada para o exercício da fé.

No caso, a recorrente provou que os imóveis são de sua propriedade, mas não que tais bens são utilizados, de forma direta ou indireta, para o exercício da atividade religiosa.

Observa-se ainda que o ônus de provar que os imóveis estão relacionados com a atividade religiosa era da recorrente.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL - IPTU - IMUNIDADE TRIBUTÁRIA - TEMPLO RELIGIOSO - ÔNUS DA PROVA - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE O IMÓVEL É UTILIZADO PARA ESSES FINS OU DE QUE O GANHO É REVERTIDO PARA A IGREJA.- Os templos religiosos de todo culto gozam de imunidade em relação aos impostos, desde que o patrimônio, renda ou serviços sejam ligados as suas próprias finalidades, nos termos do art. 150, IV e § 1º da CF/88. - Nos termos do art. 333, I, do CPC, compete ao autor comprovar os pressupostos fáticos do seu direito. (TJMG, AC N. 1.0024.08.975735-5/001, Comarca de Belo Horizonte - Apelante(s): Associação da Igreja Metodista, Apelado(a) (s): Município Belo Horizonte, Rel. Des.. Dárcio Lopardi Mendes).

APELAÇÃO CÍVEL – IPTU – IMUNIDADE TRIBUTÁRIA – TEMPLOS DE QUALQUER CULTO – AUSÊNCIA DE PROVA – RECURSO NÃO PROVIDO.

A Constituição Federal assegura aos templos de qualquer culto imunidade tributária, desde que se trate de atividade relacionada às suas funções institucionais. Não demonstrando a recorrente que os bens estão diretamente vinculados às suas finalidades essenciais, como exigido pelo art. 150, VI, “B”, § 4º da CF, descabe o benefício fiscal pleiteado. (TJMS, AC n. 2008.010302-5, Campo Grande, Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, julgado em 6.5.2009).

Assim, não basta que a entidade prove ser proprietária dos imóveis para que a imunidade tributária seja reconhecida, é necessário demonstrar o preenchimento dos requisitos do art. 150, § 4º, da CF.

Posto isso, com o parecer, nega-se provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

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

Campo Grande, 1º de setembro de 2009.

Agravo Regimental em Apelação Cível n. 2007.008076-0/0001-00
Campo Grande - Primeira Turma Cível
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

E M E N T A – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – COMPRA PELA INTERNET – POLO PASSIVO DA DEMANDA – SOLIDARIEDADE INEXISTENTE – COMPRA EFETUADA POR INTERMÉDIO DO SITE E NÃO RECEBIMENTO DO PRODUTO – SITE CONTENDO NORMAS CLARAS DE SEGURANÇA PARA EFETUAR A NEGOCIAÇÃO – RESPONSABILIDADE AFASTADA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Tendo o site esclarecido todos os meios para efetuar uma transação segura, não há falar em responsabilidade da empresa, até porque a agravante efetuou o depósito em conta-corrente de terceiro em agência situada em cidade distinta da que o vendedor afirmava operar.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 23 de junho de 2009.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Mayra Caniza Garcia agrava regimentalmente da decisão monocrática que negou seguimento ao recurso, nos autos da Ação de Restituição de Valores c/c Indenização por Perdas e Danos e Danos Morais proposta em desfavor de Mercado Livre Atividades de Internet Ltda.

Sustenta que não tinha conhecimento das qualificações negativas do vendedor, sendo que a certidão acostada aos autos data de 5.11.2004 e a compra foi efetuada em 15.10.2004. Alega que na data da compra a qualificação negativa do negociante era zero.

Afirma que efetuou a compra pela confiabilidade depositada no site eletrônico, seguindo todas as medidas de cautela que são informadas pelo Mercado Livre. Dessa forma pede pela condenação da empresa solidariamente para reparação dos danos causados pela fraude na sua compra.

Por fim, pugna pelo provimento do presente agravo regimental para declarar o Mercado Livre solidário na condenação de indenização por danos materiais e morais e, alternativamente para que o feito seja levado para apreciação pela 1ª Turma.

VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator)

A decisão monocrática negou seguimento ao recurso porquanto não está demonstrada a responsabilidade solidária da empresa Mercado Livre na fraude da compra efetuada pela agravante. Isso porque, em que pese as datas diferentes entre a compra e a prova acostada à f. 24 averigua-se que são bastante próximas, certo que a autora não carregou aos autos comprovação de que a qualificação do vendedor era positiva.

Ademais, efetuou o pagamento a pessoa em cidade diversa da que constava como vendedor. O site traz informações claras acerca do modo de pagamento, de maneira que a recusa do vendedor em atendê-las revela dúvida quanto à sua honestidade.

Não há, portanto, no presente agravo regimental, prova de que a agravante tomou as cautelas necessárias para efetuar a negociação, razão pela qual a irresignação da agravante não merece prosperar. Logo, subsistem os fundamentos da decisão singular, motivo pelo qual os reitero (f. 288-295):

Infere-se dos autos que a apelante, através do site Mercado Livre tentou adquirir um telefone celular, entretanto os fornecedores, após receberem o dinheiro mediante depósito em conta não enviaram referido produto.

A sentença de primeiro grau condenou os promitentes vendedores ao pagamento de danos morais no valor de R\$ 1.000,00 e afastou o Mercado Livre do polo passivo da ação. A insurgência da apelante é tão-somente quanto essa exclusão.

O recurso não merece prosperar. Isso porque, a empresa fornece dados suficientes e regras de segurança para que os compradores possam efetuar a transação com segurança.

Ademais, à f. 24 a autora juntou documento com a página inicial da oferta do celular, sendo que na qualificação está claro “0% qualificações positivas (100% negativas)”, ou seja, a reputação do vendedor foi informada e, mesmo assim a apelante depositou o dinheiro na conta corrente fornecida. Poderia ter optado pelo mercado pago ou sedex a cobrar como bem assenta a política de negociação segura da empresa.

Dessa forma, mantém-se a sentença singular por seus próprios fundamentos e, para não incorrer em redundância¹, transcrevam-se trechos que servem para embasar esta decisão:

A empresa Mercado Livre mantém portal eletrônico na rede mundial de computadores para o fim de prestar serviços para divulgar produtos; aproximar compradores e vendedores por ela cadastrados; intermediar a compra e venda em alguns casos (mediante serviços complementares tais como o Mercado Pago); operacionalizar a busca de mercadorias, classificando-as por preço, categoria, qualidade etc; administrar a negociação, por intermédio de suas ferramentas eletrônicas de leilão virtual, de diálogo (forum/chat) entre os interessados; entre outros serviços de assistência comercial.

¹ A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL. FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. OMISSÃO INEXISTENTE. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

É lícito ao Tribunal a quo adotar os fundamentos da sentença como suporte do acórdão que a confirme. [...]. (STJ - AgRg no Ag n. 517299/MT, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 09.05.2006, DJ 29.05.2006, p. 230).

Pretende a Ré sua exclusão do pólo passivo da demanda por ser alheia ao negócio jurídico de compra e venda firmado entre a Autora e os demais réus. Todavia, a negociação se deu sob os auspícios da Empresa, que inclusive alertou a compradora acerca dos riscos anormais da operação efetuada, pouco tempo após sua concretização, bem como a Empresa reconhece receber remuneração apenas em caso de sucesso da compra e venda o que desde logo diferencia seus serviços da mera divulgação desinteressada de anúncios. A delimitação da responsabilidade da empresa configura, portanto, questão de mérito, sendo certo que é parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda em razão de ser diretamente conectada com o negócio jurídico analisado. Assim, rejeito a preliminar argüida, porquanto ostenta a recorrente a qualidade de legitimada passiva *ad causam*, até mesmo por incidência da teoria da asserção.

Passo a decidir sobre o mérito.

Cabe esclarecer, inicialmente, que a lide posta em juízo é decorrente de relação de consumo, e, por tal fato, será analisada e decidida com base no Código de Defesa do Consumidor. Não se olvida que a Contestação pretende, às f.119, afastar o micro-sistema consumerista em razão da inexistência de relação de consumo entre a Contestante e a Autora. Formula tal pretensão porque a autora não despendeu qualquer quantia para cadastrar-se junto à contestante [...] o que descaracteriza, portanto, a prestação de serviços conforme definida no código consumerista.

Ocorre, entretanto, que a própria Empresa reconhece que se remunera através dos vendedores, quando os mesmos logram concretizar um negócio. Assim, o sistema se caracteriza como negócio em busca de lucro, ou seja, atividade econômica de prestação de serviços, o que leva à constatação de ser a mesma prestadora de serviços mediante remuneração nos termos do art. 3º, § 2º, da Lei n. 8078/90 e, portanto, sujeita às regras do CDC. Ressalte-se que o fato de a operação não receber diretamente dos adquirentes dos produtos não desnatura a qualidade de prestador de serviço remunerado uma vez que se trata de operação onerosa, custeada por percentual dos negócios realizados e recolhido pelos vendedores.

Evidente, que a remuneração é auferida pelo conjunto da operação montada e que os custos são distribuídos entre os envolvidos. A escolha de impor a cobrança apenas sobre o vendedor é mera opção do negócio, já que o custo será ainda que parcialmente embutido nos preços pelos agentes participantes do modelo de negócios. Passo, enfim, a enfrentar a responsabilidade da Empresa Mercado Livre em caso de malogro do negócio de compra e venda firmado por intermédio dos serviços oferecidos em seu sítio eletrônico. A Empresa exerce atividade nova sem paralelo exato entre os modelos de negócios tradicionais. Não se assemelha exatamente com quem veicula anúncios ou comerciais em jornais, revistas ou canais de televisão porquanto esses se remuneram diretamente pelo serviço de divulgação enquanto a Empresa Ré auferir sua remuneração apenas no caso de sucesso das vendas encetadas, fazendo com que ela acompanhe e tenha interesse econômico no deslinde do negócio ofertado.

Tampouco se assemelha aos negócios realizados pelas empresas telefônicas, uma vez que essas não sabem e não podem saber acerca do teor das conversas efetuadas em suas linhas. É evidente que as conversas telefônicas são protegidas pelo sigilo constitucional e as operadoras do sistema não têm nenhuma responsabilidade sobre o conteúdo dos dados que transportam. O Mercado Livre, ao contrário, conhece os produtos e os participantes do mercado virtual, uma vez que seus serviços se concentram justamente em catalogar esses produtos e cadastrar os compradores e vendedores. Outrossim, inaplicável a analogia com o regime do contrato de corretagem, como pretendido pela Empresa Ré, pois afeto ao regime geral da responsabilidade do Direito Civil e incompatível com o regime próprio de defesa do Consumidor, em especial em face do disposto pelo art.25 caput e § 1º do CDC.

Quanto à semelhança invocada com a administração de shopping centers, a diferença é que o Mercado Livre trata diretamente com os compradores que buscam o site e se cadastram diretamente junto à Empresa Ré enquanto os shoppings centers apenas congregam lojas em seu espaço, não estabelecendo relação direta com os clientes, salvo em relação a serviços acessórios como o de estacionamento, banheiros, área de trânsito etc, sobre os quais, aliás, têm plena responsabilidade por eventuais danos lá sofridos. Além disso, deduz-se dos autos que o Mercado Livre tem conhecimento a respeito dos produtos comercializados e dos participantes que integram o ambiente virtual que mantém. É certo que oferece serviços de busca, catalogação e acompanhamento dos produtos em oferta bem como obtém, mediante cadastramento, informações sobre os membros de sua comunidade. Assim, não pode a Empresa se eximir de toda e qualquer co-responsabilidade pelos atos ilícitos praticados pelos membros cadastrados de sua comunidade dentro do ambiente virtual que mantém. A exclusão geral da responsabilidade, defendida em Contestação, transferiria aos membros cadastrados pelo Mercado Livre todo o risco da operação. Em verdade, a Empresa Ré omite dos participantes dados essenciais a respeito do outro pólo da negociação, justamente para se proteger de eventual desintermediação por parte dos contratantes, ou seja, para evitar que as partes concluam sozinhas o ajuste e se furem do recolhimento da comissão sobre as vendas. Dessa forma, as informações acerca da identidade e contatos das partes são conhecidas apenas pelo controlador da operação, que só as revela no momento em que o oblato aceita a proposta ofertada pelo peticitante.

Tal aceitação é irrevogável, de regra, como destacado na cláusula 7.1 dos Termos e Condições Gerais de uso do Mercado Livre de fls.140. Dessa forma, fácil perceber que os meios de prevenção de fraudes estão majoritariamente à disposição do controlador da operação. Observo que o cadastramento é aceito sem a necessidade de apresentação de qualquer comprovante ou documento. O Mercado Livre poderia, ainda que não seja obrigado a isso, incrementar as exigências e as cautelas para efetivar o cadastramento dos membros de sua comunidade. Empresas de grande porte não agem a esmo: após estudos e análises, adotam as práticas mais convenientes. Mais detidamente, observa-se que os procedimentos escolhidos pela Ré para cadastrar seus membros são frágeis, e se ela assim opta é porque apesar de precários presume-se serem mais lucrativos. A Empresa Ré deve responder por suas escolhas, não sendo lícito transferir aos usuários o risco criado pela modalidade de negócio que empreende, mormente quando os usuários são consumidores em nítida situação de hipossuficiência. Assim, a ampla exclusão de responsabilidade pretendida ou seja, o reconhecimento de que a Empresa Mercado Livre nunca pode ser responsabilizada subsidiariamente pelos negócios jurídicos firmados pelos seus membros cadastrados, dentro do ambiente virtual que mantém para esse fim, como previsto na cláusula 11 responsabilidades do Contrato de Adesão de fls.142 não merece acolhida sob o ordenamento jurídico pátrio, máxime à luz do art. 25 do CDC.

Ainda que respeitável a Jurisprudência colacionada pela Ré no sentido de ser excluída a responsabilidade da Empresa que administra site virtual de intermediação, registra-se também julgados em sentido diverso, *in verbis*: Se a empresa oferece o produto em seu site, promove a intermediação do negócio e ainda recebe comissão pela transação efetuada, torna-se sujeita a solidariedade passiva (art.7º, par. único, do CDC) com o anunciante-parceiro que deu causa à inexecução do contrato. Dessa forma incumbe-lhe a obrigação de ressarcir eventuais prejuízos causados aos consumidores, sem embargo do direito de regresso contra o parceiro que descumpriu a avença. Juiz-Relator Dr. Clodoaldo de Oliveira Queiroz 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais - comarca da capital Vitória (ES) recurso inominado 6714/05 de 30.8.2005 Dessa forma, se mostra possível o reconhecimento de responsabilidade solidária da Empresa Ré, administradora do ambiente virtual, por prejuízos sofridos em razão dos negócios realizados em seu site, todavia, é necessário aprofundar a cognição para avaliar se tal co-responsabilidade incide no caso concreto em exame.

Tal se deve porque a Empresa Ré também pugna pela exclusão de sua responsabilidade em razão de o prejuízo ser decorrente de culpa exclusiva da Autora. No regime do CDC a mera culpa concorrente não basta para afastar a responsabilidade pela indenização total dos prejuízos por parte do fornecedor, pois, apenas a demonstração da culpa exclusiva da consumidora seria idônea para afastar a solidariedade da Empresa Ré. Questão essa a ser enfrentada a seguir.

A Empresa Ré alega às fls.126 da Contestação que a Autora deixou de observar as seguintes instruções: (i) conferir o histórico de negociações do anunciante, (ii) fazer contato com o vendedor por meio seguro, (iii) observar se o valor do bem anunciado não está baixo demais, (iv) não depositar o valor do bem antes de o receber, e (v) não depositar o dinheiro em conta de terceiro.

Registra que tais orientações constam do site, como demonstram os documentos juntados às fls.146 e 147. Tais argumentos não foram objeto da Impugnação à Contestação de fls.197, tornando os fatos incontroversos, até porque compatíveis com a mecânica dos acontecimentos narrada na Inicial.

Depreende-se dos fatos constantes dos autos que a Autora efetivamente agiu com imprudência ao deixar de observar, pelo menos, as instruções (iv) e (v) do administrador do site. Por todo o exposto, ainda que o Mercado Livre possa, em tese, responder solidariamente por prejuízos sofridos em negócios firmados através do site por seus membros cadastrados no caso em exame todavia, também está claro que a Autora obrou com culpa ao depositar açodadamente os valores solicitados pelo vendedor, sem observar as medidas de segurança previstas no próprio site. Percebe-se que, caso a Autora tivesse observado pelo menos uma dessas instruções, não teria sofrido o prejuízo em debate.

Então concluo que, em abstrato, é possível a responsabilização do Mercado Livre, sobremaneira quando o consumidor exercer uma atenção média esperada para o caso e observar razoavelmente as instruções veiculadas; entretanto, também entendo ser exigível do consumidor a adoção de cautelas mínimas, razoáveis e compatíveis com as regras de experiência e com o comportamento esperado para o caso em análise. Revela-se, no caso em comento, a inobservância de cautelas básicas por parte da adquirente do produto.

A Autora depositou em conta-corrente de terceiro, em agência situada em cidade distinta daquela em que o vendedor afirmara operar; não procurou obter nenhum comprovante acerca da identidade do vendedor; não se utilizou de nenhum dos meios seguros oferecidos para concretizar o negócio (Mercado Pago ou SEDEX a cobrar); e pagou adiantado.

Finalmente, não há nos Autos registro de ocorrência policial ou de qualquer iniciativa no sentido de deflagrar a ação inquisitiva das autoridades policiais para, ao menos, rastrear o titular que se beneficiou com o depósito em conta-corrente. A respeito dessa excludente de responsabilidade, a Doutrina sustenta a quebra do nexo causal por força da atuação exclusiva da própria vítima. O professor e juiz Pablo Stolze Gagliano apresenta este exemplo de culpa exclusiva do consumidor:

É o caso, por exemplo, do sujeito que compra uma máquina de lavar louças e, a despeito do visível aviso de advertência, gravado em letras vermelhas e consignado no manual de instruções, no sentido de não se poder manusear o bocal de entrada de energia elétrica, arvora-se eletricitista e coloca o dedo, para ver se a máquina está ligada. Recebe uma forte descarga elétrica, com danos, não só ao aparelho, como ao seu corpo. Nesse caso, tendo havido exclusiva culpa da vítima, não se poderá pretender responsabilizar o fabricante, que não concorreu, no plano causal, para o desfecho danoso.

Assim, ainda que em tese seja possível a configuração da responsabilidade da Empresa Mercado Livre em razão de prejuízos decorrentes de operações firmadas em seu ambiente virtual; neste caso concreto, sob o fundamento de que a Autora não observou as cautelas mínimas esperadas e, por isso, sozinha deu azo aos prejuízos sofridos, reconheço a excludente de responsabilidade do art.14, § 3º, inc. II da Lei n. 8.078/90, para isentar o Mercado Livre de ressarcir os prejuízos sofridos pela Autora”.

Como se vê, inexistente qualquer circunstância que permita modificação à conclusão do magistrado sentenciante, pois, de fato, a apelante não se utilizou dos meios seguros para completar a transação, subsistindo a condenação apenas quanto aos demais réus.

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

Posto isto, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Divoncir Schreiner Maran, Joenildo de Sousa Chaves e João Maria Lós.

Campo Grande, 23 de junho de 2009.

Agravo Regimental em Apelação Cível – Execução n. 2007.022010-8/0001-00
Três Lagoas - Primeira Turma Cível
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

E M E N T A – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – BEM DE FAMÍLIA DADO EM GARANTIA HIPOTECÁRIA A NEGÓCIO CELEBRADO PELA EMPRESA DE QUE SÃO SÓCIOS OS AGRAVADOS – INEXISTÊNCIA DE PROVEITO AO NÚCLEO FAMILIAR – INAPLICABILIDADE DA EXCEÇÃO PREVISTA NO INCISO V DO ARTIGO 3º DA LEI N. 8.009/90 – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO IMPROVIDO.

A exceção à impenhorabilidade do bem de família prevista no inciso V do artigo 3º da Lei n. 8.009/90 somente se aplica se o imóvel for dado em garantia hipotecária a negócio que traga proveito ao núcleo familiar, o que não é o caso, porque o negócio foi celebrado entre o agravante e a empresa de que são sócios os agravados.

Não é obrigatório ao julgador manifestar-se especificamente sobre cada um dos dispositivos legais citados pelas partes, mormente em razão do brocardo *da mihi factum, dabo tibi ius*.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 7 de julho de 2009.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Banco do Brasil S.A. agravou regimentalmente da decisão monocrática deste Relator que negou seguimento à apelação interposta nos autos dos Embargos à Execução opostos por Claudinir de Souza Santos e Eliedete Pinheiro Santos.

Argumentou que a garantia de impenhorabilidade do bem de família não é absoluta e, dentre as exceções previstas na Lei n. 8.009/90, tem-se o oferecimento do imóvel em garantia hipotecária, que é o caso dos autos.

Defendeu que “[...] o caso em tela se amolda perfeitamente na previsão do inciso V, art. 3º da Lei 8.009/90, exceção à impenhorabilidade do bem de família, vez que os agravados deram sem coação alguma o imóvel objeto da lide como garantia hipotecária de empréstimo efetuado por eles e outro casal [...]” (f. 179).

Prequestionou o artigo 3º, inciso V, da Lei n. 8.009/90 e os artigos 1.023 e 1.024 do Código Civil.

Por fim, pugnou pela reconsideração da decisão ou julgamento do recurso pela Turma.

VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator)

Se o imóvel dado em garantia hipotecária à empresa de que são sócios os agravados trata-se de bem de família, a exceção à impenhorabilidade prevista no inciso V do artigo 3º da Lei n. 8.009/90 a ele não se aplica, porquanto o negócio celebrado com o agravante não gerou qualquer benefício ao núcleo familiar.

Dessa feita, a decisão que negou seguimento à apelação, a meu ver, deve subsistir integralmente, pelo que a transcrevo:

No mérito, melhor sorte não assiste ao apelante, porquanto a exceção contemplada no inciso V do artigo 3º da Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990, somente se aplica se o imóvel foi dado em garantia hipotecária para fato que traga proveito ao casal ou à entidade familiar, o que não é o caso em tela.

Mais uma vez, pela propriedade da fundamentação da sentença, reporto-me a ela como razão de decidir, até mesmo para evitar a repetição desnecessária da mesma conclusão:

‘[...] restou devidamente comprovado que o bem constrictado (matrícula n. 10.309 do CRI local – f. 350 dos autos de execução) pertence efetivamente à entidade familiar dos embargantes; isso pela prova testemunhal, que é uníssona nesse sentido (f. 97-99).

Como se não bastasse, os embargantes também comprovaram a qualidade atribuída ao referido bem por meio dos documentos de f. 37-38, quais sejam, fatura de telefone e energia elétrica.

Por certo, tais esclarecimentos por si só já seriam suficientes para que fosse declarada a impenhorabilidade do imóvel; contudo, o embargado alega que sobre o bem em questão se aplica a exceção prevista no art. 3º, V, da Lei n. 8.009/90.

E aqui, entendo que não cabe razão ao embargado. Explico.

Dispõe o art. 3º, V, da Lei n. 8.009/90:

Art.3º - A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

[...]

V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar.

Certo é que por uma leitura superficial do dispositivo acima mencionado poderia se supor que quaisquer bens dados em garantia real poderiam ser objeto de penhora.

Todavia, não é o que acontece.

A exegese que se deve fazer do art. 3º, V, da Lei n. 8.009/90, para que torne o bem de família penhorável, é no sentido de que o imóvel deve ser dado em garantia para fato que traga proveito diretamente ao casal ou a entidade familiar. Mas não é isso o que temos no caso.

Como é possível de se comprovar pelo documento de fls. 11 vº dos autos de execução (Contrato de Confissão de Dívida), e até mesmo da matrícula n. 10.309 (f. 39), o imóvel fora dado em garantia do débito confessado pela Nave – Núcleo de Atualização e Valorização do Ensino Ltda., pessoa jurídica totalmente distinta da pessoa física dos embargantes.

Assim, não há que se falar que a garantia hipotecária fora constituída em benefício da família, quando na realidade quem realmente se beneficiou foi a sociedade empresária acima mencionada; sendo irrelevante o fato de o embargante Claudinir ser sócio da mesma, eis que possuem personalidades distintas (empresa/embargantes).

[...]

Desta feita, não sendo a entidade familiar a beneficiária direta da hipoteca prestada, deve se reconhecer a impenhorabilidade do imóvel constante na matrícula nº 10.309 do CRI, por se tratar de bem de família nos termos da Lei n. 8.009/90, não cabendo a aplicação das exceções legalmente previstas' (f. 123-125).

Sobejamente demonstrado que o imóvel em discussão foi dado em garantia de empréstimo contraído pela empresa NAVE – Núcleo de Atualização e Valorização do Ensino Ltda., da qual os apelados são sócios, de modo que a penhora que recaiu sobre ele deve ser desconstituída, porquanto não houve qualquer proveito ao casal ou à sua família em razão do negócio celebrado.

Nessa seara, vejamos a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte:

‘Agravo no agravo de instrumento. Recurso especial. Impenhorabilidade do bem de família. Dívida de pessoa jurídica garantida por hipoteca. - Ainda que dado em garantia de empréstimo concedido a pessoa jurídica, é impenhorável o imóvel de sócio se ele constitui bem de família, porquanto a regra protetiva, de ordem pública, aliada à personalidade jurídica própria da empresa, não admite presumir que o mútuo tenha sido concedido em benefício da pessoa física, situação diversa da hipoteca prevista na exceção consignada no inciso V, do art. 3º, da Lei n. 8.009/90. (REsp n. 302.186/RJ, DJ 21.2.2005). Agravo não provido’ (STJ, AgRg no Ag n. 1067040/PR, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrigli, Julgado em 20.11.2008, Publicação DJe 28.11.2008).

BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. HIPOTECA. PESSOA JURÍDICA. RENÚNCIA. I - Não se aplica a exceção à impenhorabilidade prevista no art. 3º, inciso V, da Lei n. 8.009/90, se a hipoteca garantiu empréstimo feito por pessoa jurídica. Não se pode presumir que este investimento tenha sido concedido em benefício da família. II - A

impenhorabilidade do imóvel residencial tem como escopo a segurança da família - não do direito de propriedade. Por isso, não pode ser objeto de renúncia pelos donos do imóvel. III - A demora na alegação não derroga a impenhorabilidade do bem de família' (STJ, AgRg no Ag n. 711.179/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Julgado em 4.5.2006, Publicação DJ 29.5.2006, p. 235).

‘EXECUÇÃO – DÍVIDA DE PESSOA JURÍDICA – BEM DE FAMÍLIA DOS SÓCIOS DADO EM GARANTIA HIPOTECÁRIA – IMPENHORABILIDADE – RECURSO NÃO PROVIDO. Não se aplica a exceção do art. 3º, V, da Lei n. 8.009/90 quando a dívida for contraída por pessoa jurídica, mesmo que os sócios sejam os proprietários do bem de família, pois não se pode presumir que os benefícios revertam-se em benefício da entidade familiar’ (TJ/MS, Ag n. 2008.012780-5, Campo Grande, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Atapôa da Costa Feliz, Julgado em 1.7.2008).

‘APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – BEM DE FAMÍLIA DADO EM GARANTIA HIPOTECÁRIA POR DÍVIDA DE TERCEIRO – IMPENHORABILIDADE – RECURSO PROVIDO. A exceção do inciso V do artigo 3º da Lei n. 8.009/90 restringe-se às hipóteses em que a hipoteca é instituída como garantia da própria dívida, constituindo-se os devedores em beneficiários diretos, situação diferente do caso vertente, no qual a dívida foi contraída por terceiro’ (TJ/MS, AC n. 2005.009146-0, Campo Grande, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Josué de Oliveira, Julgado em 6.2.2007).

Portanto, como a dívida contraída não propiciou qualquer benefício à família dos apelados, o levantamento da penhora sobre o imóvel em discussão e a manutenção da sentença são medidas que se impõem. (f. 162-166).

Por fim, quanto ao prequestionamento, não é obrigatório ao julgador manifestar-se especificamente sobre cada um dos dispositivos legais citados pelas partes, mormente em razão do brocardo *da mihi factum, dabo tibi ius*.

Nesse sentido, vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS E VALORES C/C AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO [...] PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA DO ACÓRDÃO SOBRE OS DISPOSITIVOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS DEBATIDOS – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. [...] Para o cabimento dos recursos excepcionais é necessário que a matéria constitucional ou federal que se quer levar aos tribunais superiores tenha sido julgada, não bastando que pudesse tê-lo sido. De outra parte, não há necessidade de constar, expressamente, o artigo da CF ou da lei, na decisão recorrida para que se tenha a matéria como prequestionada. É suficiente, para tanto, que a questão tenha sido efetivamente decidida. Recurso conhecido e provido (TJ/MS, AC n. 2009.005727-1, Campo Grande, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Julgado em 15.4.2009).

Portanto, por estar suficientemente debatida a questão, deixo de tratar expressamente dos artigos que não foram analisados anteriormente.

Posto isso, nego provimento ao regimental.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Campo Grande, 7 de julho de 2009.

Agravo Regimental em Apelação Cível n. 2007.035348-3/0001-00**Campo Grande - Primeira Turma Cível****Relator Des. Divoncir Schreiner Maran**

E M E N T A – AGRAVO REGIMENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – SANÇÃO ADMINISTRATIVA – ART 56 DO CDC – PROCON – MEDIDA NÃO JUNGIDA À LEI – ATO NULO – SEGURANÇA CONCEDIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

A determinação de exclusão da Serasa/SPC não é medida que se encarta no elenco do art 56 do CDC. Ao cabo desse raciocínio, desconsiderada a pena principal, decai com ela, por consequência, a multa cominada porquanto acessória da cominação imposta.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 30 de junho de 2009.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Estado de Mato Grosso do Sul agrava regimentalmente da decisão que, nos autos do Mandado de Segurança proposto por Brasil Telecom S.A., concedeu a segurança reconhecendo a ilegitimidade do Procon para determinar a exclusão dos dados constantes nos órgãos de proteção ao crédito bem como aplicar multas.

Para tanto assevera que o artigo 56 do CDC constitui cláusula geral inserta no sistema normativo e que ao contrário do aduzido nos autos a leitura do *caput* demonstra que as infrações às suas regras ficam sujeitas, conforme o caso, não só às sanções arroladas nos incisos, mas também de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas.

Assenta que os princípios de um processo justo impedem dano ao consumidor, inclusive porque a Administração Pública possui poder geral de cautela.

Por fim, pugna pela reforma da decisão e, alternativamente, que se submeta o feito à apreciação pela Primeira Turma.

VOTO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran (Relator)

A decisão monocrática negou seguimento ao recurso de apelação porque o Procon não possui legitimidade para oficiar para os órgãos de proteção ao crédito para determinar a retirada dos dados inseridos por Empresa fornecedora de serviços, nem mesmo para aplicação de multa por descumprimento.

Portanto, não há, no presente recurso motivação para reforma do *decisum*, razão pela qual sua irresignação não merece prosperar. Logo, subsistem os fundamentos da decisão singular, motivo pelo qual os reitero (f. 223-229):

Em relação à matéria carreada no recurso, mantém-se a sentença singular por seus próprios fundamentos e, para não incorrer em redundância¹, transcrevam-se trechos que servem para embasar esta decisão:

Ao que se apura dos autos, a tônica do petitório inicial circunscreve-se ao que dispõe o art. 56, inciso I, parágrafo único e art. 57, ambos da Lei n. 8.078/90, bem como, o art. 1º, do Decreto Estadual n. 8.415/95, que regulamentou a Lei Estadual n. 1.627/95.

Em um primeiro lance, impõe-se afastar qualquer arguição de inconstitucionalidade ou ilegalidade daqueles dispositivos consumeristas, mormente se verificada a observância da graduação da penalidade, de acordo com a gravidade da infração (proporcionalidade/razoabilidade), bem como, guardado o regular procedimento administrativo, de forma a ser oportunizado o contraditório e a ampla defesa. Respeitados, portanto, esses limites, não há negar vigência àqueles dispositivos legais.

Dessa forma, a rigor do que preconiza o comando legal pertinente, a multa pode ser aplicada em caráter cautelar pelo Superintendente para Orientação e Defesa do Consumidor, objetivando a prevenir lesão ao consumidor.

Inegável, portanto, a previsão legal para a aplicabilidade da punição administrativa, independentemente da penalização de natureza civil.

Não é incomum, inclusive, essa espécie de sanção contar com a chancela da jurisprudência pátria, senão vejamos:

ADMINISTRATIVO - APELAÇÃO - AÇÃO ANULATÓRIA - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - VEÍCULO COM DEFEITO DE FABRICAÇÃO - APLICAÇÃO DE MULTA PELO PROCON - PROCEDIMENTO REGULAR - OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL - AMPLA DEFESA ASSEGURADA - FATOS SUFICIENTEMENTE COMPROVADOS PELA PROVA PERICIAL - MULTA DE DEZ MIL UFIRS - RAZOABILIDADE - SENTENÇA MANTIDA – APELAÇÃO IMPROVIDA.(TJPR, n. 123853100, Curitiba, Terceira Vara da Fazenda Pública, Rel. Vicente Misurelli, Quarta Câmara Cível, Julgado em 4.12.2002).

In pari materia, aliás, tem decidido o Egrégio Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, AC - Lei Especial - n. 2004.005574-9, Primeira Turma Cível, Campo Grande, Rel. Des. Ildeu de Souza Campos, julgado em 5.10.2004).

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – INSCRIÇÃO DO NOME DA EMPRESA NOS BANCOS DE DADOS DO PROCON E APLICAÇÃO DE MULTA POR INFRAÇÃO CONTRA O CONSUMIDOR – PROCEDIMENTO REGULAR – OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL – AMPLA DEFESA ASSEGURADA – MULTA APLICADA COM RAZOABILIDADE – SENTENÇA MANTIDA – APELAÇÃO IMPROVIDA. Se o PROCON, na defesa do consumidor, inscreve o nome de empresa em seus bancos de dados e aplica-lhe multa, com base em procedimento administrativo no qual fora observado o devido processo legal e ampla defesa, impõe-se a manutenção de sentença que denega segurança, objetivando anular os referidos atos.

A evidenciar a plena validade dos mencionados dispositivos, a Corte Suprema, recentemente, sem contestar a sua constitucionalidade ou legalidade, averbou que “a multa prevista no art. 56 do CDC não visa à reparação do dano sofrido pelo consumidor, mas sim à punição pela infração às normas que tutelam as relações de consumo” (RMS 21.520/RN, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 8.8.2006, DJ 17.8.2006 p. 313).

Assim visto, longe de refutar a constitucionalidade ou legalidade da multa administrativa sediada no art. 56 do CDC, o STF, pelo contrário, acatou em plenitude sua aplicabilidade ao definir a finalidade da sanção administrativa. Naturalmente, sem qualquer receio de equívoco, as práticas infrativas ao consumo não poderiam colocar em xeque uma legislação de ordem pública e de interesse social, a mercê do que preconiza a Lei Federal n. 8.078/90. Por conseguinte é que a legislação consumerista comina medidas punitivas de natureza administrativa e criminal, com a possibilidade de aplicação cumulativa e de forma cautelar, antecedente ou incidente, no processo administrativo, conforme dispõe o artigo 56, parágrafo único, da Lei n. 8.078/90.

Agora, voltemo-nos ao caso concreto.

No caso em análise, cumpre resenhar, conforme consta da Notificação n. 1.183/2006 (f. 25), a autoridade coatora, em medida cautelar, determinou à reclamada, ora impetrante, que procedesse, no prazo de dez dias, à exclusão do nome do reclamante HUMBERTO CANALE JR IMÓVEIS dos órgãos de proteção ao crédito, sob pena de multa diária pelo eventual descumprimento, no valor de 100 (cem) UFERMS.

Consoante se extrai do despacho da Superintendência do PROCON (fls. 26-27), restou infrutífera a audiência de tentativa de conciliação, realizada naquele órgão em 28 de julho de 2006, uma vez que a reclamada, ora impetrante, não trouxera os esclarecimentos necessários, quando então foi designada nova audiência.

Enquanto isso, o nome da reclamada perdurava negativado perante os órgãos de proteção ao crédito, o que impossibilitava a obtenção de qualquer tipo de crédito.

Na discussão administrativa, consta que o reclamante HUMBERTO CANALE JR IMÓVEIS buscava esclarecimentos acerca de seu débito, por meio do detalhamento de suas faturas telefônicas, relativas ao “Plano Empresarial Pula-Pula”.

Segundo consta do referido despacho a reclamada teria sido exaustivamente acionada a oferecer informação acerca da origem dos débitos, mas sempre sem sucesso, quando então só restava ao reclamante o socorro perante o PROCON. Por isso, então, ingressou com a referida reclamação, formalizada em 24 de maio de 2006 (Atendimento de solicitação, f. 30).

Por sua vez, com base no art. 56 do Código de Defesa do Consumidor, a autoridade coatora proferiu a decisão administrativa que deu ensejo à notificação ora investivada.

Erigeu-se a decisão administrativa com alicerce no parágrafo único, do art. 56, do multicitado diploma consumerista, segundo o qual as sanções nele previstas, a exemplo da multa administrativa, poderiam ser aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo.

Sucedendo porém que, em decisão judicial de f. 124-126, foi determinado o sobrestamento da referida decisão administrativa, até o final julgamento do mandamus.

Naquela oportunidade, entendeu-se que a autoridade impetrada exacerbou os limites de sua competência ao determinar que a impetrante procedesse à exclusão do nome do reclamante da central de restrições do SERASA, uma vez que, embora o art. 56 da Lei n. 8.078/90 autorize a adoção de medidas acautelatórias, nestas não se incluiria aquela medida injuntiva adotada pelo PROCON. Em acréscimo, considerou-se que o ato hostilizado desrespeitou os princípios cardeais do contraditório e da ampla defesa.

Refiro-me precisamente ao fato de que, no caso sub examine, a autoridade coatora determinou, em medida cautelar, que a Brasil Telecom S.A. providenciasse à exclusão do nome do reclamante dos órgãos protetivos. E a multa, por outro lado, fixada a pretexto do art. 56, do CDC, foi estipulada para o caso de eventual descumprimento daquela primeira determinação administrativa.

De se ver, a multa funcionava não como cominação principal, mas sim, para a eventualidade do descumprimento da decisão administrativa que determinou a exclusão do nome do SERASA. Como visto, a multa seria, como o foi, consectária ao descumprimento do preceito, com incidência subordinada ao não atendimento da cominação principal.

Ergo, a sanção administrativa principal aplicada pelo Superintendente do PROCON consistiu na determinação de exclusão do nome do reclamante dos órgãos protetivos, medida que entendo extrapolar as atribuições circunscritas no rol do art. 56 do Código de Defesa do Consumidor.

Regendo a matéria, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 56 do CDC enumera criteriosamente as penas factíveis na seara administrativa, cuja lista é encabeçada pela sanção da multa administrativa:

Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:

I - multa;

II - apreensão do produto;

III - inutilização do produto;

IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente;

- V - proibição de fabricação do produto;
- VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviço;
- VII - suspensão temporária de atividade;
- VIII - revogação de concessão ou permissão de uso;
- IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade;
- X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade;
- XI - intervenção administrativa;
- XII - imposição de contrapropaganda.

Como visto, a determinação de exclusão do SERASA/SPC não é medida que se encarta no elenco ut supra. A tal desiderato, o remédio apropriado, à luz da norma escorreita, seria a tutela jurisdicional, como circunstância que só o juiz pode dirimir.

Para um juízo acertado, havemos que discernir as cominações do caso examinado: a primeira, medida injuntiva; a segunda, multa consecutiva, que, na discussão presente foi constatada equivocadamente pelas partes como sanção administrativa *principaliter*.

De logo, inserindo-se modalidade sancionatória incorrente no rol legal, a autoridade coatora descumpriu o requisito da tipicidade, porquanto tomada medida não jungida à lei, o que nulifica o ato.

O problema, pois, é de subsunção. Há evidente inadequação, porquanto o rótulo de sanção administrativa não se presta à medida impingida concretamente. Nesse quadrante, sem adequação na medida, como de fato não houve, não devo (rectius, não posso) admiti-la como modalidade cabente, sob pena de afronta direta a própria letra da lei.

Ao cabo desse raciocínio, desconsiderada a pena principal, decai com ela, por consequência, a multa cominada, porquanto acessória da cominação imposta, a bem do prolóquio *accessorio sequitur principale*.

Nessa linha de idéias, tornam-se despiciendas maiores colocações, uma vez que a cominação lamentada nem mesmo se subsume aos versículos consumeristas, o que, de bate-pronto, faz evidente a ilegalidade da notificação administrativa discutida.

De resto, quanto aos prequestionamentos suscitados, tenho como suficientemente apreciados todos os pontos relevantes que deveriam ter sido enfrentados, de modo que nenhuma referência ainda se faz necessária.

Com efeito, o dever do julgador é decidir fundamentadamente, não precisando reportar-se a preceitos que a parte quer ver referidos, para os quais, inclusive, entendo ter havido suficiente abordagem.

Tecidas, pois, essas considerações e desnecessárias outras tantas, julgo pela procedência do reclamo da impetrante.

Como se vê, inexistente qualquer circunstância que permita modificação à conclusão da magistrada sentenciante, pois, de fato, como bem asseverou a Procuradora às f. 218 'a exclusão almejada pelo Procon/MS somente poderia ser alcançada por intermédio do Poder Judiciário, ao invés de mera imposição administrativa.

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

Posto isso, nego provimento ao regimental.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Divoncir Schreiner Maran, Joenildo de Sousa Chaves e João Maria Lós.

Campo Grande, 30 de junho de 2009.

Agravo n. 2009.010715-0 - Campo Grande
Quarta Turma Cível
Relator Des. Dorival Renato Pavan

E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO – DECISÃO EM QUE SE DETERMINOU PENHORA EM CONTA-CORRENTE DO AGRAVANTE – VALOR DEPOSITADO PELO INSS – ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE DE PROVENTOS RECEBIDOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 649, IV, DO CPC – PRESUNÇÃO DE QUE OS BENEFÍCIOS DO INSS TENHAM FIM DE SUSTENTO E CARÁTER ALIMENTAR – DECISÃO REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

Devem ser considerados como impenhoráveis os valores depositados pelo INSS em conta-corrente de idoso.

O INSS é instituto de seguridade social que tem por finalidade o pagamento de proventos e benefícios. Em razão desse fato presume-se que as verbas por ele pagas tenham fim de sustento e caráter alimentar, sendo protegidas pela impenhorabilidade, de acordo com a previsão do artigo 649, IV, do Código de Processo Civil.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 30 de junho de 2009.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Frederico Otto Filho, devidamente qualificado por seu procurador, interpõe agravo de instrumento em face de Banco Bradesco S.A, insurgindo-se contra a decisão de f. 21 do douto juízo da 5ª vara cível da comarca de Campo Grande, MS, que, em execução (autos n. 001.00003285-9), negou o pedido de levantamento de penhora pleiteado pelo agravante.

Sustenta que mantém uma única conta-corrente pela qual recebe proventos da Previdência Social, sendo este seu único rendimento mensal.

Afirma que a decisão recorrida se mostra equivocada ao consignar que não ficou comprovado que os valores penhorados seriam decorrentes de proventos de aposentadoria.

Aduz que foi colacionado extrato de conta corrente, no qual ficou demonstrado que os valores existentes na conta tinham origem no pensionamento previdenciário.

Salienta que a verba penhorada é de natureza alimentar, por esse motivo a constrição não pode prevalecer, por haver ofensa ao que dispõe o artigo 649, IV, do Código de Processo Civil.

Requer a concessão *inaudita altera pars* do remédio jurídico, para que seja determinada a imediata disponibilização em sua conta do valor penhorado. Caso não seja esse o entendimento, requer que o presente pedido seja processado e julgado procedente com a consequente reforma da decisão.

Por fim, requer os benefícios da assistência judiciária gratuita.

Juntou documentos.

O recurso foi recebido sem efeito suspensivo (f. 26 v.).

O agravado, devidamente intimado, apresentou contraminuta (f. 31-33).

O douto juiz de 1º grau prestou informações à f. 35.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Relator)

Frederico Otto Filho, devidamente qualificado por seu procurador, interpõe agravo de instrumento em face de Banco Bradesco S.A, insurgindo-se contra a decisão de f. 21 do douto juízo da 5ª vara cível da comarca de Campo Grande, MS, que, em execução (autos n. 001.00003285-9), negou o pedido de levantamento de penhora pleiteado pelo agravante.

Conforme se depreende dos autos, o agravante está sendo executado judicialmente, e em razão desse fato foi determinada a penhora de numerário constante em sua conta-corrente (agência/conta: 0091/63884-1).

Insurge-se o agravante contra essa decisão, alegando que o montante depositado na referida conta-corrente é oriundo de pagamento de benefícios previdenciários. Em consequência, afirma que o valor está protegido pelo manto da impenhorabilidade estabelecida no artigo 649, IV, do Código de Processo Civil.

Entendo que as alegações do recorrente merecem prosperar.

É cediço que a execução judicial visa dar celeridade e eficácia à cobrança de títulos líquidos, certos e exigíveis. Entretanto, em algumas situações, o legislador preferiu impor restrições à cobrança de dívidas para assegurar a manutenção de um mínimo necessário ao devedor.

Neste contexto, destaca-se o artigo 649 do Código de Processo Civil, o qual enumera os bens considerados como absolutamente impenhoráveis, ou seja, imunes, em geral, às tentativas de constrição por parte dos credores.

Especificamente, o inciso IV do citado artigo se refere aos diversos tipos de remunerações que podem ser percebidas pelo devedor e que necessitam de proteção. Veja-se:

Artigo 649. São absolutamente impenhoráveis: [...]IV – os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo;

A conclusão trazida pela análise do precitado dispositivo é de que a lei teve por intuito proteger como impenhorável a remuneração do indivíduo, presumindo ser essa indispensável para o seu sustento e sobrevivência. Exatamente por ter a norma esse fim, deve-se dar uma interpretação ampla ao seu comando, sendo razoável o entendimento de que os recursos recebidos do instituto de previdência social presumivelmente estão protegidos pelo benefício da impenhorabilidade.

Nestes termos, entendo que tal garantia é tida como uma concretização do preceito constitucional da dignidade da pessoa humana, pois visa garantir a manutenção de um mínimo essencial para cada indivíduo, mesmo que devedor. Neste sentido, tem-se que a impenhorabilidade deve ser considerada absoluta e irrenunciável.

Preceitua o artigo 201 da Constituição Federal que:

A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá nos termos da lei a: I – cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; II – proteção à maternidade, especialmente à gestante; III – proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; IV - salário-família e auxílio reclusão para os dependentes de segurados de baixa renda; V- pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

Constato, pela exegese do referido artigo, que o texto constitucional, ao consolidar a Previdência Social, teve o intuito de assegurar a manutenção do sustento de seus beneficiários, seja por pagamento de proventos de aposentadoria ou pela garantia de algum benefício em razão de condição excepcional. Nesse diapasão é de se concluir que o INSS – Instituto Nacional de Seguridade Social, como meio de atuação e concretização da Previdência Social, tem por finalidade primordial o pagamento de verbas de caráter alimentar aos seus segurados.

Assim, no caso concreto trazido a julgamento, embora no extrato colacionado (f. 19) conste escrito somente Pagamento INSS, sem discriminar qual é o tipo de benefício recebido pelo agravante, a situação fática e a finalidade do Instituto são motivações bastantes para embasar o entendimento de que a verba paga tem origem em benefício protegido pela regra de impenhorabilidade do artigo 649, IV, do Código de Processo Civil.

Por conseguinte, entendo que não deve ser mantida a decisão que determinou a penhora do valor constante na conta bancária do ora recorrente.

Assinalo ainda que o agravante é idoso, contando atualmente com a idade de 84 anos e está com a saúde debilitada. Assim, mesmo que a razão do recebimento de benefício previdenciário não esteja expressa nos autos, a melhor interpretação, inclusive a que se coaduna com os princípios constitucionais de proteção ao idoso¹, é a que leva a conclusão de que a verba depositada em sua conta-corrente tem finalidade de sustento e caráter alimentar, e por esse motivo não pode ser objeto da penhora. Isto porque, aplicando-se o princípio da razoabilidade, deve-se privilegiar o entendimento que melhor assegure a proteção da vida do idoso.

1 CF. Art. 230 - A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem estar e garantindo-lhes o direito a vida.

Sobre o assunto, o Superior Tribunal de Justiça já firmou posicionamento, entendendo ser inadmissível a penhora de valores depositados em conta-corrente destinada ao recebimento de salário ou aposentadoria por parte do devedor:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - PENHORA DE VALORES DEPOSITADOS EM CONTA-CORRENTE DESTINADA AO RECEBIMENTO DE APOSENTADORIA POR PARTE DO DEVEDOR - IMPOSSIBILIDADE, RESSALVADO O ENTENDIMENTO PESSOAL DO RELATOR - RECURSO IMPROVIDO.

1. É inadmissível a penhora parcial de valores depositados em conta-corrente destinada ao recebimento de salário ou aposentadoria por parte do devedor - Precedentes;

2. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 1023015/DF AgRg no REsp n. 2008/0010164-9 Rel. Min. MASSAMI UYEDA (1129), Terceira Turma, julgado em 19.6.2008, DJ 5.8.2008)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JUDICIAL QUE DETERMINOU A PENHORA DE NUMERÁRIO EM CONTA CORRENTE EM QUE SERVIDOR

PERCEBE SEUS VENCIMENTOS. EXISTÊNCIA DE RECURSO CABÍVEL. AFASTAMENTO DA SÚMULA 267/STF. DECISÃO MANIFESTAMENTE ILEGAL.

I - A jurisprudência desta Corte orienta que é possível a impetração de Mandado de Segurança quando o ato jurisdicional contiver manifesta ilegalidade ou venha revestido de teratologia, ofendendo, assim, direito líquido e certo do impetrante e podendo causar dano irreparável ou de difícil reparação.

II - O ato que determina o bloqueio de saldo em conta corrente em que servidor público estadual percebe seus vencimentos é manifestamente ilegal (CPC, art. 649, IV).

Recurso Ordinário em Mandado de Segurança provido. (RMS 26937/BA Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 2008/0109249-9, Rel. Min. Sidnei Beneti (1137), Terceira Turma, julgado em 7.10.2008, DJ 23.10.2008).

Ressalto, por oportuno, que embora a Lei n. 11.382 tenha alterado a ordem legal para a constrição de bens do devedor, apontando a preferência sobre dinheiro ou espécie ou de depósito em instituição financeira, a vedação da penhora sobre percentual de salário ou aposentaria remanesceu inatacada. Isto porque a previsão de penhora sobre percentual das verbas enumeradas no artigo 649, IV, do CPC, constante do projeto de lei, no § 3º do artigo 655, foi expressamente vetada.

Ante o exposto, conheço do presente recurso e lhe dou provimento, para determinar o levantamento da penhora realizada na conta-corrente n. 0091/63884-1.

Defiro os benefícios da justiça gratuita.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

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

Campo Grande, 30 de junho de 2009.

Agravo 2009.015236-8 - Campo Grande
Quarta Turma Cível
Relator Des. Dorival Renato Pavan

E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DECISÃO EM QUE SE DEFERIU TUTELA ANTECIPADA E ARBITROU PENSÃO ALIMENTÍCIA – MORTE DO EMPREGADO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO FUNDADA NA OCORRÊNCIA DE ACIDENTE DE TRABALHO COM RESULTADO MORTE DO PROVEDOR DA FAMÍLIA – DIREITO DOS DEPENDENTES PLEITEADO EM NOME PRÓPRIO – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM – COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS EXIGIDOS PELO ART. 273 DO CPC – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Embora o Supremo Tribunal Federal tenha consignado o entendimento de que após a EC 45/04 a competência para julgar demandas relativas a acidentes de trabalho é da Justiça Trabalhista, é assente que quando a ação versar sobre indenização movida por pessoas estranhas à relação de trabalho, como consequência da morte de empregado da agravante (pai e marido dos autores), no exercício de seu trabalho em caldeira de alta pressão que veio a explodir, a competência é da Justiça Comum.

O art. 273 do Código de Processo Civil prevê medida excepcional de urgência, e exige a presença cumulativa de dois requisitos para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela de mérito. Assim, a medida deve ser concedida quando se constata a presença de prova inequívoca da verossimilhança das alegações do requerente e também a necessidade de sua concessão, como no caso em que se antecipou a pensão alimentícia reclamada pelos autores.

Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 18 de agosto de 2009.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Induspan Indústria e Comércio de Couros Pantanal Ltda., devidamente qualificada, interpõe agravo de instrumento em face de Malvina Barbosa Da Silva, Viviane Miguel da Silva e Sealtiel Miguel da Silva, insurgindo-se contra a decisão de f. 182-184 do douto juízo da 1ª vara cível da comarca de Campo Grande, MS, que, em ação de indenização por danos morais e materiais (autos n. 001.08.033970-1), deferiu o pedido de antecipação de tutela requerido pelos agravados e fixou pensão alimentícia a ser paga pela agravante aos agravados no valor equivalente a 143% do salário-mínimo até decisão final da referida ação.

Sustenta que a primeira agravada, mãe dos demais agravados, jamais lhe prestou serviços, não havendo o que se falar em prejuízo material pelo falecimento de seu cônjuge ou de presunção de que está desempregada, de forma que não teria obrigação de prestar alimentos.

Afirma estarem ausentes os requisitos para a concessão da medida antecipatória de tutela, ressaltando que a agravada não está desamparada materialmente, o que se observaria do “*Detalhamento de Crédito expedido pelo INSS no seu site, onde se verifica que a primeira Agravada vem percebendo mensalmente a importância de R\$ 824,00 (oitocentos e vinte e quatro reais) a título de pensão por morte previdenciária*”.

Argumenta que não há prova da dependência financeira dos agravados ao pai falecido ou da necessidade que estejam passando em razão de sua morte, bem como que não está demonstrada a sua culpa pelo evento danoso que causou a morte do provedor dos agravados.

Impugna ainda o valor fixado de 143% do salário-mínimo vigente, uma vez que superior ao requerido na exordial e fora dos parâmetros adotados pelos Tribunais pátrios, sendo inclusive superior ao salário percebido pela categoria à qual pertencia o *de cujus*, de forma que a referida pensão deveria ser fixada em 2/3 do salário base da categoria a que pertencia o *de cujus*, que corresponde a R\$ 500,00.

Alega, outrossim, a incompetência da Justiça comum para a causa, nos termos do que determina o art. 114 da Constituição Federal, uma vez que se trata de acidente de trabalho.

Requer a atribuição de efeito suspensivo ao presente recurso, tendo em vista a presença dos Requisitos para tanto.

O recurso foi recebido sem efeito suspensivo (f. 206-208)

O agravado, devidamente intimado, apresentou contraminuta (f. 215-221).

O douto juiz de 1º grau prestou informações às f. 222-223.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Relator)

Induspan Indústria e Comércio de Couros Pantanal Ltda., devidamente qualificada, interpõe agravo de instrumento em face de Malvina Barbosa da Silva, Viviane Miguel da Silva e Sealtiel Miguel da Silva, insurgindo-se contra a decisão de f. 182-184 do douto juízo da 1ª vara cível da comarca de Campo Grande, MS, que, em ação de indenização por danos morais e materiais (autos n. 001.08.033970-1), deferiu o pedido de antecipação de tutela requerido pelos agravados e fixou pensão alimentícia a ser paga pela agravante aos agravados no valor de equivalente a 143% do salário-mínimo até decisão final da referida ação.

Conforme se depreende dos autos, os agravados ajuizaram ação de indenização por danos morais e materiais por acidente de trabalho que resultou em morte, na qual pleitearam o ressarcimento indenizatório em razão do falecimento de José Miguel da Silva, esposo da agravada Malvina Barbosa da Silva e pai dos agravados Viviane Miguel da Silva e Sealtiel Miguel da Silva.

Consta que o falecimento da vítima deu-se em razão de uma explosão de uma autoclave, ocorrida em 16.2.2008, no interior da empresa agravante. Consta ainda que a vítima possuía relação empregatícia com a referida empresa e que no momento do acidente estava exercendo suas atividades laborativas.

Insurge-se a agravante contra a decisão do douto juiz de primeiro grau que deferiu o pedido de tutela antecipada constante na referida ação e determinou que a empresa recorrente pagasse, a título de pensão alimentícia, o valor equivalente a 143% do salário-mínimo vigente aos recorridos.

Prefacialmente, analiso a alegação de incompetência da Justiça Comum para o julgamento de pagamento de verba referente ao acidente de trabalho.

De início, algumas premissas fazem-se necessárias.

A Emenda Constitucional n. 45, cujo texto entrou em vigor em 2004, alterou as disposições concernentes à competência jurisdicional da Justiça do Trabalho. Dentre as disposições trazidas, destaco o teor do inciso VI do artigo 114 da Constituição Federal que estipulou que:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

[...]

VI as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

[...]

Nos termos do precitado dispositivo ficou assente a competência da justiça obreira para o julgamento das ações de indenização por danos morais ou patrimoniais decorrentes de relação trabalhista.

Em decorrência dessa disposição constitucional o Supremo Tribunal Federal, no Conflito Negativo de Competência 7204 firmou o entendimento de que as causas referentes a acidentes de trabalho também seriam da competência da Justiça Trabalhista. Por conseguinte, e para evitar tumulto de ações no âmbito trabalhista, consignou o entendimento de que a aplicação do dispositivo somente teria aplicação para as causas ocorridas após o advento da alteração constitucional.

A título de elucidação, colaciono a ementa do voto paradigma desse entendimento:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA JUDICANTE EM RAZÃO DA MATÉRIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PATRIMONIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO, PROPOSTA PELO EMPREGADO EM FACE DE SEU (EX-) EMPREGADOR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ART. 114 DA MAGNA CARTA. REDAÇÃO ANTERIOR E POSTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/04. EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PROCESSOS EM CURSO NA JUSTIÇA COMUM DOS ESTADOS. IMPERATIVO DE POLÍTICA JUDICIÁRIA.

Numa primeira interpretação do inciso I do art. 109 da Carta de Outubro, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho, ainda que movidas pelo empregado contra seu (ex-) empregador, eram da competência da Justiça comum dos Estados-Membros. 2. Revisando a matéria, porém, o Plenário concluiu que a Lei Republicana de 1988 conferiu tal competência à Justiça do Trabalho. Seja porque o art. 114, já em sua redação originária, assim deixava transparecer, seja porque aquela primeira interpretação do mencionado inciso I do art. 109 estava, em boa verdade, influenciada pela jurisprudência que se firmou na Corte sob a égide das Constituições anteriores. 3. Nada obstante, como imperativo de política judiciária -- haja vista o significativo número de ações que já tramitaram e ainda tramitam nas instâncias ordinárias, bem como o relevante interesse social em causa --, o Plenário decidiu, por maioria, que o

marco temporal da competência da Justiça trabalhista é o advento da EC 45/04. Emenda que explicitou a competência da Justiça Laboral na matéria em apreço. 4. A nova orientação alcança os processos em trâmite pela Justiça comum estadual, desde que pendentes de julgamento de mérito. É dizer: as ações que tramitam perante a Justiça comum dos Estados, com sentença de mérito anterior à promulgação da EC 45/04, lá continuam até o trânsito em julgado e correspondente execução. Quanto àquelas cujo mérito ainda não foi apreciado, hão de ser remetidas à Justiça do Trabalho, no estado em que se encontram, com total aproveitamento dos atos praticados até então. A medida se impõe, em razão das características que distinguem a Justiça comum estadual e a Justiça do Trabalho, cujos sistemas recursais, órgãos e instâncias não guardam exata correlação. 5. O Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência *ex ratione materiae*. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do Magno Texto. 6. Aplicação do precedente consubstanciado no julgamento do Inquérito 687, Sessão Plenária de 25.08.99, ocasião em que foi cancelada a Súmula 394 do STF, por incompatível com a Constituição de 1988, ressalvadas as decisões proferidas na vigência do verbete. 7. Conflito de competência que se resolve, no caso, com o retorno dos autos ao Tribunal Superior do Trabalho. Plenário, 29.06.2005. (CC n. 7204/MG, Conflito de Competência, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto, Julgado em 29.6.2005, DJ .9.12.2005, PP-00005).

Entretanto, constato que o caso dos autos não se trata de uma relação entre empregado e empregador e na qual a discussão diz respeito à ocorrência de um acidente de trabalho. Tal constatação decorre do fato de que os dependentes do falecido ajuizaram ação de indenização pleiteando, em nome próprio, direito decorrente da responsabilidade civil por ato ilícito da empresa empregadora.

Dessa forma, a situação que fundamenta o pleito indenizatório diz respeito ao direito das próprias partes da relação processual, de sorte que a discussão sobre a relação trabalhista em si não faz parte da causa de pedir desta ação de indenização. Assim, tenho que a competência para o processamento da causa é da justiça comum.

Esse entendimento vem sendo reiteradamente aplicado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

RECLAMAÇÃO - ACIDENTE DE TRABALHO - FALECIMENTO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO AJUIZADA POR VIÚVA E FILHA DO EMPREGADO VITIMADO - INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO - RELAÇÃO DE DIREITO COMUM - PRETENSÃO INDENIZATÓRIA FUNDADA EM DIREITO PRÓPRIO DAS AUTORAS - DECLARAÇÃO PELO STJ DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL - DESCUMPRIMENTO - RECLAMAÇÃO PROCEDENTE.

1. A ação de indenização ajuizada pela viúva e filha do empregado vítima de acidente fatal de trabalho não se ampara em relação de emprego, porquanto as autores pleiteiam direito próprio, desvinculado da anterior relação empregatícia existente entre empresa-ré e o empregado falecido.

2. A determinação do Tribunal de origem de remessa dos autos da ação de indenização à Justiça Especializada evidencia a infringência da autoridade desta Corte Superior que, em sede de conflito de competência, declarou a competência da Justiça Comum para processar e julgar a demanda.

3. Reclamação procedente. (Rcl 2864/SP, Reclamação n. 2008/0144580-0, Segunda Seção, Rel. Min. Massami Uyeda (1129), julgado em 22.4.2009, DJ 10.6.2009).

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL E TRABALHISTA. ACIDENTE DE TRABALHO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS AJUIZADA POR VIÚVA E FILHOS DE TRABALHADOR. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. A Suprema Corte, no julgamento do CC 7.204 - MG, de relatoria do Ministro CARLOS BRITTO, salientou que, mesmo antes de ser editada a EC 45/04, a competência para julgar as ações que versam indenização por dano moral ou material decorrente de acidente de trabalho já pertencia à Justiça laboral.

2. Com a edição da EC n. 45/04, ressoou de forma cristalina a competência da Justiça Trabalhista em demandas que tratam de acidente de trabalho, eis que se acrescentou o inciso VI ao art. 114 da Constituição da República, de seguinte teor: Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho.

3. *In casu*, sobreleva notar que no caso concreto não se enquadra a previsão constitucional referenciada. É que o danos os quais se perquire reparação foram experimentados por pessoas estranhas à relação de trabalho, no caso a viúva e filhos de trabalhador, que buscam o ressarcimento de dano próprio, resultante da morte de seu esposo e genitor, pretensão que se desvincta da relação empregatícia anteriormente existente entre o réu e o de cujus. (Precedentes: CC 57.884 - SP, Rel.^a Min.^a Eliana Calmon, Primeira Seção, DJ 9.4.2007, CC 75.787, RS, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, DJ 6.8.2007, CC 54.210, RO, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Segunda Seção, DJ 12.9.2005, CC 40.618, MS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Segunda Seção, DJ 13.10.2005).

4. Conflito conhecido para declarar a competência do JUÍZO DE DIREITO DA COMARCA DE SÃO DOMINGOS DA PRATA - MG. (CC 59972/MG, Conflito de Competência n. 2006/0050616-7, Rel. Min. Luiz Fux (1122), Primeira Seção, julgado em 12.9.2007, DJ 8.10.2007, p. 197).

Por tais considerações, afasto a alegação de incompetência da justiça comum para o julgamento da causa.

Do mesmo modo não merece respaldo a alegação de que a tutela antecipada concedida não é cabível no caso concreto.

Denoto, primeiramente, que a medida antecipatória foi deferida com base na constatação da ocorrência de um acidente durante as atividades laborais da vítima, de maneira que a obrigação aqui discutida tem por base a responsabilidade objetiva fundada nos artigos 927 e 932 do Código Civil.

Nos termos da decisão invectivada (f. 183):

O direito reclamado é verossímil, pois o fato principal é incontroverso na medida em ninguém nega que o evento morte ocorreu pela explosão de uma autoclave (caldeira de pressão) pertencente ao requerido. A responsabilidade, neste caso, é objetiva, conforme claramente prevê o artigo 927, parágrafo único do Código Civil, pois a atividade desenvolvida, pela sua natureza, implica em risco ao direito dos outros, no caso, um aparelho de alta pressão que veio a explodir. Não há como negar o perigo desta atividade.

Como é sabido, por meio do instituto da antecipação da tutela jurisdicional obtém a parte o resultado pretendido com o processo, tendo por fundamento o princípio da efetividade, uma vez que visa garantir o direito da parte. Para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela é necessária a presença de alguns requisitos sem os quais deve a parte aguardar o provimento jurisdicional final que resolva a questão, uma vez que aquela é medida excepcional, que adianta os efeitos da tutela definitiva, sendo concedida mediante cognição sumária.

Diante dessa possibilidade, a tutela antecipada tem nítida natureza satisfativa, pois tem o condão de proporcionar ao autor a antecipação dos efeitos práticos que somente seriam alcançados com uma eventual sentença de procedência, desde que sejam reversíveis tais efeitos. Para a sua concessão a parte interessada deverá comprovar, no caso concreto, que merece a proteção jurisdicional pleiteada, necessitando para isso provar que preenche os requisitos previstos em lei.

Neste diapasão a medida permite ao autor que passe a usufruir o bem da vida imediatamente, da mesma forma que faria caso tivesse obtido uma sentença definitiva a seu favor. Na tutela antecipada, o juiz julga o direito pretendido na inicial, reconhece sua procedência e atende ao pedido, apenas com a ressalva do Código de que esse julgamento é provisório e não definitivo.

Exatamente por ter esse fim é que a concessão de tutela antecipada demanda uma análise mais acurada do que a medida cautelar.

No caso ficou comprovado que o falecido era o provedor da família, e que eles dependiam de sua remuneração para sobreviver. Por consequência, a tutela antecipada deferida pelo douto magistrado de 1º grau mostra-se justificada pela necessidade das partes que a pleitearam.

Assim, na presente situação os agravados pleitearam a prestação de pensão alimentícia a título de indenização em razão do falecimento de José Miguel da Silva, marido e pai dos agravados, pedido que foi deferido liminarmente pelo douto juiz de primeiro grau. Em uma análise dos fatos carreados, constato que o provimento possui embasamento legal, pois ficou comprovada tanto a situação que enseja o pagamento da pensão como a necessidade dos requerentes.

Por tais razões, há elementos que justifiquem o ato requerido, o que acarreta a manutenção da medida de urgência deferida, visto estarem preenchidos os requisitos exigidos pela norma abaixo transcrita:

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

I – haja **fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação**; ou

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

Verifica-se que o dispositivo citado exige a presença cumulativa dos dois requisitos, devendo estar presente, em todos os casos de antecipação dos efeitos da tutela, a prova inequívoca da verossimilhança das alegações do requerente e que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. No caso dos autos tais requisitos mostram-se preenchidos.

Quanto a menção à “prova inequívoca” feita pelo dispositivo legal, tal se refere não à certeza do direito, mas sim à sua aparência de verdade, exigindo a lei uma prova que corrobore a afirmação feita pelo autor. Assim, conclui-se que a alusão à prova inequívoca significa prova suficiente para que o juiz, na cognição sumária, faça a análise de pedido de tutela antecipada, considerando o fato alegado pelo autor mais do que simplesmente parecido com a verdade, mas provavelmente verdadeiro.

Em relação a verossimilhança esta se configura pela semelhança do fato alegado com a verdade, ou seja, um fato verossímil é aquele que dá ao interlocutor mais razões para acreditar ser verdadeiro que falso, bastando para seu preenchimento a narrativa de fatos que pareçam verdade.

No caso dos autos, onde a situação que deu ensejo ao deferimento da tutela antecipada tem respaldo legal nos artigos 927 e 932 do Código Civil, está patente que - de acordo com o que determina a legislação civilista - o empregador possui responsabilidade no ressarcimento do dano causado durante o exercício do trabalho de seus contratados.

Ressalto, outrossim, que o dano a ser causado aos agravados pela ausência de pagamento da verba caracterizada como imprescindível para sustento é muito maior do que aquele que poderia ser acarretado à empresa agravante. Isto porque o objetivo da tutela antecipatória é resguardar, de forma efetiva, o direito daquele que possui maior possibilidade de ser prejudicado pela demora do provimento jurisdicional definitivo.

Ao juiz cabe apreciar cada caso e dar-lhe a melhor solução. Deve ser mantido um certo equilíbrio, levando-se em conta a situação econômica e social apresentada na situação concreta, principalmente quando se tratar de prestação alimentícia, que por sua própria natureza, geralmente está ligada a alguma situação de primeira necessidade.

Discorrendo sobre o deferimento da tutela antecipada, com muita propriedade, os ilustres autores Marinoni e Mitidiero ensinam que:

Afirma o § 2º do art. 273, CPC, que “não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”. Ao que tudo indica, o legislador disse mais do que deveria, já que há casos, conhecidos por todos, em que, se não for concedida a tutela antecipatória para não se correr o risco de lesar o direito do réu, certamente o direito do autor será lesado. Não admitir a tutela antecipatória apenas porque o direito do réu pode ser lesado é um grande equívoco de lógica, pois aquele que pede a tutela antecipatória fundada no art. 273, I, CPC, deve demonstrar que o seu direito é provável e que há fundado receio de dano. Desse modo, se a tutela antecipatória não for concedida quando presentes esses dois pressupostos, estará sendo admitido um dano ao direito, que é provável, apenas para que o direito do réu, que é improvável, não seja exposto à irreversibilidade, o que é fora de propósito.¹

Neste diapasão vislumbro no caso, como já afirmei, os requisitos necessários para a concessão de tutela antecipada, pois presente a verossimilhança do direito alegado e também comprovada a necessidade de arbitramento de pensão alimentícia, mesmo que de forma provisória, em favor dos agravados que comprovadamente dela necessitam.

Sobre o assunto veja-se a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul:

E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO – PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E INCOMPETÊNCIA DE JUÍZO – MATÉRIAS NÃO APRECIADAS PELO JUÍZO A QUO – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – RECURSO CONTRA DECISÃO QUE, EM SEDE DE TUTELA ANTECIPADA, CONDENOU A AGRAVANTE AO PAGAMENTO DE PENSÃO MENSAL EM PROL DOS AGRAVADOS – ART. 273, DO CPC – PRESENÇA DOS REQUISITOS – RECURSO IMPROVIDO.

¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo*. São Paulo: Editora RT, 2009, p. 273.

I-Não cabe ao Tribunal a apreciação de matéria, ainda que de ordem pública, se não fora ela antes submetida à apreciação de primeira instância, sob pena de supressão de instância.

II-Nos termos do artigo 273, do CPC, para que se conceda a antecipação de tutela, é necessária a presença, no pedido inicial, da prova inequívoca, que leve a verossimilhança da alegação e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

III- Presentes os requisitos do artigo 273, do CPC, há de se deferir pedido de tutela antecipada pleiteada. (Ag julgado em 20.7.2009, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Ildeu de Souza Campos, DJ 29.7.2009, n. 2015).

Saliento ainda que o fato de os agravados estarem recebendo pensão da previdência social não elide a responsabilidade da empresa agravante pelo pagamento da indenização decorrente de ato ilícito. Isto porque o fato ensejador da obrigação do recorrente está fundada na responsabilidade civil que teve origem na situação de o falecido ser empregado da empresa agravante e estar exercendo sua atividade laboral durante o acidente que o vitimou².

Neste passo, o valor pago pela previdência social tem fundamentação autônoma e não pode servir de subterfúgio utilizado para impedir a efetivação da indenização devida por parte da empresa empregadora.

Este entendimento está consubstanciado no enunciado da súmula 229 do Supremo Tribunal Federal: “*4 indenização acidentária não exclui do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador*”.

Alega ainda o recorrente que o valor a ser pago deveria ter sido estabelecido de acordo com a efetiva remuneração do empregado falecido e não nos parâmetros do salário-mínimo.

Ocorre que não procede ao entendimento de que o valor arbitrado a título de pensão alimentícia não poderia ter sido baseado no valor do salário-mínimo vigente, pois a disposição constante no artigo 7º, IV, da Constituição Federal³ refere-se à proibição de utilização do salário-mínimo como fator de indexação, não se aplicando ao caso ora em comento.

No caso dos autos o douto magistrado de primeiro grau utilizou o piso mínimo estabelecido para calcular uma quantia devida aos beneficiários e entendeu que o parâmetro de 143% de um salário-mínimo restaria suficiente para pensionar os dependentes da vítima que em vida percebia a quantia de R\$ 874,07 (fs. 40) a título de remuneração.

Ante o exposto, conheço do presente recurso e lhe nego provimento, mantendo inalterada a decisão de primeiro grau.

2 Art. 932 CC - 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.

3 Art. 7º CF - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.

IV - salário-mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender as suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada a sua vinculação para qualquer fim.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

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

Campo Grande, 18 de agosto de 2009.

Apelação Cível n. 2009.017928-5
Campo Grande - Quarta Turma Cível
Relator Des. Dorival Renato Pavan

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA – AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL – SENTENÇA QUE EXTINGUIU O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO POR FALTA DE CONDIÇÃO DA AÇÃO QUANTO AO PEDIDO DE INCLUSÃO DO NOME DE GENITOR NO ASSENTO CIVIL E INDEFERIU O PEDIDO DE RETIFICAÇÃO DA DATA DE NASCIMENTO CONSTANTE NA DOCUMENTAÇÃO DA APELANTE – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE – NÃO COMPROVAÇÃO DE ERRO NO REGISTRO QUANTO À DATA DE NASCIMENTO – INDEFERIMENTO DE PROVA TESTEMUNHAL – INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO PARA O DESLINDE DA CAUSA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

A ação de retificação de registro, implementada por meio de procedimento de jurisdição voluntária, não se mostra como meio adequado para incluir o nome do genitor e dos avós paternos no assentamento de registro civil quando não existe nos autos elementos capazes de comprovar que já houve o prévio reconhecimento da paternidade, precedente necessário para a prática deste ato.

Existência, na hipótese, de uma das condições da ação, qual seja, a falta de interesse processual, pois a ação de retificação de registro civil não é meio hábil para declarar a paternidade ainda não reconhecida.

Não é possível a alteração da data de nascimento constante no assento de registro civil, sob o fundamento de que este ocorreu tardiamente, se não existem nos autos provas suficientes para fundamentar esta alegação.

O indeferimento de prova testemunhal, quando não influi no deslinde da causa, não se afigura como medida limitativa do direito da parte. Isto porque o juiz tem liberdade para valorar as provas apresentadas e decidir de acordo com seu livre convencimento.

Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 28 de julho de 2009.

Des. Dorival Renato Pavan – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan

Versam os presentes autos sobre a Ação de Retificação de Registro Civil de Nascimento ajuizada por Neli Leite Penteado, com intuito de retificar a data de nascimento constante em seus documentos e para fazer incluir o nome de seu genitor e de seus avós paternos em toda a sua documentação.

O juízo *a quo* julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido, no toca ao pleito de inclusão do nome de Viriato Medeiros Neto, como genitor, e de João Ferreira de Medeiros e Lázara Garcia de Medeiros, como avós paternos, nos documentos da requerente.

Indeferiu, por falta de provas, o pedido de alteração da data de nascimento da autora.

Afirma a recorrente que a sentença está equivocada, pois negou vigência ao artigo 109 da Lei n. 6015/73.

Ressalta que a autora foi reconhecida de fato pelo pai e pelos irmãos, que inclusive informaram ao juízo das sucessões que a autora é herdeira de Viriato Medeiros Neto. Denota que, em razão desse reconhecimento, não há necessidade de processo contencioso para a declaração de paternidade.

Alega que a juíza não agiu com acerto ao entender que não restou comprovada a situação que ensejaria a retificação da data de nascimento da autora. Isto porque os documentos acostados comprovam tal situação, e também porque não foi oportunizada a prova testemunhal, mediante oitiva da mãe da apelante.

Ao final requer a reforma da decisão para incluir o nome do SR Viriato Medeiros Neto como genitor da apelante, e também que seja determinada a audiência para que a autora da recorrente preste as informações ao juízo, e em sendo esclarecido o equívoco na data lançada em seu assento de nascimento, seja determinada a retificação.

A Procuradoria-Geral de Justiça exarou parecer às f. 60-66 opinando pelo conhecimento e improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan (Relator)

Versam os presentes autos sobre a Ação de Retificação de Registro Civil de Nascimento ajuizada por Neli Leite Penteado, com intuito de retificar a data de nascimento constante em seus documentos e para fazer incluir o nome de seu de seu genitor e de seus avós paternos em toda a sua documentação.

O juízo *a quo* julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido, no tocante ao pleito de inclusão do nome de Viriato Medeiros Neto, como genitor, e de João Ferreira de Medeiros e Lázara Garcia de Medeiros, como avós paternos, nos documentos da requerente. Indeferiu, por falta de provas, o pedido de alteração da data de nascimento da autora.

Entendo que o recurso não merece prosperar.

A autora, aqui recorrente, pretende ver assentado em seu registro civil de nascimento o nome de seu genitor e de seus avós paternos.

Entretanto, verifico que não existe nos autos nenhum documento comprobatório de que houve o reconhecimento de paternidade, fato esse que se mostra imprescindível para a inclusão do nome paterno em sua documentação, ainda mais em se tratando de procedimento especial de jurisdição voluntária, como no caso.

Assim, por não existir tal ato, o procedimento de jurisdição voluntária, utilizado para retificação de registro civil, não se configura como meio adequado a regularizar a situação documental da recorrente.

É sabido que, para os filhos havidos na constância do casamento há presunção relativa da paternidade do marido. Desta forma, o reconhecimento de paternidade é o ato pelo qual o pai assume, expressamente, a paternidade de um filho havido fora do casamento.

A legislação brasileira facilita o reconhecimento de paternidade, permitindo que esse possa ser feito por qualquer instrumento, público ou particular, mesmo que essa não seja a finalidade essencial do ato.

Entretanto, constato que no caso não há qualquer indício de ocorrência, judicial ou extrajudicial do reconhecimento.

Assim, não houve o preenchimento de uma das condições da ação necessárias para a análise e eventual procedência do pedido de inclusão dos nomes.

Neste ponto, em que pese o entendimento da douta magistrada de primeiro grau que extinguiu o processo sem resolução do mérito por impossibilidade jurídica do pedido, entendo que realmente não está presente uma condição da ação, mas não a impossibilidade jurídica do pedido e sim a ausência de interesse de agir na modalidade interesse-adequação.

É sabido que o pedido é juridicamente impossível quando o ordenamento jurídico proíbe expressamente a pretensão. A rejeição da ação deve limitar-se às hipóteses claramente vedadas em lei, uma vez que nos casos em que o direito não amparar determinado direito, o pedido deve ser julgado improcedente, portanto com exame de mérito. Impõe-se, dessa forma, não confundir a impossibilidade jurídica do pedido com o mérito da causa, pois o direito ou não da parte à declaração pretendida é questão a ser julgada no momento processual oportuno.

No caso dos autos, há legítimo direito da apelante em querer ver reconhecida a sua paternidade; entretanto, o meio utilizado para tal fim não tem o condão de produzir esse resultado, pois esse provimento deveria ter sido pleiteado por via de uma ação de reconhecimento de paternidade.

Sabe-se que o interesse de agir consubstancia-se na necessidade, adequação e utilidade do provimento jurisdicional pretendido.

A necessidade vem da impossibilidade de satisfação do interesse pela via extrajudicial; a adequação é verificada analisando-se se a via eleita escolhida é a correta para tratar do direito material discutido, e a utilidade do provimento ocorre quando este é considerado apto a criar uma situação jurídica mais vantajosa.

Para elucidação do tema, e especificamente sobre o interesse-adequação colaciono a abalizada doutrina de Antonio Carlos Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

Adequação é a relação existente entre a situação lamentada pelo autor ao vir a juízo e o provimento jurisdicional concretamente solicitado. O provimento, evidentemente, deve ser apto a corrigir o mal que o autor se queixa, sob pena de não ter razão de ser. Quem

alegar, por exemplo, o adultério do cônjuge não poderá pedir a anulação do casamento, mas o divórcio, porque aquela exige a existência de vícios que inquinem o vínculo matrimonial logo na sua formação, sendo irrelevantes fatos posteriores. O mandado de segurança, ainda como exemplo, não é medida hábil para a cobrança de créditos pecuniários¹.

Desse modo, é assente o entendimento de que a análise da configuração das condições da ação deve ser anterior à análise do mérito da questão posta em julgamento. Neste passo, veja-se a jurisprudência deste Egrégio Tribunal de Justiça:

ACÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL – JUIZ QUE AVALIANDO O MÉRITO DA DEMANDA INDEFERE A INICIAL REPUTANDO AUSENTE O INTERESSE DE AGIR – MANIFESTAÇÃO AÇODADA DA MATÉRIA DE FUNDO – VERIFICAÇÃO DA ADEQUAÇÃO E UTILIDADE DA MEDIDA PRETENDIDA – EXTINÇÃO TERMINATIVA INSUBSISTENTE.

No exame primeiro das condições da ação, dentre elas o interesse de agir, deve o magistrado limitar-se ao cotejo genérico da necessidade e adequação da demanda, sem antecipar o julgamento do mérito das questões postas à sua apreciação, dependente do regular processamento do feito, sob pena de flagrante nulidade da sentença, quanto mais se os elementos fáticos da causa indicam que, diante da conduta procedimental conturbada imposta pelo juiz na execução, não sobrou outro caminho ao recorrente senão o de manejar a anulatória de débito fiscal, fazendo-se presente o legítimo interesse processual para contraditar, na via escolhida, o débito fiscal pretensamente indevido.(AC - Ordinário, julgada em 20.9.2005, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, DJ 27.9.2005).

Transportada essa lição para o caso dos autos, é de se ver que embora a apelante possa realmente ter o direito de ver reconhecido sua paternidade, o meio processual ora utilizado não tem a força e a eficácia necessárias para a declaração da situação buscada. Desse modo, a ação de retificação de registro, implementada por meio de procedimento de jurisdição voluntária, não se mostra como meio adequado para produzir o resultado pretendido, no caso concreto e em face dos elementos trazidos aos autos pela autora.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre o assunto entendendo que “*Cabível a retificação do assento de nascimento para incluir-se o nome do pai, quando havida a manifestação expressa e direta deste, perante o Juiz, reconhecendo a paternidade, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém*” (REsp n. 119824/PR, REsp n. 1997/0010728-0, Rel. Min. Barros Monteiro).

Impõe-se, outrossim, não confundir a inadequação da ação com o mérito da causa, pois o direito ou não da parte à declaração pretendida é questão a ser julgada em ação específica para tal fim. No caso em tela, o procedimento de jurisdição voluntária não é a via adequada para se pleitear a inclusão do nome do genitor da recorrente, pois tal ato demandaria que houvesse nos autos algum documento comprobatório que essa paternidade já foi reconhecida.

Nesse sentido, o entendimento da nobre magistrada de primeiro grau (f. 30):

Em outras palavras, a questão, por sua natureza, abrangência e importância, gravidade jurídica, envolvendo paternidade/filiação, deve ser resolvida em sede própria e específica da ação de declaração/reconhecimento, que terá por consequência, a modificação/alteração do registro civil, autorizado por decisão judicial. A inclusão do nome do pai da autora no registro civil, de caráter constitutivo, não pode ser feita na via do pedido de jurisdição voluntária, que circunscreve a atuação do Juiz à mera homologação de atos praticados.

¹ Teoria Geral do Processo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 259.

Quanto à pretensão de ver retificada data de nascimento em seu assento civil, melhor sorte não assiste à apelante.

Dispõe o artigo 109 da Lei n. 6015/73:

Art. 109. Quem pretender que se restaure, supra ou retifique assentamento no Registro Civil, requererá, em petição fundamentada e instruída com documentos ou com indicação de testemunhas, que o Juiz o ordene, ouvido o órgão do Ministério Público e os interessados, no prazo de cinco dias, que correrá em cartório.

Todavia, o deslinde do caso não se subsume a mera aplicação do precitado dispositivo legal. Isto porque a situação apresentada, de que a apelante foi tardiamente registrada por sua mãe, não está suficientemente provada, de sorte que a recorrente não faz jus a retificação de sua data de nascimento.

Pelo cotejo probatório constante dos autos (documentos às f.17-19), constato que a ação não oferece elementos bastantes para se certificar que o registro da apelante foi realizado tardiamente. Não se vislumbra nos autos qualquer prova firme que comprove as alegações expendidas, pois a requerente simplesmente alegou o fato e trouxe os seus documentos atuais, os quais não fundamentam, de forma alguma, o fato de que seu o registro de nascimento ocorreu de forma tardia.

Por consequência, sua pretensão não merece guarida, pois a retificação só poderia ser concretizada se apresentasse alguma prova hábil a constituir suas alegações e ilidir de forma cabal a presunção de veracidade das informações constantes no registro público.

Neste sentido, os arestos abaixo colacionados deste egrégio Tribunal de Justiça:

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE ÓBITO – NOME DO FALECIDO – ARTIGO 109 DA LEI Nº 6.015/73 – AUSÊNCIA DE PROVA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Nos termos do que prescreve o artigo 109 da Lei n. 6.015/73, quem pretender a retificação dos dados constantes em assento registro civil, deve instruir seu pedido com as provas necessárias a comprovar a ocorrência de erro e que corroborem as alegações narradas.

Não havendo provas de que o nome do falecido foi lançado de modo errôneo, não há falar em retificação do registro de óbito. (Apelação Cível - Lei Especial, julgado em 23.4.2009, Quinta Turma Cível, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, publicado em 12.5.2009 DJ 1961).

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REGISTRO TARDIO DE NASCIMENTO – PEDIDO DE PROCEDÊNCIA EM FACE DA PROVA TESTEMUNHAL – PROVAS INSUFICIENTES – AUTORA SEM INFORMAÇÕES DE FAMILIARES E PARENTES –DEPOIMENTOS FRÁGEIS – SOTAQUE ESTRANGEIRO VERIFICADO PELO MAGISTRADO A QUO QUANDO DA AUDIÊNCIA – GRANDES POSSIBILIDADES DE A APELANTE NÃO SER BRASILEIRA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Resta não provida a apelação quando verificado que inexistem nos autos provas suficientes para a procedência do pedido de lavratura do registro de nascimento da apelante com os dados constantes na petição inicial, inclusive quando a autora-apelante admite que não tem informações de parentes ou familiares e, ainda, quando ninguém nada sabe de sua vida antes de vinte anos atrás. Ademais, em seu depoimento o magistrado fez constar a grande possibilidade de a apelante não ser brasileira, situação que o artigo 50 da Lei dos Registros Públicos desautoriza o registro civil. (Apelação Cível - Jurisdição Voluntária, julgado em 20.9.2005, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Luiz Carlos Santini, DJ de 1.11.2005).

Depreende-se, outrossim, que a apelante não se desincumbiu de provar os fatos por ela alegados, pois sendo ela a interessada na declaração jurídica, deveria ter trazido aos autos prova hábil a demonstrar que efetivamente nasceu em 14 de fevereiro de 1943 e não em 12 de julho de 1944, como consta do registro.

À toda evidência, com base em todo o conjunto fático-probatório dos autos, não há como afirmar como verdadeiros os fatos por ela alegados.

Do mesmo modo, não merece amparo a alegação de que a situação poderia ter sido satisfatoriamente esclarecida com o testemunho de sua genitora, pois entendo que tal prova não influiria de modo decisivo no resultado obtido pela parte.

Tem-se que a *“prova testemunhal é a prova que pode ser obtida através das declarações de um terceiro, estranho ao processo, a respeito das alegações de fato debatidas no processo. A prova testemunhal fornece ao juiz a versão de alguém de como se passaram determinados fatos importantes para resolução do mérito da causa.”*²

Vale dizer, a prova testemunhal pleiteada não seria conclusiva para elucidação da questão instalada nos autos, pois, sendo a mãe da apelante pessoa havida como parcial no assunto discutido no processo, o testemunho não teria a força probante necessária para embasar um resultado diferente daquele expendido pela douta juíza de primeiro grau.

Ressalto, por oportuno, que foi a genitora da apelante que efetuou o registro de nascimento da filha e declarou, perante o oficial de registro público, a data de 12 de julho de 1944 como a de seu nascimento.

Sobre o assunto trago a baila as razões expedidas no parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 60-66):

Acerca da necessidade de oitiva da genitora da recorrente, tenho comigo que esta somente prestará informações que venham a beneficiar a apelante. Impende consignar que a recorrente não carregou qualquer outro elemento probatório capaz de fortalecer suas ilações. Ao reverso, limitou-se a afirmar que a sua genitora seria a única pessoa que poderia confirmar a verdadeira data de nascimento. Desse modo, como apelante baseia-se apenas no fato narrado por sua genitora, atentando aos princípios da segurança jurídica e estabilidade das relações jurídicas, as possíveis informações da Senhora Venusina Francisca Leite serão desnecessárias para corroborar a tese apresentada pela autora, qual seja, de que houve incorreção na data de seu nascimento no registro civil.

Assinalo que a prova é produzida pela parte e direcionada para formar o convencimento do juiz, que tem liberdade para decidir a causa, desde que fundamente sua decisão. Trata-se do conhecido princípio do livre convencimento motivado, disposto no artigo 131³ do CPC, que de um lado lhe assegura a liberdade para apreciar as provas, mas, de outro, impõe-lhe o dever de justificar as razões de seu convencimento.

Assim, tenho que a questão da suficiência probatória pode ser analisada pelo juiz com liberdade, desde que ao decidir justifique seu convencimento. Nestes termos entendo que agiu com acerto a magistrada *a quo* ao indeferir o pedido de retificação da data de nascimento por ausência de provas.

Posto isso, conheço do recurso interposto, mas lhe nego provimento.

2 MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 388.

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

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

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

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

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

Campo Grande, 28 de julho de 2009.

Apelação Cível n. 2008.008389-5 - Campo Grande
Terceira Turma Cível
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CONSTITUTIVA NEGATIVA DE MULTA DE TRÂNSITO – TRANSFERÊNCIA DE PROPRIEDADE DO VEÍCULO – INFRAÇÕES POSTERIORES – AUSÊNCIA DE REGISTRO NO ÓRGÃO COMPETENTE – SÚMULA 132 DO STJ – RECURSO PROVIDO.

1. A propriedade de bens móveis transfere-se pela simples tradição, sendo que a ausência de registro de transferência no órgão oficial, não torna o antigo proprietário responsável pelas infrações. Conforme Súmula n. 132, do Superior Tribunal de Justiça, o registro de transferência junto ao Departamento Estadual de Trânsito - Detran não é essencial para definir a responsabilidade patrimonial e, por conseguinte, infracional.

2. A responsabilidade por qualquer infração superveniente à tradição do bem cabe ao novo proprietário.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 31 de agosto de 2009.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível - Ordinário interposto por Benedito Rufino Oliveira dos Santos contra sentença proferida pelo Juiz da 3ª Vara da Fazenda Pública e de Reg. Públicos da Comarca de Campo Grande nos autos da Anulação de Auto de Infração de Trânsito movida contra Agência Municipal de Transporte e Trânsito - Agetran.

Em síntese, relata que se trata de pessoa humilde e que vendeu o veículo em questão no ano de 1980 por contrato particular de compra e venda, tendo alegado em sua defesa, quando notificado das primeiras infrações, que não era mais proprietário do bem, não indicando o verdadeiro condutor do veículo por desconhecer a informação.

Afirma que não tinha conhecimento das normas de trânsito aplicáveis ao caso e os procedimentos administrativos referentes à comunicação de transferência do bem, insistindo que não é justo que responda por ato praticado por terceiro, perdendo, inclusive, o direito de dirigir, o que lhe causaria enorme prejuízo por se tratar de vendedor que utiliza de veículo para seu trabalho.

Ressalta que o comprador do veículo se obrigou a transferir o bem, não podendo ser responsabilizado pela sua inércia, principalmente por se tratar de pessoa que não cometeu infrações.

Repete que todas as infrações foram cometidas após a venda do veículo, postulando, ao final, a reforma da sentença com a condenação dos apelados nas verbas de sucumbência e honorários advocatícios.

Devidamente intimados, os apelados não apresentaram contrarrazões ao apelo.

VOTO

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

Trata-se de procedimento recursal de Apelação Cível - Ordinário interposto por Benedito Rufino Oliveira dos Santos contra sentença proferida pelo Juiz da 3ª Vara da Fazenda Pública e de Reg. Públicos da Comarca de Campo Grande nos autos da Anulação de Auto de Infração de Trânsito movida contra Agência Municipal de Transporte e Trânsito - Agetran.

Conforme se extrai do “Contrato de venda e compra de veículo automotor” de f. 12 dos autos, o apelante alienou o veículo GM/Chevette Hatch, ano 1980, cor branca, ao Sr. Roberto Fagundes Cabral, na data de 15 de junho de 2001, tendo em 18.6.2001 sido reconhecidas as assinaturas constantes dos instrumentos.

No aludido instrumento, restou avençado que o comprador assumiu a responsabilidade pelo pagamento de todas as multas incidentes sobre o veículo, bem como pela transferência do bem para seu nome. Vejamos:

2. O comprador assume a responsabilidade pelo pagamento de todas as multas existentes incidentes sobre o veículo, bem como assume a responsabilidade por quaisquer multas ou incidentes que venham a ocorrer sobre o mesmo a partir da presente data.

4. O comprador assume neste ato o compromisso em transferir o veículo para seu próprio nome ou de terceiros caso tenha alienado o mesmo, tão logo tenha efetuado a quitação de todas as multas existentes.

As infrações de trânsito contra as quais se insurge, foram cometidas em data posterior a alienação do veículo, conforme se infere das “Notificações de autuação e multa” acostadas aos autos (f. 13-18).

Destaco que as 11 infrações foram cometidas por excesso de velocidade aferida por lombada eletrônica nos dias 21 e 22 de setembro de 2002, em horários distintos.

Bem verdade que o Código de Trânsito Brasileiro estabelece o prazo de trinta dias para o antigo proprietário encaminhar ao órgão executivo de trânsito do Estado cópia autenticada do comprovante de transferência de propriedade (DUT), “*sob pena de ter que se responsabilizar solidariamente pelas penalidades impostas e suas reincidências até a data da comunicação*” (art. 134, CTB¹).

1 CTB - Art. 134. No caso de transferência de propriedade, o proprietário antigo deverá encaminhar ao órgão executivo de trânsito do Estado dentro de um prazo de trinta dias, cópia autenticada do comprovante de transferência de propriedade, devidamente assinado e datado, sob pena de ter que se responsabilizar solidariamente pelas penalidades impostas e suas reincidências até a data da comunicação.

Ocorre que referido dispositivo trata de mera formalidade administrativa, uma vez que sabido que a propriedade de bens móveis transfere-se pela simples tradição, situação que não resta afetada pela falta de registro no Departamento Estadual de Trânsito - Detran. Ademais, o STJ já sedimentou entendimento pela mitigação da responsabilidade solidária prevista no dispositivo em comento.

Frisa-se, ainda, a existência da Súmula n. 132 do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe: *“A ausência de registro e transferência não implica a responsabilidade do antigo proprietário por dano resultante de acidente que envolve o veículo alienado.”* Como se observa, a Súmula corrobora com o entendimento de que a responsabilidade por qualquer infração superveniente à tradição do veículo cabe ao novo proprietário.

No caso em tela, a ausência de registro de transferência no órgão competente não torna o apelante responsável pelas infrações de trânsito cometidas nos dias 21 e 22.9.2002, haja vista que o automóvel encontrase em poder de Roberto Fagundes Cabral desde junho de 2001, ou seja, já realizada a tradição do bem, logo, transferida a propriedade, pendendo apenas o registro adequado.

Com isso, está se considerando que o registro no órgão administrativo responsável, *in casu*, o DETRAN, é mero procedimento de controle para o órgão administrativo, não se constituindo em requisito fundamental para que a propriedade seja efetivamente transferida.

Sobre o tema, leciona Pontes de Miranda (**Tratado de Direito Privado**, v. 15, § 1.657, 2, p. 10, Rio de Janeiro, 1956):

A inscrição no registro deve conter a declaração do nome e da residência do dono do veículo e das características do veículo. Todavia, tal inscrição não tem qualquer efeito constitutivo ou translativo de propriedade. O registro só tem finalidade policial e de publicidade.

Nesse sentido, a decisão do REsp 961969/RS: *“Desse modo, ainda que inexistente a comunicação de venda do veículo por parte do alienante, restando - de modo incontroverso - comprovada a impossibilidade de imputar ao antigo proprietário as infrações cometidas, a responsabilização solidária prevista no art. 134 do CTB deve ser mitigada”*².

Ainda, a esse respeito, cumpre, também, transcrever trecho do voto da eminente Ministra Eliana Calmon, que examinou a questão no REsp n. 965.847/PR³:

O proprietário somente é responsável pela infração cometida pelo condutor, embarcador e transportador, se o real infrator não for identificado.

É o que dispõe o § 7º:

§ 7º Não sendo imediata a identificação do infrator, o proprietário do veículo terá quinze dias de prazo, após a notificação da autuação, para apresentá-lo, na forma em que dispuser o Contran, ao fim do qual, não o fazendo, será considerado responsável pela infração.

2 ADMINISTRATIVO. INFRAÇÃO DE TRÂNSITO. ALIENAÇÃO DE VEÍCULO. TRADIÇÃO. AUSÊNCIA DE REGISTRO DE TRANSFERÊNCIA JUNTO AO DETRAN.

1. O fato de não ter sido realizada a transferência de propriedade do automóvel autuado junto ao Detran não obsta que a prova da alienação se faça por outros meios. (REsp n. 599620/RS, Primeira Turma, Min. Luiz Fux, DJ de 17.5.2004).

2. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 961.969/RS. Primeira Turma, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 21.8.2008, DJe .1.9.2008).

3 ADMINISTRATIVO – INFRAÇÃO DE TRÂNSITO – ALIENAÇÃO DO VEÍCULO – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO ALIENANTE (ART. 134 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO).

1. Na interpretação do problemático art. 134 do Código de Trânsito deve-se compreender que a solidariedade imposta ao antigo proprietário, antes de realizar no Detran a transferência, é mitigada.

2. Alienado veículo automotor sem que se faça o registro, ou ao menos a comunicação da venda, estabelece-se, entre o novo e o antigo proprietário, vínculo de solidariedade pelas infrações cometidas, só afastadas quando é o Detran comunicado da alienação, com a indicação do nome e endereço do novo adquirente.

3. Não havendo dúvidas, *in casu*, de que as infrações não foram cometidas no período em que tinha o recorrido a propriedade do veículo, não deve ele sofrer qualquer tipo de sanção.

4. Recurso especial provido. (REsp n. 965.847/PR, Segunda Turma, Relª. Min.ª Eliana Calmon, julgado em 4.3.2008, DJ 14.3.2008).

Verifica-se, pelo artigo transcrito, que o proprietário não responde solidariamente, em caráter absoluto, pelas infrações praticadas pelo adquirente, tendo sido mitigada a responsabilidade solidária. Somente quando não for identificado o infrator, é que o proprietário é responsabilizado pelas infrações cometidas após a alienação do veículo, mesmo sem a sua participação. O que o faz responsável é, em verdade, a não-comunicação da transferência ao Detran, assumindo a culpa, pela desídia do seu proceder.

Assim, o art. 134 do CTB deve ser interpretado como norma de imposição de solidariedade limitada, ou seja, só há responsabilidade do antigo proprietário, na hipótese de não ser identificado o novo adquirente, o real infrator.

Essa interpretação vem em benefício do antigo proprietário, de tal forma que, uma vez comunicado o órgão de trânsito a transferência da propriedade, fica a Administração compelida a fazer as anotações nos registros do veículo, para efeito de intimar o novo proprietário, mesmo quando ele deixou de providenciar a transferência de registro, na forma do art. 123, § 1º, do mesmo Código.

Sem essa regra, ou seja, sem que a Administração fosse obrigada a realizar a anotação, estaria o antigo proprietário sem mecanismo para se livrar da responsabilidade em relação ao bem que não mais lhe pertence.

Para a Administração, enquanto não houver a comunicação prevista no art. 134 do CTB ou a expedição do novo certificado de registro, a titularidade da propriedade será de quem consta no registro antigo. Desse modo, qualquer infração deverá ser comunicada ao proprietário que consta na sua base de dados.

Verifica-se, por tudo que foi dito, que a comunicação não é ato constitutivo da transferência da propriedade, serve apenas para declarar que houve alienação.

Portanto, a expressão “sob pena de ter que se responsabilizar” (art. 134) só existe “até a data da comunicação”.

Assim, inexistindo dúvidas, no caso, de que as infrações não foram cometidas no período em que tinha o recorrido a propriedade do veículo, não deve ele sofrer qualquer tipo de sanção, mas sim o sr. Roberto Fagundes Cabral, qualificado no documento de f. 12 dos autos.

Ex positis, dou provimento ao apelo para determinar ao Detran que anule as infrações discutidas nestes autos e retire todos os pontos incidentes no CNH do autor referentes à elas.

Condene os apelados ao pagamento das custas e honorários advocatícios, os quais fixo em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), com fulcro nos §§ 3º e 4º do art. 20 do CPC, haja vista o trabalho zeloso realizado pelo procurador do autor, bem como a complexidade da demanda.

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. Oswaldo Rodrigues de Melo.

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, 31 de agosto de 2009.

Apelação Cível n. 2009.011185-0 - Chapadão do Sul
Terceira Turma Cível
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA REJEITADA – MÉRITO – ERRO MÉDICO – MORTE DA GESTANTE E DO FETO LOGO APÓS O PARTO – NEGLIGÊNCIA – NEXO CAUSAL – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – 300 SALÁRIOS-MÍNIMOS – TERMO *A QUO* DE INCIDÊNCIA DA CORREÇÃO MONETÁRIA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – RECURSO IMPROVIDO.

1. Se a parte foi negligente, deixando transcorrer *in albis* o prazo para apresentação de memoriais, oportunidade em que deveria se manifestar acerca do processo ético/disciplinar, cuja juntada foi determinada em audiência da qual saiu intimado, não ocorre cerceamento de defesa.

2. O exame dos autos leva à certeza da ocorrência de decisão médica equivocada, que acarretou na morte da parturiente e do feto poucas horas após o nascimento. Assim, muito embora o médico tenha acompanhado a gestante durante todo o período de trabalho de parto, deixou de tomar as precauções que o caso solicitava, evidenciando a sua negligência.

3. Ponderadas as condições social e econômica da vítima e do apelante, bem como as demais circunstâncias do evento danoso, tem-se que a importância arbitrada está em consonância com a proporcionalidade e equivalência do dano e de acordo com precedentes do STJ e desta Corte.

4. Os danos materiais restaram devidamente comprovados pelas despesas com funeral das vítimas, devendo incidir correção monetária a partir do desembolso, nos termos do enunciado da Súmula 43 do STJ.

5. O processo tramita há mais de cinco anos, tendo os patronos da autora desenvolvido trabalho zeloso, respeitando a natureza e a importância da causa. Assim, visando à valorização profissional e remuneração digna aos advogados, mostram-se justo os honorários fixados em 20% sobre o valor da condenação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, rejeitar a preliminar, unânime. No mérito, por maioria, negaram provimento ao recurso, vencido o vogal que reduzia o valor da indenização, unânime.

Campo Grande, 20 de julho de 2009.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposta por João Roque Buzoli contra decisão proferida pelo Juiz da 1ª Vara da Comarca de Chapadão do Sul, nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais por erro médico que lhe moveu Aparecida de Brito.

Preliminarmente, alega a ocorrência de cerceamento de defesa, uma vez que a sentença se baseou no processo ético-disciplinar trazido aos autos pela apelada, sem que lhe fosse oportunizado se pronunciar e contrapor os documentos. Afirma que não tinha conhecimento de que as cópias encontravam-se nos autos.

No mérito, sustenta que não foi negligente, porquanto se fez presente ao lado da paciente durante todo o tempo, aplicando normas e condutas médicas necessárias para a solução do caso no limite das possibilidades que estavam ao seu alcance.

Deduz que os depoimentos de Eva Rodrigues dos Santos, de Teresa de Lima Zankanol, Aldrin Marshall de Toledo Rocha e de Sandra Luiza de Freitas confirmam o acompanhamento da paciente, com observação dos sinais vitais da parturiente e do feto, constatando normalidade até o momento do parto; não há, portanto, falar em negligência.

Com relação à imperícia média, igualmente sustenta não se visualizar no caso, uma vez que possui habilitação profissional e legal, possuindo título de residência médica em ginecologia e obstetrícia, além de *“larga experiência adquirida ao longo dos anos que prestou atendimento sem qualquer distinção a comunidade de Chapadão do Sul, não possuindo qualquer mácula em seu currículo ou mesmo ato desabonador de sua conduta profissional”* (f. 539).

Insiste que agiu de acordo com *“o padrão científico adequado e o que tinha ao seu alcance e disposição, eis que não tinha qualquer indicação para realizar de cesariana na paciente”*, uma vez que não apresentava nenhuma das condições declinadas na literatura médica, e que *“todos os monitoramentos realizados indicavam o parto normal”* (f. 539).

Assevera que o sofrimento fetal, para ser diagnosticado, leva em conta vários parâmetros, e não pode ser inferido simplesmente pela presença de mecônio ou pelos batimentos cardíacos, colacionando artigos médicos sobre a matéria.

Destaca que não existe prova “robusta, séria e convincente” que demonstre que os óbitos ocorreram em decorrência da sua conduta, e afirma que *“não pode sustentar um decreto condenatório simples ilações subjetivas a respeito do nexo causal, sendo certo que cabia a Apelado o ônus de provar que os óbitos tiveram como nexo causal o Apelante”*, destacando a necessidade de realização de autópsia dos cadáveres para se ter certeza da *causa mortis*.

Acrescenta, ainda, que o valor fixado pelo magistrado singular a título de danos morais (300 salários-mínimos) mostra-se excessivo, servindo de incentivo ao ócio, além de não ter apreciado a condição da vítima e do suposto ofensor.

Por fim, que a correção monetária deve incidir a partir da prolação da sentença, e não do evento danoso, e que os honorários advocatícios devem ser minorados, pois os fixados em 20% não se coadunam com a realidade dos autos.

Contrarrazões pela rejeição da preliminar de cerceamento de defesa e, no mérito, pelo improvimento do apelo.

VOTO

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

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposta por João Roque Buzoli contra decisão proferida pelo Juiz da 1ª Vara da Comarca de Chapadão do Sul, nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais por erro médico que lhe moveu Aparecida de Brito.

Da preliminar de cerceamento de defesa

Ao contrário do que alega o apelante, teve não só conhecimento dos documentos acostados aos autos como também de se manifestar acerca deles, além de toda a prova ter sido produzida após a juntada do processo ético-disciplinar de f. 249-413.

Isso porque o magistrado singular determinou a requisição ao CRM/MS de cópia integral do procedimento administrativo instaurado contra o apelante na própria audiência de conciliação. Se não, vejamos:

Aberta a audiência, as partes não se conciliaram. A parte autora especificou como provas a serem produzidas a juntada de procedimento administrativo junto ao CRM, que deverá ser requisitado mediante ofício deste Juízo, nos termos do requerido na inicial, depoimento pessoal do réu e oitiva de testemunhas. A parte ré requer a juntada de documentos, depoimento pessoal da autora e oitiva de testemunhas. Pelo(a) MM. Juiz(a) foi proferido o seguinte despacho: “Vistos, etc. Oficie-se ao CRM-MS requisitando cópia integral do procedimento administrativo/sindicância instaurada contra o réu. Indefero juntada de novos documentos por parte da ré, já que o momento processual para a juntada de documentos é com a contestação, salvo pedido específico futuro que será apreciado. [...]” (f. 230).

Assim, resta evidente que o apelante tinha conhecimento da existência do processo ético/disciplinar dos autos.

Não bastasse isso, após a juntada dos documentos, foi realizada audiência de instrução, em que foram ouvidas as testemunhas arroladas pelas partes. Na sequência, foi oportunizada às partes apresentação de memoriais.

Ocorre que o ora apelante deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentação das suas alegações finais (f. 506), motivo pelo qual não se manifestou acerca dos documentos que tinha conhecimento que seriam trazidos aos autos.

Dessa forma, se foi negligente no curso do processo, não pode agora, em apelação, alegar sua torpeza em proveito próprio. Evidente, entretanto, que não ocorreu cerceamento de defesa, mas sim, repito, negligência da própria parte.

Por esses motivos, rejeito a prejudicial arguida.

Passo à análise do mérito.

O Código de Ética Médica, em seu art. 2º, dispõe que “o alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.”⁴

4 http://www.abctran.com.br/Conteudo/codigo_etica_medica.pdf

Por sua vez, o art. 29, inserido no capítulo III – Responsabilidade Profissional, reforça: “Art. 29 - *Praticar atos profissionais danosos ao paciente, que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência.*”

E a doutrina e jurisprudência pacificaram entendimento de que deverá ser imputada ao médico, como profissional, a responsabilidade civil pelas faltas legais ou morais, cometidas no exercício de suas atividades.

Cumpre salientar que a natureza contratual da responsabilidade médica tem como objeto a obrigação de meio e não de resultado.

Extraí-se do ensinamento de Carlos Roberto Gonçalves⁵:

O objeto do contrato médico não é a cura, obrigação de resultado, mas a prestação de cuidados conscienciosos, atentos, e, salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as aquisições da ciência. Comprometem-se a tratar o cliente com zelo, utilizando-se dos recursos adequados, não se obrigando, contudo, a curar o doente. Serão pois, civilmente responsabilizados somente quando ficar provada qualquer modalidade de culpa: imprudência, negligência ou imperícia.

Dos comentários de Rui Stoco⁶ acerca do tema, temos:

É necessário que se estabeleça uma relação de causalidade entre a injuridicidade da ação e o mal causado, ou, na feliz expressão de Demogue, ‘é preciso esteja certo que, sem este fato, o dano não teria acontecido. Assim, não basta que uma pessoa tenha contravindo a certas regras; é preciso que sem esta contravenção, o dano não ocorreria.’ (**Traité des Obligations en général**, vol. IV, n. 66). O nexo causal se torna indispensável, sendo fundamental que o dano tenha sido causado pela culpa do sujeito.

Assim, para configurar qualquer das hipóteses de imprudência, negligência ou imperícia invocada na ação originária, necessária a comprovação da culpa do profissional por ter agido em uma das suas modalidades.

Para tanto, faz-se necessário verificar o nexo causal entre a morte da parturiente e do feto e os procedimentos médicos adotados pelo apelante.

Ainda, em primoroso estudo sobre o tema da culpa médica, a prova e o nexo de causalidade, o civilista e magistrado Miguel Kfoury Neto nos traz a noção de “perda de uma chance”, *perte d’une chance de survie ou guérison*, a perda de uma chance de cura ou de sobrevivência, seja em se tratando de erro de diagnóstico, tratamento ou cuidados médicos.

Ante a pertinência da teoria adotada e clareza do texto do mencionado autor, ousou transcrever alguns trechos que entendo relevantes:

As causas reais de fracasso do tratamento médico são difíceis de provar – e freqüentes vezes permanecem envoltas no véu da incerteza. Essas dúvidas, em muitos casos, não são esclarecidas pelos laudos periciais, bastante reticentes, vez por outra eivados de espírito de corpo e, muito freqüentemente, traduzindo a experiência pessoal do perito. Portanto, ou o liame causal existe realmente, unindo a culpa ao dano, ou a incerteza quanto à causalidade resulta na reparação parcial do prejuízo sofrido, mediante reconhecimento da perda de uma chance.

[...]

5 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil de acordo com o novo código civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 360.

6 STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: RT, 2001, p. 106.

Tenha-se presente a afirmação de que o erro de diagnóstico, em princípio, não caracteriza culpa médica. Todavia, a jurisprudência tem decidido que o erro de diagnóstico, do qual advém tratamento inadequado, constitui perda de uma chance de cura ou sobrevivência – e abre ao paciente e familiares a possibilidade de reparação, nos limites da perda da chance considerada.[...] Como visto, a perda de uma chance, no domínio médico, atinge a causalidade, ao passo que nas demais áreas da responsabilidade civil refere-se ao prejuízo.[...] A pura e simples negação da teoria atribuiria aos médicos o privilégio injustificado de poder utilizar, sempre, a dúvida científica para escapar à sua responsabilidade.⁷

No caso dos autos, a parturiente, que contava com apenas 17 anos de idade e estava com 38 semanas e 4 dias de gestação, foi encaminhada pela médica, Dra. Sonia Regina Queda Toledo, ao hospital modelo para a realização do parto, conforme se infere do receituário de f. 31:

Encaminho a pac. Cíntia Roberta Brito Pereira c/idade gestacional 38 sem. E 04 dias pelo US de 27-10.

Ao exame: colo perínio 02 polpas, cefálico, BCF = 156, bolsa rota.

(Líquido amniótico meconial).

A médica acima referida, que acompanhou a parturiente durante a gravidez (f. 277), afirmou que ela estava com “bolsa rota”, ou seja, bolsa rompida e com líquido amniótico meconial.

O apelante que realizou o parto, por sua vez, concluiu que a bolsa estava íntegra (f. 43) e que a gestante não apresentava nenhuma complicação médica que indicasse a necessidade de realização de cesariana (f. 208).

A gestante foi admitida no Hospital por volta das 15h30m, sendo que o parto normal somente se perfectibilizou por volta das 7h10min do dia seguinte, após realização de manobra conhecida como *Kristeller*⁸ em razão da ocorrência de “atonia uterina”, a qual consiste, segundo a médica que realizou o encaminhamento da paciente ao Hospital, Dra. Sonia Regina Queda Toledo, em “ausência de contração uterina após o parto, pois nesse momento o útero tem que contrair novamente, não podendo ficar mole, o que pode ser induzido por medicamento ou massagem. Se não houver essa contração haverá hemorragia e poderá ser necessário retirar o útero” (f. 426).

Segundo constou do “relatório cirúrgico/sala de parto”, assinado pelo ora apelante, “o feto nasceu morto” (f. 43). A gestante, por sua vez, veio a óbito poucas horas após o parto.

As declarações de óbito apontam como *causa mortis* da gestante “parada cardio-respiratória” (f. 52) e do feto, “Anoxia Neonatal⁹ e Atonia Uterina” (f. 53).

Foi instaurado “Processo Ético Profissional N. 16/02” contra o apelante, no qual se concluiu pela sua responsabilidade nas mortes ocorridas, pois, embora tenha afirmado que acompanhou e monitorou a parturiente durante todo o período de internação, não existe registro de “*partograma, instrumento eficaz para identificar discinesias ou distocias que levaram a período expulsivo prolongado, sofrimento fetal agudo e morte fetal*” (f. 346).

É inequívoco, pois, que houve culpa do apelante, na forma de negligência.

7 KFOURI NETO, Miguel. **Culpa Médica e Ônus da Prova**. São Paulo: Editora RT, 2002. p. 104-126.

8 “É a manobra de expressão no fundo do útero, utilizada durante as contrações do parto e que visa empurrar a criança em direção à vagina” - in <http://pt.wikipedia.org/wiki/Kristeller>.

9 Ausência de oxigênio nas células do recém-nascido, in <http://www.docsystems.med.br/PUERICULTURA%20HOME%20PAGE/An%F3xia%20Neonatal.htm>

Vejamos trecho do voto da relatora do “Processo Ético Profissional”, Dra. Luciana Reis Vaz de Moura Crouve (CRM 2919), médica especialista em ginecologia e obstetrícia¹⁰, que nos esclarece os fatos ocorridos que levaram ao duplo óbito:

Trata-se de duplo óbito. Gestante de 17 anos, que realizou pré-natal, deu entrada no hospital com feto vivo, exame ultrasonográfico evidenciando oligoâmnio moderado, relatório médico relatando perda de líquido amniótico meconial. A presença de oligoâmnio já é fator de risco para sofrimento fetal em partos prolongados. A suspeita de mecônio é sinal de alerta para complicações fetais. Foi acompanhada durante toda a noite por obstetra, com duração de parto de mais de 13 horas sem registro de partograma, instrumento eficaz para identificar discinesias ou distocias que levaram ao período expulsivo prolongado, sofrimento fetal agudo e morte fetal. A afirmação de que a paciente apresentou atonia uterina no período expulsivo, levando ao óbito fetal, não é pertinente, visto que esta é uma patologia do 3º período, pós secundamento, geralmente em consequência (não como causa) de partos prolongados e sempre acompanhado de hemorragia uterina, o que não foi relatado por nenhum membro da equipe que assistiu a paciente. Foi realizada manobra de Kristeller, na tentativa de facilitar a expulsão fetal, pois a parturiente já se encontrava em exaustão e não havia fórceps no hospital. Esta manobra não é procedimento inofensivo, tendo como complicações relatadas em literatura médica a rotura uterina com hemorragia interna e embolia amniótica. Realizadas tentativas de reanimação fetal sem sucesso. Paciente foi encaminhada de volta ao leito, sem medidas preventivas ou de suporte para as possíveis complicações maternas depois de parto prolongado.

Ainda, a revisora do processo administrativo, Dra. Denise Aparecida de Almeida Tamazato, CRM 2186, médica especialista em pediatria¹¹, afirmou em seu voto que o apelante realizou “*infusão de ocitocina sem observar o bem estar fetal*”, concluindo pela “*falta de zelo*” do profissional de medicina que “*foi imprudente e negligente ao não acompanhar e registrar as condições fetais durante ato expulsivo prolongado e ainda administrar ocitocina sem registrar seu monitoramento o que pode vir a causar sofrimento fetal agudo, vez que não foram observadas oscilações durante o pré parto*” (f. 399-400).

Com relação à parturiente, insistiu a médica revisora pela negligência do apelante que não a acompanhou “*no puerpério imediato principalmente se foi um parto laborioso, prolongado, com suspeita de atonia uterina*” (f. 400).

Constata-se, pois, que, embora o médico apelante tenha acompanhado a parturiente durante todo o período de trabalho de parto, deixou de tomar as precauções que o caso solicitava, evidenciando a negligência que gerou a morte da mãe e do feto.

Foi essa a conclusão que chegaram as especialistas em obstetrícia e pediatria que atuaram, respectivamente, como relatora e revisora do procedimento administrativo que acarretou a condenação do ora apelante às sanções previstas na alínea “b” do art. 22 da Lei n. 3268/57 (censura confidencial em aviso reservado) por infringência aos artigos 2º e 29 do CEM, anteriormente transcrito.

Dessa forma, perfeitamente configurado o nexo causal entre a conduta culposa do apelante em não tomar as precauções médicas recomendadas para o caso e o resultado duplo óbito, devendo por eles ser responsabilizado.

Os nossos Tribunais pátrios têm sedimentado entendimento nesse sentido. Se não, vejamos:

¹⁰ <http://www.portalmédico.org.br/novoportal/index5.asp?portal=MS>

¹¹ <http://www.portalmédico.org.br/novoportal/index5.asp?portal=MS>

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – DANOS MORAIS E MATERIAIS – SENTENÇA PARCIALMENTE MANTIDA – FETO NATIMORTO – GRAVIDEZ QUE TRANSCORREU TRANQUILAMENTE – PROTELAÇÃO INDEVIDA NA REALIZAÇÃO DO PARTO – PRÉ-ECLÂPSIA – NEGLIGÊNCIA DA EQUIPE MÉDICA – NEXO CAUSAL – RESPONSABILIDADE DA FUNSAU – DANO MORAL – VALOR MINORADO – PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE – DANO MATERIAL – CONTRIBUIÇÃO ECONÔMICA – INEXISTÊNCIA DE PROVA – INCABÍVEL – ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO – HOSPITAL EMPRESA PÚBLICA.

Protelação indevida na realização do parto resultando na morte de feto saudável caracteriza negligência e imperícia do serviço médico-hospitalar prestado à parturiente, gerando o dever de indenizar.

[...] (TJMS, AC n. 2008.023072-4, Segunda Turma Cível, Campo Grande, Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade, julgado em 17.2.2009).

INDENIZAÇÃO - DANO MORAL E ESTÉTICO -**MORTE DE RECÉM-NASCIDO - IMPERÍCIA E NEGLIGÊNCIA - EVOLUÇÃO CLÍNICA DA PARTURIENTE - NECESSIDADE DE CESARIANA - ESPERA DEMASIADA POR PARTO NORMAL - CULPA CARACTERIZADA** - RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO E DA INSTITUIÇÃO HOSPITALAR - DANO MORAL DEVIDO - INSURGÊNCIA RECURSAL - VALOR ATRIBUÍDO A TÍTULO DE DANOS MORAIS - REDUÇÃO DO QUANTUM PARA ALCANÇAR CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE - VERBA INDENIZATÓRIA FIXADA EM SALÁRIOS MÍNIMOS - POSSIBILIDADE - PRECEDENTES DESTA CORTE - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - PROPORCIONALIDADE COM O VALOR DA CONDENAÇÃO. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS.

Quem infringe um dever pessoal de cuidado, podendo prever a ocorrência do resultado, e não toma as medidas para evitá-lo, age com culpa” (Des. Amaral e Silva)

[...] a atividade médica tem de ser desempenhada da melhor maneira possível com a diligência necessária e normal dessa profissão para o melhor resultado, mesmo que este não seja conseguido. O médico deve esforçar-se, usar de todos os meios necessários para alcançar a cura do doente, apesar de nem sempre alcançá-la.” (Rui Stoco)”.

[...] (TJSC, AC n. 2002.000662-9, de São João Batista, Terceira Câmara de Direito Cível, Rel. Dionizio Jenczak, julgado em 22.4.2005).

RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA. AÇÃO PROPOSTA CONTRA A OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE, O HOSPITAL E O MÉDICO ASSISTENTE, PELOS PAIS DE UM FETO NASCIDO SEM VIDA APÓS O PARTO MAL SUCEDIDO. LAUDOS PERICIAIS CONCLUSIVOS, NO SENTIDO DE QUE HOUVE DEMORA NA DECISÃO DE REALIZAR-SE A CESARIANA, FATO QUE PROVOCOU O SOFRIMENTODOFETOEDAGENITORA.CARACTERIZADAACULPADOMÉDICO NA MODALIDADE DE IMPERÍCIA. NOS TERMOS DOS ARTS. 951 DO CÓDIGO CIVIL E 14, PARÁGRAFO 4º DA LEI N. 8.078/90 (C.D.C.), A RESPONSABILIDADE PESSOAL DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS SERÁ APURADA MEDIANTE A VERIFICAÇÃO DE CULPA, NÃO OBSTANTE SE TRATE DE OBRIGAÇÃO DE NATUREZA CONTRATUAL. DANO MORAL CONFIGURADO. O VALOR DA INDENIZAÇÃO DEVE SER ARBITRADO PROPORCIONALMENTE À GRAVIDADE DO EVENTO. OS JUROS DE MORA DEVEM SER CONTADOS A PARTIR DA

CITAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA OPERADORA E DA CASA DE SAÚDE. EMBORA AS OBRIGAÇÕES DA EMPRESA E DO HOSPITAL SEJAM OBJETIVAS, É INDISPENSÁVEL A DETERMINAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O COMPORTAMENTO DESSES ENTES E O RESULTADO, INOCORRENTE NA HIPÓTESE. ÔNUS SUCUMBENCIAIS E VERBAS HONORÁRIAS BEM FIXADOS. PARCIALMENTE PROVIDO O PRIMEIRO RECURSO, POR MAIORIA DE VOTOS, PARA MAJORAR A REPARAÇÃO DO DANO MORAL. VENCIDO O RELATOR. IMPROVIDOS OS DEMAIS RECURSOS. (TJRJ, AC n. 2008.001.46570, Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Carlos C. Lavigne de Lemos, julgado em 3.12.2008).

O exame dos autos leva à certeza da ocorrência de decisão médica equivocada, que acarretou a morte da parturiente e do feto, poucas horas após o nascimento.

Inegável, pois, a ocorrência de dano por culpa do apelante, e demonstrado o nexo causal entre a conduta negligente e os óbitos, impõe-se o dever de indenizar.

Do dano material

Os danos materiais restaram devidamente comprovados nos autos, sendo compreendidos como as despesas com funeral das vítimas.

A autora-apelada realizou pedido expresse na exordial (f. 11 e 13), tendo anexado recibos das despesas funerárias (f. 93-94) no importe de R\$ 1.416,00 (mil, quatrocentos e dezesseis reais).

Do valor da indenização

Sabe-se que a dor da mãe/avó é insuperável. Ela não se sentiria compensada se recebesse muitos milhões de reais, pois continuaria preferindo a vida e saúde da filha e da neta.

Entrementes, a indenização por dano moral representa na verdade o reconhecimento judicial de um ato reprovável, que de modo algum substitui a dor sofrida, que não tem preço. Quando a vítima pleiteia a reparação pecuniária da sua dor moral, não pede um preço para sua dor, mas pretende atenuar, em parte, as consequências da lesão sofrida.

Pode-se dizer que a dor moral é a da alma, por isso deve-se levar em consideração que a ofensa moral pode ser encarada de diferentes maneiras pelo ser humano. Um fato que traduz ofensa moral a um ser humano, talvez, não significa ofensa a outro.

Trata-se, pois, de questão delicada, que requer uma análise mais abrangente, sendo que a ausência de critério fixo dificulta ao magistrado a quantificação do dano moral, pois não foi ele quem sofreu a dor moral, não passou pelo problema, não vivenciou o grande sofrimento; portanto analisa a situação segundo o seu entendimento particular, sem envolvimento emocional, quando na verdade o cerne é justamente o emocional.

O valor da indenização por dano moral deve ser arbitrado de maneira a oportunizar ao lesado um abrandamento da sua dor psíquica, sem, com isso, produzir-lhe o enriquecimento sem causa. Por outro lado, deve desempenhar reprimenda ao ofensor, a fim de evitar a ocorrência de novos episódios.

Colhe-se do Superior Tribunal de Justiça:

O valor de indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que, na fixação da indenização a esse título, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico do autor e, ainda, ao porte econômico do réu, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. (REsp n. 240441/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 5.6.2000, p. 172).

Dessa forma, deve-se atentar para as condições financeiras das partes, uma vez que, do exame percuente dos autos, deduz-se que a família da vítima mantinha padrão de vida modesto. Quanto ao apelante, não existe nos autos provas dos seus ganhos; entretanto, presume-se possuir condições financeiras mais favoráveis.

Porém, é certo que o valor da indenização deve ser estabelecido em patamar suportável, sem obrigar o condenado a grandes mudanças e dificuldades de sobrevivência.

Avançando na busca de critérios mais específicos para a auferição do *quantum* a ser arbitrado, chegamos à obra “O valor da reparação moral”, da jurista Mirna Cianci, que adotou o que denomina “critério específico”, no qual apresenta valores a serem observados para definição do *quantum* do dano moral, baseados em decisões dos Tribunais pátrios e, especialmente, do STJ.

Em se tratando de morte, sugere que sejam arbitrados dentro do limite mínimo de 100 e máximo de 600 salários-mínimos. Se não, vejamos:

No que se refere aos valores a serem fixados em casos específicos, foi possível detectar os seguintes limites, desprezados aqueles que foram concedidos sem precedentes e admitidos os que foram mais reiterados na jurisprudência:

Morte – 100 a 600 salários mínimos

Aplica-se a regra geral compensatória, apurando-se a repercussão do dano e sendo também avaliada a proximidade com a vítima, bem como a sua expectativa de vida.¹²

Desse modo, ponderadas as condições social e econômica da vítima e do apelante, bem como as demais circunstâncias do evento danoso, tem-se que a importância arbitrada está em consonância com a proporcionalidade e equivalência do dano e de acordo com o entendimento do STJ, conforme se observa dos precedentes:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. **NEGLIGÊNCIA MÉDICA. MORTE DO FILHO NO PARTO.** DANO MATERIAL DESCABIMENTO. DANO MORAL QUANTUM.

RAZOABILIDADE. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.

I - A perda do filho recém-nascido causa sofrimento e dor à mãe e a todos os familiares, a atingir o patrimônio moral. [...]

II - O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle da instância especial apenas quando manifestamente exagerado ou irrisório.

12 CIANCI, Mirna. **O valor da reparação moral**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 111

III - Na espécie, o valor equivalente a 300 (trezentos) salários mínimos mostra-se razoável e moderado, a contar sobretudo a negligência dos médicos e o sofrimento pela perda de um filho recém-nascido em decorrência do parto. (REsp n. 402874/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 6.6.2002, DJ 1.7.2002, p. 351).

Por esses motivos, não merece reformas a bem lançada sentença.

Correção monetária

Por fim, quanto à correção monetária, foi aplicada somente sobre o valor da indenização material, a partir do desembolso, não merecendo reformas a decisão singular, pois em conformidade com o enunciado da Súmula 43 do STJ, *verbatim*: “*Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo*”.

Honorários advocatícios:

Novamente não merece acolhida a insurgência do apelante.

Isso porque os honorários advocatícios devem ser arbitrados com moderação e justeza, mas sem caracterizar retribuição ínfima ou demasiada, de certa forma desestimulante e incompatível com a dignidade da profissão. Devem ser arbitrados com vistas ao caso concreto, de molde a que representem adequada remuneração ao trabalho profissional.

Na trajetória do presente feito, os patronos da autora defenderam os interesses de sua cliente com afinho, determinação e persistência.

Outrossim, considerando que o processo tramita há cinco anos (distribuído em 10.2.04), o grau de zelo no trabalho desenvolvido, a valorização profissional, o serviço intelectual que o caso demandou, o valor da condenação, e a natureza e importância da causa, a porcentagem aplicada (20% sobre o valor da condenação) mostra-se justa e remunera com dignidade o advogado.

Ex positis, nego provimento ao apelo.

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Revisor)

Não tenho dúvidas em acompanhar o eminente Relator, para negar provimento ao recurso e manter o *quantum* arbitrado na sentença a título de danos morais.

Cumprе salientar que o caso em apreço envolve a indenização por danos morais a duas vítimas, arbitradas em 150 salários-mínimos para cada uma, que corresponderiam à importância total de R\$ 134.689,00, corrigida monetariamente a partir da fixação, e acrescida de juros de mora a partir da citação.

Note-se que os fatos ocorreram em 2001, e a distribuição da presente ação deu-se em 2004, mesmo ano em que o réu foi citado e exerceu todas as formas de defesa que pudessem prolongar o advento da sentença.

A meu ver, a questão de a incidência de juros elevar o *quantum* arbitrado não deve ser considerada, uma vez ser incontestável e pacífico o entendimento de que os juros de mora incidem a partir da citação.

Acompanho o Relator, para manter a fixação do *quantum* arbitrado na sentença, assim como em relação às demais questões.

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Vogal)

O valor fixado na sentença afigura-se incompatível com as particularidades da causa, destoando do entendimento jurisprudencial a respeito do tema.

Quanto ao tema, assim tem decidido, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça:

Como cediço, o **valor da indenização** sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que, na sua fixação, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico dos autores e, ainda, ao porte econômico dos réus, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. In casu, o quantum fixado pelo Tribunal a quo, a título de reparação de **danos morais**, mostra-se razoável, limitando-se à compensação do sofrimento advindo do evento danoso (STJ/BA, AgRg no Ag n. 756.289, Quarta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, julgado em 28.11.2006, publicado no DJU de 5.2.2007, p. 242 – destacou-se aqui).

Na hipótese vertente, não há nos autos informações sobre o cabedal do réu, ora apelante, a fim de se aquilatar se o valor da indenização cabe em suas posses.

Desse modo, reduzo o valor da indenização para o equivalente a duzentos (200) duzentos salários-mínimos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

PRELIMINAR REJEITADA, UNÂNIME. NO MÉRITO, POR MAIORIA, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, VENCIDO O VOGAL QUE REDUZIA O VALOR DA INDENIZAÇÃO, UNÂNIME.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

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, 20 de julho de 2009.

Apelação Cível n. 2009.021448-6 - Ponta Porã
Terceira Turma Cível
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO OBRIGATÓRIO – MORTE DECORRENTE DE ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO – ILEGITIMIDADE ATIVA – AFASTADA – AUSÊNCIA DE DOCUMENTO IMPRESCINDÍVEL – DESNECESSÁRIO – ACIDENTE OCORRIDO EM TERRITÓRIO ESTRANGEIRO – RESOLUÇÃO NÃO RESTRINGE DIREITO PREVISTO EM LEI – COMPETÊNCIA DO CNSP – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

1. Para que seja efetuado o pagamento da indenização do seguro obrigatório, a seguradora deve certificar-se quem são os beneficiários legais, isto por meio de provas e documentos.

2. O pagamento da indenização será efetuado mediante simples prova do acidente e do dano decorrente.

3. Se a Lei brasileira não exclui do direito à indenização a vítima de acidente de veículo ocorrido no exterior, não prevalece a Resolução de órgão do Poder Executivo que restringe direitos conferidos por lei, especialmente se não se prova que havia seguro contratado para caso de acidente fora do país ou que a vítima estava obrigada a contratar esse seguro.

4. As resoluções do CNSP podem ser adotadas para estabelecer padrões quanto ao pagamento da indenização e à forma da distribuição das responsabilidades entre as seguradoras, mas não podem ser utilizadas para apurar o *quantum* da indenização, uma vez que o valor é regulado por lei.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 9 de setembro de 2009.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Trata-se de Apelação Cível interposta por Marítima S.A. contra a decisão proferida pelo juiz da 3ª Vara da Comarca de Ponta Porã, que, nos autos de ação de cobrança de seguro obrigatório – DPVAT proposta por Roberto Adryan Fernandes Ormay representado por sua tutora Clélia Conrado Ormay, condenou a requerida ao pagamento da indenização do valor equivalente a 40 salários-mínimos vigentes à época do acidente, corrigidos

monetariamente pelo IGPM-FGV, a partir do evento danoso, e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação, bem como ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 15% do valor da condenação.

Alega em suas razões recursais de f. 66 *usque* 74 que a decisão *a quo* deve ser reformada pelos seguintes fundamentos, em síntese:

1. Ilegitimidade ativa tendo em vista a não comprovação da qualidade de único beneficiário;
2. Carência da ação por ausência de documentos imprescindíveis, quais sejam, boletim de ocorrência e exame cadavérico;
3. Ausência de cobertura por ocorrência do acidente fora do território nacional;
4. Competência do CNSP para regulamentar o seguro DPVAT;

Pugna pelo provimento recursal para, reformando a decisão *a quo*, julgar improcedente o pleito autoral.

Em contrarrazões de f. 80 *usque* 87 o recorrido propugna, preliminarmente, pelo não conhecimento do recurso ante a violação ao princípio da dialeticidade, e no mérito, pelo improvimento recursal.

A PGJ opinou à f. 92 *usque* 102 pelo não provimento do recurso.

VOTO

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

Trata-se de Apelação Cível interposta por Marítima S.A. contra a decisão proferida pelo juiz da 3ª Vara da Comarca de Ponta Porã, que, nos autos de ação de cobrança de seguro obrigatório – DPVAT proposta por Roberto Adryan Fernandes Ormay representado por sua tutora Clélia Conrado Ormay, condenou a requerida ao pagamento da indenização do valor equivalente a 40 salários-mínimos vigentes à época do acidente, corrigidos monetariamente pelo IGPM-FGV, a partir do evento danoso, e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação, bem como ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 15% do valor da condenação.

Alega em suas razões recursais de f. 66 *usque* 74 que a decisão *a quo* deve ser reformada pelos seguintes fundamentos, em síntese:

1. Ilegitimidade ativa tendo em vista a não comprovação da qualidade de único beneficiário;
2. Carência da ação por ausência de documentos imprescindíveis, quais sejam, boletim de ocorrência e exame cadavérico;
3. Ausência de cobertura por ocorrência do acidente fora do território nacional;
4. Competência do CNSP para regulamentar o seguro DPVAT;

A decisão de primeiro grau foi proferida nos seguintes termos, à f. 83:

[...] **ISSO POSTO, Julgo Procedente o pedido contido na inicial** para condenar o demandado a pagar aos demandantes, a título de seguro obrigatório, o valor de 40 (quarenta) salários mínimos, vigentes a época do acidente, incidindo correção monetária pelo índice do IGPM/FGV, á partir do evento danoso e juros de mora de 1% ao mês, á partir da citação (art.405 e 406 do Código Civil c/c art.161, § 1º do Código Tributário). Condeno o demandado no pagamento integral das custas e dos honorários advocatícios, que fixo em 15% sobre o valor da condenação, com base no art. 20, § 3º, considerando a complexidade da causa, o tempo, e o trabalho realizado pelo procurador das demandantes.

Entendo que o recurso não merece provimento, pelos fundamentos que seguem:

Depreende-se dos autos que a inicial da referida ação teve por fundamento a cobrança de seguro obrigatório em virtude do acidente automobilístico ocorrido em 29.5.1998, que ocasionou o óbito de Silvia Fernandez Bonfin, de modo a requerer o valor indenizatório pelo menor, filho da vítima.

Alega o apelante que não há legitimidade ativa tendo em vista que não houve comprovação da qualidade de único beneficiário.

1. Ilegitimidade Ativa

Tem-se que, para que seja efetuado o pagamento da indenização do seguro obrigatório, a seguradora deve certificar-se quem são os beneficiários legais, isto por meio de provas e documentos.

Infer-se que, a teor do que dispunha a antiga redação do art. 4º da Lei n. 6.194/74, a indenização discutida deveria ser pleiteada e paga ao cônjuge supérstite daquele, sua beneficiária legal. Veja-se:

Art. 4º A indenização no caso de morte será paga, na constância do casamento, ao cônjuge sobrevivente; na sua falta, aos herdeiros legais.

Como é sabido, no caso de morte, a indenização relativa a seguro DPVAT é paga ao cônjuge sobrevivente, e na falta desse, os beneficiários são os herdeiros legais do falecido, como disposto no art. 4º da Lei n. 6.194/74.

Por uma simples análise aos autos tem-se que às f. 9-15 dos autos consta o termo de tutela do menor, filho da vítima fatal do acidente de trânsito em questão. Não há dúvida de que ficou comprovada a condição de beneficiário do recorrido.

Assim, rejeito a preliminar de ilegitimidade ativa.

2. Carência da Ação

Aduz ausência de documentos imprescindíveis para a propositura da ação, quais sejam, boletim de ocorrência e exame cadavérico.

A pretensão do apelante não merece respaldo pois a Lei n. 6.194/74, em seu artigo 5º, expressamente condiciona a procedência do pedido à simples prova do acidente e do dano decorrente, *in verbis*:

O pagamento da indenização será efetuado mediante simples prova do acidente e do dano decorrente, independentemente da existência de culpa, haja ou não resseguro, abolida qualquer franquia de responsabilidade do segurado.

No caso em tela, a prova do acidente e dos danos causados por este foi devidamente produzida, conforme se depreende dos documentos de f. 9 *usque* 15. Acresça-se que no documento de f. 12 há o registro de óbito.

Portanto, entendo que as provas produzidas fazem concluir que foram satisfatoriamente observadas as exigências previstas no artigo 5º da Lei n. 6.194/74, ou seja, prova do acidente e da lesão por ele causada.

Dessa feita, caberia à seguradora, *in casu*, o ônus de provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, nos termos do art. 333, II, do CPC.

Mesmo porque é de se ponderar que a responsabilidade civil decorrente do seguro obrigatório, conforme reza o *caput* do art. 5º da Lei n. 6.194/74 é objetiva, bastando-se ao postulante, para tanto, demonstrar o nexo causal entre o evento danoso e a lesão resultante de tal fato, ante o que afasto a prejudicial arguida.

3 Ausência de cobertura por ocorrência do acidente fora do território nacional

Não se vislumbra nenhum dispositivo, seja no Decreto-Lei n. 73/66, seja na Lei n. 6.194/74, ou na Lei n. 8.441/92, que estipule como condição para recebimento da indenização, que o fato danoso tenha ocorrido no território nacional.

A Resolução n. 99/2003 do Conselho Nacional de Seguros Privados (Vide sítio eletrônico da SUSEP, www.susep.gov.br, Biblioteca), não pode restringir direitos que foram conferidos pelas leis mencionadas, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade. Se a lei não restringe o direito de o nacional, fora de seu país, receber por acidentes sofridos com seu veículo, não se vê como norma de hierarquia inferior possa isto fazer.

A existência de seguro obrigatório internacional para trânsito nos demais países do Mercosul não exclui a obrigação de indenizar das seguradoras vinculadas ao sistema nacional do DPVAT. Sobretudo no caso em exame, não se vê motivo para impedir o acesso do apelado ao direito de ser indenizado, se não há prova de que ele tinha outro seguro para viajar ao exterior, ou que devesse ter outro seguro especial para tanto.

Segundo Antônio Márcio da Cunha Guimarães, na obra “*Contratos Internacionais de Seguros*”, São Paulo: RT, 2002, p. 87, o seguro obrigatório internacional denominado “Carta Verde” foi criado a fim de facilitar o acesso à indenização, e conseqüentemente, tentar assegurar que os cidadãos dos países membros do Mercosul não tenham mitigados seus direitos à indenização apenas em razão do local onde tenham ocorrido os danos.

Ademais, a apelante é instituição vinculada tanto ao sistema nacional, quanto ao sistema internacional de seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores.

Elucida Cunha Guimarães na obra supracitada, que a instituição seguradora é operadora do “Carta Verde” no Brasil. Portanto, seria contrário à instrumentalidade do processo e ao acesso efetivo à ordem jurídica justa, exigir que o apelante intentasse nova ação para cobrar da mesma seguradora a indenização a que tem direito, apenas porque o fundamento da ação deveria ser o seguro firmado com o “Carta Verde” e não o DPVAT, sendo que pagou o prêmio de ambos.

O que se verifica no caso do DPVAT é um sistema de cosseguros, isto é, a responsabilidade pela indenização é dividida entre várias seguradoras vinculadas ao sistema nacional de seguro obrigatório, que se compensam mutuamente pelas indenizações pagas. Daí porque qualquer uma delas pode ser acionada em caso de sinistro.

Não sofrerá a apelante qualquer prejuízo indevido, que se mostre reprovável ou perigoso para a saúde do sistema, se condenada a pagar indenização ao apelado.

Dessarte, não se vê nenhuma restrição na legislação brasileira quanto à indenização de acidentes ocorridos em território estrangeiro, com o que rejeito tal isagógica.

4. Competência do CNSP

Afirma o recorrente que o CNSP é a autoridade competente e apta para baixar instruções e expedir circulares relativas à regulamentação das operações de seguro, segundo o artigo 12 da Lei n. 6.194/74.

No que se refere à **competência** do CNSP para regular as relações que envolvem o seguro obrigatório, suas resoluções não podem inovar na ordem jurídica ou mesmo contrariar texto de lei.

Sendo a resolução a forma pela qual se exprimem as deliberações dos órgãos colegiados, como no caso é o CNSP, suas disposições somente se destinam a regular matérias nos estreitos limites de sua **competência** específica, não podendo, por esta razão, afrontar normas legais em plena vigência.

Estando em vigor à época do fato os dispositivos da Lei n. 6.194/74, que disciplinam a matéria referente ao seguro obrigatório DPVAT, os valores estipulados nas alíneas do artigo 3º devem ser incondicionalmente observados por todas as seguradoras conveniadas, não podendo suas regras ser suplantadas por disposições contidas em resolução.

Este tem sido o entendimento de nossos Tribunais Superiores, bem como o desta Corte:

ACÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO OBRIGATÓRIO DPVAT –
IRRELEVÂNCIA DO GRAU DE PERDA DAS FUNÇÕES PARA A FIXAÇÃO DO
MONTANTE INDENIZATÓRIO – INEXISTÊNCIA DE DISTINÇÃO LEGAL
ACERCA DA LESÃO PARCIAL OU TOTAL – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

As indenizações previstas nas resoluções expedidas pelo Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e nas tabelas divulgadas pela Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados não devem prevalecer em virtude do princípio da hierarquia das leis. (TJMS, AC n. 2008017810-1, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 25.8.2008).

As resoluções do Conselho Nacional de Seguros Privados podem estabelecer, tão somente, normas para o pagamento da indenização e a forma da distribuição de responsabilidade entre as seguradoras, o que impede que interfiram no arbitramento do *quantum* indenizatório, em razão de se encontrar este regulado por lei. Ou seja, as resoluções no CNSP não podem ser utilizadas para apuração do *quantum* indenizatório, porque o seu valor é regulado por lei.

Caso tais resoluções fossem aplicadas ao caso em tela, estar-se-ia afrontando ao princípio da hierarquia das leis, razão pela qual, os valores da indenização previstos na Lei n. 6.194/74 devem prevalecer.

Assim, as resoluções do CNSP que estabelecem valores indenizatórios conflitantes com os fixados na Lei n. 6.194/74 não devem prevalecer sobre a lei ordinária por absoluta falta de amparo legal, motivo pelo qual não merece acolhida a pretensão recursal

Ex positis, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, REJEITARAM AS PRELIMINARES E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

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, 9 de setembro de 2009.

Apelação Cível n. 2007.035419-3 - Campo Grande
Segunda Turma Cível
Relator Des. Hildebrando Coelho Neto

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL C/C RESTITUIÇÃO DE PARCELAS PAGAS EM PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA – PREJUDICIAIS DE MÉRITO DE DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO – REJEITADAS – PECÚLIO – INADIMPLENTO INVOLUNTÁRIO DO ASSOCIADO – EXCLUSÃO SEM PRÉVIA NOTIFICAÇÃO – MEDIDA ILEGÍTIMA – RESTITUIÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES PAGAS – POSSIBILIDADE – RECURSO CONHECIDO – IMPROVIDO.

Não há decadência do direito material da parte que não intenta a ação principal no prazo de 30 (trinta) dias contados da efetivação da medida cautelar, posto que este prazo, previsto no artigo 806 do CPC, é decadencial do direito à cautela. Ademais, diante do caráter satisfativo das cautelares de exibição de documentos, é ineficaz a aplicabilidade de tal norma.

A prescrição anual, prevista no artigo 206, § 1º, II, do Código Civil não se aplica às pretensões referentes aos contratos de pecúlio, mas tão somente às do segurado contra o segurador ou vice-versa, nos casos de seguro privado. Com isto, aplica-se o prazo prescricional de 10 (dez) anos, previsto no artigo 205 do Código Civil ao caso *sub judice*, por não se referir a um contrato de seguro e haja vista que o que se pleiteia é a revisão das cláusulas contratuais e o ressarcimento dos valores pagos a título de contribuição mensal e não o recebimento de seguro.

A exclusão, nos contratos de pecúlio, sem a prévia notificação do associado, por inadimplemento das contribuições mensais pagas pelo prêmio, é medida ilegítima que frustra o recebimento do montante indenizatório pelos beneficiários, impondo-se em tal hipótese a restituição da totalidade dos valores pagos, devidamente atualizados, sob pena de enriquecimento sem causa da entidade prestadora do serviço de previdência privada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar as preliminares e, quanto ao mérito, por igual votação, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 8 de setembro de 2009.

Des. Hildebrando Coelho Neto – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto

GBOEX – Grêmio Beneficente, inconformado com a sentença (f. 234-244) que julgou procedente os pedidos formulados na ação de nulidade de cláusulas contratuais c/c restituição de valores ajuizada por

Frederico Luiz de Freitas, interpõe apelação (f. 253-268), sustentando, como prejudiciais de mérito, que há decadência do direito do autor por não ter proposto a ação principal no prazo de 30 (trinta) dias da efetivação da medida cautelar e que há prescrição da pretensão do recorrido, ante a aplicação do artigo 206, §1º, II, do Código Civil.

No mérito, aduz, em síntese, que não é possível restituir os valores pagos a título de contribuição social do plano de pecúlio, especialmente quando a exclusão do quadro societário e do respectivo plano ocorre por culpa do segurado.

O apelado, em contrarrazões (f. 287-293), pugna pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (Relator)

Trata-se de recurso de apelação contra sentença que julgou procedente o pedido formulado na ação de nulidade de cláusulas contratuais c/c restituição de valores pagos em plano de previdência privada.

A sentença recorrida declarou a nulidade da cláusula contratual do plano de pecúlio que estabelecia que *“o associado que tiver sido excluído do quadro social da entidade não terá direito à devolução de taxas e contribuições já pagas”* e, por consequência, determinou a restituição dos valores efetivamente pagos pelo recorrido, corrigidos monetariamente pelo IGPM-FGV e acrescidos de juros de 0,5% (meio por cento) ao mês até 10 de janeiro de 2003 e de 1% (um por cento) ao mês a partir de 11 de janeiro de 2003 até o efetivo pagamento.

Extraí-se dos autos que o recorrido ingressou, em 22.11.1968, no quadro societário do apelante na qualidade de sócio participante, por ter sido incluído no Plano de Pecúlio Taxa Média, para recebimento de pecúlio, pelos beneficiários, por ocasião de sua morte. Desde então, pagou mensalmente a contribuição social devida a título de prêmio do plano que aderiu.

Ocorre que, em julho de 2002, após 33 (trinta e três) anos e 6 (seis) meses de contribuição, o recorrido ficou impossibilitado de adimplir com a mensalidade do referido plano, em decorrência de dificuldades financeiras. No entanto, em janeiro de 2003, após restabelecer suas finanças, procurou a recorrente (f. 31) para adimplir as parcelas em atraso, de julho a dezembro de 2002, e surpreendeu-se com a resposta do GBOEX informando-o que tinha sido excluído do quadro social a partir de 1º.11.2002 (f. 32). Inconformado, notificou a recorrente extrajudicialmente postulando reconsideração de tal decisão (f. 33), pedido que não foi atendido.

Diante disso, em 2004, o apelado instaurou ação cautelar de exibição de documentos em face da recorrente, para que esta juntasse o regulamento do Plano de Pecúlio Taxa Média, o que fora cumprido em 7 de junho do mesmo ano. Após, em 20/10/2005, o recorrido propôs esta ação de nulidade de cláusula contratual c/c restituição de parcelas pagas de plano de previdência privada, julgada procedente como explanado acima.

Inconformado com a sentença, GBOEX – Grêmio Beneficente interpõe a presente apelação sustentando, como prejudicial de mérito, que há decadência do direito do autor por não ter proposto a ação principal no prazo de 30 (trinta) dias da efetivação da medida cautelar e que há prescrição da pretensão do recorrido, ante a aplicação do artigo 206, §1º, II, do Código Civil.

No mérito, aduz, em síntese, que não é possível restituir os valores pagos a título de contribuição social do plano de pecúlio, especialmente quando a exclusão do quadro societário e do respectivo plano ocorre por culpa do segurado.

PREJUDICIAIS DE MÉRITO

Decadência

O recorrente alega a decadência do direito, por não ter sido proposta a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da efetivação da medida cautelar, como estabelece o artigo 806, do Código de Processo Civil.

Infundada tal alegação.

O prazo de 30 (trinta) dias, estabelecido no artigo 806 do CPC, para a parte propor a ação principal, é um prazo decadencial do direito à cautela e não do direito material da parte. Assim, não há que se falar em intempestividade da ação, eis que subsiste a pretensão ao direito material do recorrido, cessando, por força do artigo 806 do CPC, apenas a eficácia da medida cautelar.

Nesse sentido é o entendimento do STJ, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CAUTELAR. NÃO AJUIZAMENTO DA AÇÃO CAUTELAR NO PRAZO DO ART. 806 DO CPC - PERDA DA EFICÁCIA - CPC 808.

- A inobservância do prazo do artigo 806, do CPC, não acarreta a extinção do processo, mas apenas a perda da eficácia da liminar concedida.

- Precedentes (REsp n. 417.962/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 26.8.2003, DJ 15.9.2003, p. 236).

No mesmo sentido lecionam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *verbis*:

A decadência é da medida cautelar, e não da pretensão material a ser deduzida na ação principal. Esta só se extingue no prazo assinalado nas normas de direito material. Assim, ainda que tenha deixado transcorrer *'in albis'* o trintídio, pode o requerente da medida cautelar ajuizar ação principal. (Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante: atualizado até 1º de março de 2006/Nelson Nery Juíunior, Rosa Maria de Andrade Nery. 9. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.)

De outro norte, pode a medida cautelar de exibição ter caráter satisfativo, o que torna ineficaz a aplicabilidade de tal norma, eis que a intenção do requerente, na cautelar, efetivou-se e tornou-se irreversível com a apresentação do documento pretendido.

Assim, como a cautelar de exibição é uma medida antecipatória de provas, sua eficácia não se sujeita ao prazo extintivo do artigo 806 do CPC, posto que, mesmo que a ação principal não seja ajuizada em 30 (trinta) dias, é claro que a prova obtida continuará válida e utilizável a qualquer tempo.

Diante do exposto, rechaço a alegação de decadência do direito do autor.

Prescrição

O apelante sustenta, ainda, que a pretensão do recorrido está prescrita, ante a aplicabilidade do artigo 206, §1º, II, do Código Civil.

Não lhe assiste razão.

Ab initio, insta ressaltar que a relação jurídica existente entre as partes não é de seguro privado, mas sim de um plano de pecúlio. Daí ser inaplicável a prescrição anual prevista no dispositivo legal citado.

Por pecúlio, entende-se “a quantia ou a soma de dinheiro que alguém adquiriu pelo seu trabalho e economia; diz-se, assim, de toda e qualquer soma ou reserva de dinheiro. Em direito antigo, dizia-se do conjunto de bens adquiridos pelo filho-família”¹, ou seja, é a soma de dinheiro acumulada a título de reserva. Assim, o plano de pecúlio consiste em um patrimônio que o subscritor, quando falecer, deixa para os beneficiários que apontar.

O artigo 22, §1º, do Decreto-lei n. 81.402/78 traz o conceito legal de pecúlio, *verbis*:

§ 1º Pecúlio é o capital a ser pago de uma só vez ao beneficiário, quando ocorrer a morte do subscritor, na forma estipulada no plano subscrito.

Diferentemente, seguro consiste “no contrato pelo qual uma das partes se obriga a pagar a outra, contra o recebimento de um prêmio, a importância estipulada na apólice como indenização de prejuízos resultantes da realização de riscos futuros quando se trata de seguro sobre coisas, ou da prestação de um capital, nos casos de seguro sobre a vida”².

No entanto, a prescrição anual alegada pelo apelante se refere à pretensão do segurado contra o segurador ou vice-versa, *verbis*:

Art. 206. Prescreve:

§ 1º Em um ano:

[...]

II - a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo:

a) para o segurado, no caso de seguro de responsabilidade civil, da data em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado, ou da data que a este indeniza, com a anuência do segurador;

b) quanto aos demais seguros, da ciência do fato gerador da pretensão;

Desta feita, é evidente a inaplicabilidade desta norma ao caso em comento, ensejando, por conseguinte, a aplicação da regra geral do prazo prescricional, eis que não há norma específica para os casos de plano de pecúlio. Assim, *in casu*, o prazo prescricional é o de 10 (dez) anos, previsto no artigo 205, do Código Civil atual.

Neste sentido é o entendimento deste Tribunal, *verbis*:

ACÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS – PECÚLIO – PRESCRIÇÃO – LAPSO
EXTINTIVO VINTENÁRIO DECORRENTE DE VÍNCULO OBRIGACIONAL
PESSOAL – PRELIMINAR AFASTADA – RECURSO PROVIDO.

O pecúlio envolve o exercício de economia de parte do que se ganha ou obtém, para constituição de uma reserva financeira administrada por outrem, traduzindo vínculo de cunho pessoal, cujo descumprimento, faz surgir a pretensão de restituição ou reparação

1 NEVES, Iêdo Batista. **Vocabulário Prático de Tecnologia Jurídica e de Brocardos Latinos**. Rio de Janeiro: APM Editora, 1987.

2 *Op. cit.*

submetida a lapso extintivo vintenário. Consabido que as regras jurídicas sobre prescrição devem ser interpretadas restritivamente, não há falar em prescrição anual, prevista pelo Código Civil revogado apenas em ações de seguro, relacionadas a sistema obrigacional diverso.” (AC - Proc. Especiais - n. 2004.012073-7, Camapuã, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, Julgado em 15.2.2005, Publicado DJ n. 1005, de 15.3.2005).

De outro norte, como bem asseverado pelo magistrado *a quo*, o recorrido busca, por meio desta ação, a revisão de cláusula contratual do regulamento do plano de pecúlio e a restituição dos valores pagos em virtude deste plano. Com isto, torna-se ainda mais evidente a inocorrência da prescrição, posto que não se trata de pretensão de seguro contra segurador.

Diante do exposto, afasto a prejudicial de prescrição do direito do autor.

MÉRITO

Inconformado com a sentença, GBOEX – Grêmio Beneficente interpõe apelação, sustentando que se trata de plano de pecúlio regido por regulamento próprio onde, em caso de óbito do associado, seus beneficiários receberão uma quantia pré-fixada de acordo com o estipulado, sendo assim, assevera a impossibilidade de restituição das parcelas pagas a título de contribuição, por expressa previsão no regulamento nesse sentido, ainda mais quando a exclusão do plano ocorre por culpa do associado.

O recurso não merece prosperar.

Primeiramente, insta ressaltar que à relação jurídica em litígio incide a legislação consumerista, eis que de um lado encontra-se o apelante, prestador de serviço de previdência privada, e de outro lado o apelado, legítimo consumidor. Esta é a inteligência da Súmula 321 do STJ que assim dispõe: “O CDC é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes”.

A nulidade da cláusula do regulamento do plano de pecúlio que estabelecia a impossibilidade de o associado excluído do quadro social da entidade ter direito à devolução das contribuições pagas já fora declarada pelo juízo *a quo* e não é objeto deste apelo, portanto, encontra-se sob o manto da coisa julgada, tornando-se indiscutível.

Diante disso, a discussão, nesta instância, limita-se a possibilidade ou não de restituição das parcelas pagas pelo apelado durante 33 (trinta e três) anos e 6 (seis) meses, período em que permaneceu associado do apelante.

In casu, trata-se de contrato de pecúlio, que se caracteriza como típico contrato de adesão, ao qual o apelado aderiu na expectativa de deixar às pessoas por ele indicadas uma quantia em dinheiro, caso venha a óbito. Assim, como fora excluído do plano, os seus beneficiários, em caso de sua morte, nada receberiam, ensejando na perda do objeto do plano ao qual aderiu.

Nesse passo, é incoerente e desarrazoada a negativa de devolução dos valores pagos a título de contribuição para o plano de pecúlio, eis que, se tais valores não forem restituídos, importará em enriquecimento ilícito e sem causa do apelante, prestador de serviço, posto que não terá que pagar quantia alguma aos beneficiários.

Assim, agiu acertadamente o magistrado *a quo* ao determinar que o apelante restitua todas as parcelas pagas pelo apelado, corrigidas monetariamente e com juros moratórios, posto que, se assim não for, importará em tornar legítimo um contrato em que uma das partes não cumpre sua contraprestação, *in casu*, o pagamento do benefício às pessoas indicadas pelo associado.

A lei complementar 109 de 2001, que atualmente regula o regime de previdência complementar, estabelece que os planos de benefícios, como o em análise, devem prever a possibilidade de resgate da totalidade das contribuições realizadas pelo participante, *in casu*, o apelado.

Veja-se o artigo 14, da Lei Complementar 109/2001, *verbis*:

Art. 14. Os planos de benefícios deverão prever os seguintes institutos, observadas as normas estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizador:

[...]

III - resgate da totalidade das contribuições vertidas ao plano pelo participante, descontadas as parcelas do custeio administrativo, na forma regulamentada;

Nesse sentido já se pronunciou esta Corte reiteradas vezes, *in verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – PREVIDÊNCIA PRIVADA – PECÚLIO – RESCISÃO CONTRATUAL – RESTITUIÇÃO DAS PARCELAS PAGAS – DEVIDA – DIREITO DO ASSOCIADO – RECURSO PROVIDO.

Em se tratando de contrato de pecúlio, a interrupção dos pagamentos do prêmio frustra a expectativa ao recebimento do montante indenizatório ou de uma pensão, devendo os valores anteriormente quitados serem restituídos ao associado devidamente atualizados monetariamente, a fim de se evitar o enriquecimento sem causa da entidade de previdência privada. (AC n. 2008.019365-3, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, julgado em 2.9.2008).

PREVIDÊNCIA PRIVADA – CAPEMI – RESCISÃO CONTRATUAL – DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS – DIREITO DO PARTICIPANTE.

A saída/exclusão do associado do plano antes que adquira os benefícios previstos no regulamento de previdência privada dá direito ao resgate das parcelas pagas, considerando-se nulas as cláusulas contratuais que disponham acerca da retenção, por parte da entidade, de parte ou da totalidade das contribuições, sob pena de causar enriquecimento ilícito. (AC n. 2007.010817-0, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Elpídio H. C. Martins, julgado em 8.4.2008).

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES – PREVIDÊNCIA PRIVADA – PREVISÃO DE RESTITUIÇÃO INTEGRAL – INCIDÊNCIA DO CDC – PECÚLIO – EXPECTATIVA DE RECEBIMENTO – RECURSO IMPROVIDO.

A relação jurídica entre a prestadora do serviço relativo ao pecúlio e a contratante se caracteriza como sendo de consumo, sendo evidente a incidência do Código de Defesa do Consumidor.

No caso de pecúlio, a interrupção dos pagamentos do prêmio frustra a expectativa ao recebimento do montante indenizatório ou de uma pensão, devendo os valores anteriormente quitados ser devolvidos devidamente atualizados, para evitar o enriquecimento sem causa da entidade de previdência privada. (AC n. 2004.005573-0, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Horácio Vanderlei Nascimento Pithan, julgado em 21.3.2006).

APELAÇÃO CÍVEL – RESTITUIÇÃO DE VALORES – CONTRATO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA – PREVISÃO DE RESTITUIÇÃO INTEGRAL – INCIDÊNCIA DO CDC – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – COBERTURA DE ACIDENTES PESSOAIS – DEVIDA – PECÚLIO – EXPECTATIVA DE RECEBIMENTO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

No caso de pecúlio, adere-se à expectativa do recebimento de um prêmio ou de uma pensão e, ante a interrupção do pagamento, afastou-se a possibilidade da pensão, devendo-se, portanto, restituir os valores pagos. Em relação a devolução das parcelas concernentes ao seguro de acidentes pessoais, esta é indevida já que o segurado se viu garantido em relação aos riscos futuros, aleatórios, assumidos pela seguradora. (AC n. 2005.001076-9, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Luiz Carlos Santini, julgado em 8.3.2005).

Por conseguinte, como o apelado, mesmo tendo manifestado o interesse de adimplir as parcelas atrasadas a fim de dar continuidade ao plano *sub judice*, não prosseguiu no plano por ter sido excluído pelo apelante, por seu inadimplemento involuntário, seu direito de ser restituído de todas as parcelas pagas a título de contribuição para o plano de pecúlio é evidente. Nesse passo, não é razoável impedir a restituição dos valores pagos, sob pena de ensejar enriquecimento ilícito da apelante, impondo-se o improvimento do recurso.

Diante do exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença vergastada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

A TURMA, POR UNANIMIDADE, REJEITOU AS PRELIMINARES E, QUANTO AO MÉRITO, POR IGUAL VOTAÇÃO, NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Hildebrando Coelho Neto, Tânia Garcia de Freitas Borges e Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 8 de setembro de 2009.

Mandado de Segurança n. 2008.000052-3 - Capital
Órgão Especial
Relator Des. Hildebrando Coelho Neto

E M E N T A – MANDADO DE SEGURANÇA – PREVIDENCIÁRIO – CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO FICTO PARA FINS DE APOSENTADORIA – IMPOSSIBILIDADE – ART. 40, § 10, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – EC 20/98 – INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO – *TEMPUS REGIT ACTUM* – ORDEM DENEGADA.

Por força do disposto no § 10 do art. 40 da Constituição da República, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 20/98, inviável a contagem de tempo de contribuição fictício para fins de aposentadoria se, na época da publicação da referida emenda, não se encontravam preenchidos, pelo servidor, os requisitos necessários à passagem para a inatividade.

Na esteira do posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em se tratando de questões previdenciárias, são aplicáveis as normas vigentes ao tempo da reunião dos requisitos necessários à aposentadoria de sorte que somente o servidor público que já os tenha preenchido, na data de publicação da Emenda Constitucional n. 20/98, poderá aposentar-se com base nos critérios da legislação então vigente.

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 com o parecer, denegar a segurança. Absteram-se de votar, os vogais 4º e 11º. Ausente, nesta sessão, justificadamente, o 9º vogal.

Campo Grande, 11 de março de 2009.

Des. Hildebrando Coelho Neto – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto

Gerardo Eriberto de Moraes, qualificado nos autos, impetra mandado de segurança contra ato praticado pela Procuradora-Geral de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, Dra. Irma Vieira de Santana e Anzoategui.

Alega, em síntese, que, na qualidade de Promotor de Justiça, requereu ao Conselho Superior do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul a averbação de 409 (quatrocentos e nove) dias de serviço ficto prestado à União no período de 31.7.1978 a 13.3.1984, tempo esse que já se encontrava averbado pelo Departamento de Polícia Federal, conforme certidão acostada aos autos.

Negado o pleito na via administrativa, outra alternativa não lhe restou senão a impetração do *writ*, visto que, segundo sua óptica, o acréscimo de 20% incidente sobre os 2.049 dias de serviços prestados à União, no período de 31.7.1978 a 13.3.1984, sob a égide da Lei n. 3.313/57, por ter sido averbado pelo órgão federal, trata-se de direito adquirido, uma vez que já incorporado ao seu patrimônio jurídico.

A liminar foi indeferida às f. 61-62.

As informações foram apresentadas pela Procuradora-Geral de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul (f. 70-86), batendo-se pela denegação da segurança, ao argumento de que, por força do disposto no § 10 do art. 40 da Constituição Federal, é vedada a contagem de tempo de serviço ficto para fins de aposentadoria, não havendo direito adquirido a regime jurídico, mormente se o impetrante não havia preenchido, sob a égide da lei revogada, todos os requisitos exigidos para a aposentadoria.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (f. 114-119), opinou pela denegação da segurança.

VOTO (EM 27.2.2009)

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (Relator)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Gerardo Eriberto de Moraes contra ato praticado pela Procuradora-Geral de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, Dra. Irma Vieira de Santana e Anzoategui, na qualidade de presidente do Conselho Superior do Ministério Público, consistente no indeferimento da averbação em seus assentos funcionais do acréscimo de 20% (vinte por cento) sobre o tempo de serviço prestado à União Federal, decorrente da Lei Federal n. 3.313/57, ao argumento de que, por força do contido no § 10 do art. 40 da Constituição Federal, não mais seria possível a contagem de tempo ficto para fins de aposentadoria.

Narra o impetrante que é membro ativo do Ministério Público Estadual, contando, no momento da impetração, com 34 (trinta e quatro) anos, 7 (sete) meses e 23 (vinte e três) dias de serviço, e com o acréscimo de 409 (quatrocentos e nove) dias, correspondente aos 20% incidentes sobre os 2.049 dias de serviços prestados à União, no período de 31.7.1978 a 13.3.1984, conforme consta da certidão de tempo de serviço n. 110/2005-SECAD/CRH (f. 16-TJMS), emitida pelo Departamento de Polícia Federal, reuniria os requisitos necessários para a aposentadoria em meados de março de 2008.

Todavia, ao requerer, perante o Conselho Superior do Ministério Público, a averbação do aludido acréscimo, teve seu pleito indeferido, nos termos do parecer emitido pelo então Procurador de Justiça, Dr. Carlos Eduardo Contar (f. 17-20-TJMS), não lhe restando outra alternativa senão invocar a tutela jurisdicional, na medida em que descaberia ao Ministério Público questionar tempo de serviço já averbado pelo órgão federal, mormente cuidando-se de direito já definitivamente incorporado ao seu patrimônio segundo a lei vigente à época da prestação do serviço.

Cinge-se a questão debatida à possibilidade ou não do cômputo de tempo de serviço ficto averbado para fins de aposentadoria especial, sob a égide da Lei n. 3.313/57, na contagem do tempo necessário para a aposentadoria voluntária com proventos integrais, após o advento da Emenda Constitucional n. 20/98.

A Emenda Constitucional n. 20/98 (Reforma da Previdência), acrescentou ao art. 40 da Constituição Federal, o seu § 10, *verbis*:

Art. 40. [...]

§ 10. A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício.

Por seu turno, o art. 4º da própria Emenda Constitucional n. 20/98 determina:

Art. 4º. Observado o disposto no art. 40, § 10, da Constituição Federal, o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria, será contado como tempo de contribuição.

Extraí-se da exegese das referidas normas que o legislador constituinte, embora tenha implementado o regime contributivo, substituindo o “tempo de serviço” pelo “tempo de contribuição” como requisito primordial para a concessão da aposentadoria, resguardou, na própria Emenda Constitucional n. 20, os atos jurídicos perfeitos anteriores à sua edição, conferindo ao lapso temporal laborado até a data de sua publicação (16.12.1998), o *status* de tempo de contribuição para efeitos de aposentadoria, se, naquela época, estivessem satisfeitos os requisitos para a obtenção da aposentadoria.

Desse modo, chega-se à conclusão de que a regra trazida pela aludida Emenda Constitucional vedou a contagem daquele tempo ficto decorrente de regimes especiais de aposentadoria, a exemplo do instituído pela Lei n. 3.313/57.

Sobre o tema, é a lição de Hely Lopes Meirelles:

Como ressalvado, na sistemática atual não há mais tempo de serviço, porém de contribuição, sendo vedada qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício (art. 40, § 10) (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Obra Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 426).

E finaliza o administrativista:

Segundo o art. 4º da EC 20, c/c o art. 40, § 10, da CF, o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria cumprido até que a lei nacional discipline a matéria será contado como tempo de contribuição. A partir da vigência dessa lei a legislação vigente que prevê contagem de tempo fictício deixará de ser recepcionada e, em consequência, será revogada (*Op. Cit.*, p. 428).

No mesmo diapasão, o escólio de Edmir Netto de Araújo:

O tempo de contribuição (federal, estadual, municipal) será contado para fim de aposentadoria, o de serviço para fim de disponibilidade (art. 40, § 9º, da CF). Assim, no novo regime só se conta para aposentadoria o tempo de contribuição, sendo expressamente vedada (§ 10) a contagem de tempo fictício de contribuição.

Entretanto, tratando-se de exigência nova para aposentadoria, poderiam ocorrer situações em que esta se inviabilizaria, ou seria extremamente dificultada. Sendo assim, o art. 4º da EC n. 20/98 (também não incorporado ao texto constitucional) estabeleceu exceção a esse princípio, admitindo que o tempo de serviço já prestado sob o regime antigo será computado como tempo de contribuição para efeito de aposentadoria, exceto tempo ficto de serviço. (ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 341).

Ainda, na mesma esteira, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao discorrer sobre as regras de transição trazidas pelo texto extravagante da Emenda Constitucional n. 20/98, leciona:

As principais normas de transição são as seguintes:

[...]

d) o art. 4º, que permite a contagem, como tempo de contribuição, do tempo de serviço considerado para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria, com a única ressalva para a contagem de tempo de contribuição fictício, vedada pelo art. 40, § 10; como a Emenda está incluindo requisito novo para aposentadoria, referente ao tempo de contribuição, foi preciso considerar como tal o tempo de serviço já prestado anteriormente pelo servidor, sob pena de impor-se ao mesmo condições que, em determinadas situações de longo tempo de serviço já prestado, tornariam difícil ou mesmo inviável a aposentadoria; apenas se vedou seja considerado como tempo de contribuição o tempo de serviço ficto; [...] (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2000. Pág. 455-456).

Destarte, não é de se admitir como computável, para fins de aposentadoria, o tempo de serviço ficto correspondente ao período em que o impetrante laborou como agente da polícia federal sob a égide da Lei n. 3.313/57, sendo-lhe defeso o uso, para o fim pretendido (aposentadoria), do acréscimo de 409 (quatrocentos e nove) dias de serviço ficto, correspondente aos 20% incidentes sobre os 2.049 dias de serviços prestados à União no período de 31.7.1978 a 13.3.1984, conforme consta da certidão de tempo de serviço n. 110/2005-SECAD/CRH (f. 16-TJMS), lavrada pelo Departamento de Polícia Federal.

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. LICENÇA SEM VENCIMENTOS. CONTRIBUIÇÃO PARA O SISTEMA PREVIDENCIÁRIO. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO EQUIVALENTE PARA FINS DE APOSENTADORIA. TEMPO FICTO. EMENDA CONSTITUCIONAL 20/98. IMPOSSIBILIDADE.

Ausente o alegado direito líquido e certo, pois inviável a contagem de tempo de contribuição fictício, nos moldes do disposto na Emenda Constitucional 20/98.

Recurso desprovido. (STJ, MS n. 17.529/SC, Quinta Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, julgado em 15.9.2005, DJ 17.10.2005, p. 317).

RECURSO ORDINÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDOR PÚBLICO-CONTAGEMDE LICENÇA-PRÊMIOEM DOBRO E TEMPO DE SERVIÇO NO CURSO DE FORMAÇÃO DA ACADEMIA DA POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DE SANTA CATARINA PARA EFEITOS DE APOSENTADORIA - IMPOSSIBILIDADE - ART. 40, § 10º, CR/88 - RECURSO DESPROVIDO.

1. Inexiste direito líquido e certo, após a promulgação da Emenda Constitucional n. 20/98, que introduziu o § 10º, ao art. 40, de o servidor público contar, para efeitos de aposentadoria, tempo fictício de licença-prêmio em dobro e curso de formação em Academia da Polícia Civil do Estado de Santa Catarina.

2. Recurso desprovido. (STJ, MS n. 14.643/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Paulo Medina, julgado em 26.4.2005, DJ 13.6.2005, p. 350).

Seguindo o mesmo norte apontado por aquela Corte superior, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região tem reiteradamente decidido:

APOSENTADORIA POR IDADE. REVISÃO. CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL EM COMUM. IMPOSSIBILIDADE. Para a majoração da renda mensal inicial da aposentadoria por idade, não é possível computar-se o tempo ficto decorrente da conversão de tempo de serviço especial em comum, porquanto não contributivo (art. 50, Lei n. 8.213, de 1991). (TRF Quarta Região, AC n. 2002.71.13.003802-8, RS, Quinta Turma, Rel. Des. Fed. Rômulo Pizzolatti, Julgado em 19.8.2008, DEJF 25.8.2008, p. 865).

PATRULHEIRO RODOVIÁRIO FEDERAL. REGIME CELETISTA. ACRÉSCIMO FICTO DE TEMPO DE SERVIÇO. POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. LEI COMPLEMENTAR N. 51, DE 1985. É indevido o acréscimo ficto de tempo de serviço de patrulheiro rodoviário federal, sob o regime celetista, a policial rodoviário federal, por gozar de direito à aposentadoria especial da Lei Complementar n. 51, de 1985. (TRF Quarta Região, APL-MS 2003.71.04.007068-7, RS, Quinta Turma, Rel. Des. Fed. Rômulo Pizzolatti, Julgado em 20.11.2007, DEJF 6.12.2007, p. 182).

De outra face, o art. 3º da Emenda Constitucional nº 20/98 assegura, a qualquer tempo, a aposentadoria aos servidores que até a data de sua publicação - que ocorreu em 16.12.1998 - já tenham cumprido os requisitos para sua obtenção, com base nos critérios da legislação então vigente. De consequência, poderá o servidor utilizar-se de todo o tempo de serviço prestado anteriormente à publicação da referida emenda, desde que, na data de sua entrada em vigor (16.12.1998), tenha completado o tempo necessário para aposentar-se.

Com efeito, a jurisprudência do Pretório Excelso é pacífica no sentido de que a aposentadoria rege-se pela legislação vigente à época em que ocorre o preenchimento dos requisitos legalmente estabelecidos, sendo que, mesmo em face de eventual modificação de regime jurídico antes que tenha sido alcançado o lapso temporal necessário para a passagem para a inatividade, não será aplicável a legislação anterior com base no direito adquirido.

A propósito, já decidiu aquela C. Corte que “*Em questões previdenciárias, aplicam-se as normas vigentes ao tempo da reunião dos requisitos de passagem para a inatividade*”, consoante dессome-se dos seguintes arestos:

EMENTA. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. ART. 2º E EXPRESSÃO “8º” DO ART. 10, AMBOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 41/2003. APOSENTADORIA. TEMPUS REGIT ACTUM. REGIME JURÍDICO. DIREITO ADQUIRIDO: NÃO-OCORRÊNCIA.

1. A aposentadoria é direito constitucional que se adquire e se introduz no patrimônio jurídico do interessado no momento de sua formalização pela entidade competente. 2. Em questões previdenciárias, aplicam-se as normas vigentes ao tempo da reunião dos requisitos de passagem para a inatividade. 3. Somente os servidores públicos que preenchiam os requisitos estabelecidos na Emenda Constitucional 20/1998, durante a vigência das normas por ela fixadas, poderiam reclamar a aplicação das normas nela contida, com fundamento no art. 3º da Emenda Constitucional 41/2003. 4. Os servidores públicos, que não tinham completado os requisitos para a aposentadoria quando do advento das novas normas constitucionais, passaram a ser regidos pelo regime previdenciário estatuído na Emenda Constitucional n. 41/2003, posteriormente alterada pela Emenda Constitucional n. 47/2005. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente. (STF, ADIn n. 3104, Tribunal Pleno, Relª. Minª. Cármem Lúcia, julgado em 26.9.2007, DJ 139 de 9.11.2007).

Inexiste direito adquirido a determinado regime jurídico, razão pela qual não é lícito ao segurado conjugar as vantagens do novo sistema com aquelas aplicáveis ao anterior (STF, REsp n. 575089, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 10.9.2008, DJ 202, de 24.10.2008).

Em suma, diante do contido nos arts. 3º e 4º do texto da Emenda Constitucional n. 20/98, e não havendo, na esteira da firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, direito adquirido a regime jurídico, não há falar em incorporação ao patrimônio jurídico do impetrante do direito à contagem do tempo de serviço ficto prestado anteriormente à data da publicação da Emenda Constitucional n. 20/98, pois, até esta data, não se encontravam preenchidos, pelo impetrante, os requisitos necessários para a aposentadoria.

Portanto, a denegação da ordem é medida que se impõe.

Ante o exposto, por não vislumbrar qualquer violação ao direito líquido e certo do impetrante, de acordo com parecer ministerial, denego a segurança.

O Sr. Des. João Maria Lós (1º vogal)

Divirjo do relator.

É certo que, no que diz respeito à aposentadoria, a lei aplicável ao caso concreto será aquela em que ocorre o preenchimento dos seus requisitos, ainda que o pedido seja formulado posteriormente.

Nesse sentido, o Pretório Excelso já decidiu reiteradamente que se aplicam as normas vigentes ao tempo da reunião dos requisitos de passagem para a inatividade, em prestígio ao princípio *tempus regit actum*.

No caso dos autos, embora não se trate de pedido de aposentadoria, mas de pedido de averbação de tempo de serviço prestado à União, as mesmas premissas devem ser aqui utilizadas.

O impetrante formula pedido no sentido de que seja averbado tempo de serviço já declarado e reconhecido pelo Ministério da Justiça, conforme documento de f. 16. Desse modo, o ato já se consumou quando foi exercido o cargo de agente da Polícia Federal, em época anterior ao advento da Emenda Constitucional n. 20/98.

O ato jurídico encontra-se perfeito e o direito já foi adquirido pelo impetrante, não podendo a legislação retroagir para prejudicá-lo. Não se pode olvidar de que o exercício da atividade de agente da Polícia Federal que culminou com o tempo de serviço que constitui o objeto do presente *writ* foi exercido de 1978 até 1.984.

No entanto, a vedação de averbação de tempo ficto só veio com o advento da Emenda Constitucional n. 20/98, o que equivale dizer que a alteração no texto constitucional só foi implementada em data posterior à consumação do tempo de serviço de que trata o presente *mandamus*. E, antes da referida Emenda Constitucional, não havia nenhuma vedação nesse sentido.

Assim, o direito à averbação está protegido sob o manto do direito adquirido (art. 5º, XXXVI, da CF/88), que não pode ser afastado por legislação posterior, ainda que norma decorrente do exercício do poder constituinte derivado.

Consequentemente, considerando que o tempo ficto exercido já estava consumado antes da EC n. 20/98, entendo que o direito vindicado pelo impetrante deve ser concedido.

Em situação análoga, o Pretório Excelso adotou o mesmo entendimento, senão vejamos a decisão proferida no Recurso Extraordinário n. 298.273/PB, de relatoria do Min. Gilmar Mendes:

Trata-se de recurso extraordinário fundado no art. 102, III, “a”, da Constituição Federal, contra acórdão que reconheceu o direito ao servidor a converter sua licença-prêmio não gozada em tempo de serviço ficto, para efeito de aposentadoria, tendo em vista o fato ter ocorrido antes da Emenda Constitucional n. 20, de 16 de dezembro de 1998, e conforme as disposições da legislação vigente à época.

Alega-se violação aos arts. 5º, XXXVI, 40, § 10 (com a redação da EC n. 20, de 1998) e 169, § 1º, da Carta Magna.

[...]

Esta Corte no julgamento do AgrRE 394.661, Segunda Turma, Rel. Carlos Velloso, DJ 20.9.2005, assim decidiu:

EMENTA: - CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONVERSÃO DE LICENÇA-PRÊMIO NÃO GOZADA EM TEMPO DE SERVIÇO. DIREITO ADQUIRIDO ANTES DA VIGÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL 20/98.

I – Conversão de licença-prêmio em tempo de serviço: direito adquirido na forma da lei vigente ao tempo da reunião dos requisitos necessários para a conversão. Precedentes do STF.

II – Agravo não provido.

No mesmo sentido, monocraticamente, os RREE 405.956 e 420.999, Rel. Ellen Gracie, DJ 13.10.2005 e DJ 17.06.2003, respectivamente.

Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido.

[...]

Assim, nego seguimento ao recurso (art. 557, caput, do CPC).

Diante do exposto, voto no sentido de conceder a ordem.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA PARA A PRÓXIMA SESSÃO EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO 3º VOGAL APÓS O RELATOR DENEGAR E O 1º VOGAL CONCEDER A SEGURANÇA. OS DEMAIS AGUARDAM. AUSENTES, NESTA SESSÃO, JUSTIFICADAMENTE, OS VOGAIS 2º E 4º.

VOTO (EM 4.3.2009)

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

Pedi vistas para melhor analisar a questão e conclui, assim como o relator e o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, que a segurança deve ser denegada.

Ocorre que a Emenda Constitucional n. 20/98 (Reforma Previdenciária) vedou expressamente “qualquer forma de contagem de tempo de contribuição ficto.”

Referida emenda constitucional, com o evidente objetivo de evitar discussões judiciais, como bem anotou Alexandre de Moraes¹, assegurou em seu artigo 3º o direito adquirido daqueles que, até a data de sua publicação, tenham cumprido os requisitos para a obtenção da aposentaria².

Cumpre anotar que a expressa garantia mencionada restringe-se àqueles que tinham direito à aposentadoria na época da alteração do regime, pois a jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal há muito reconhece que *“ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários.”*³(grifei).

Dessa forma, como a situação do impetrante não se amolda à hipótese assegurada pelo legislador constituinte, ou seja, como ele não havia preenchido os requisitos para obter aposentadoria antes de 16.12.1998, data da publicação da Emenda Constitucional n. 20/98, não há falar em direito adquirido do impetrante à averbação de tempo ficto.

Assim, com o parecer, acompanho o relator para denegar a segurança.

O Sr. Des. João Maria Lós

Gostaria de esclarecer que, na sessão passada, mencionei julgamentos do STF, em casos semelhantes, e que foi concedida a segurança. Foi reconhecido o direito da contagem do tempo ficto, já adquirido antes da Emenda 20/98.

Hoje, fiz uma pesquisa, mais detalhada quanto ao voto que mencionei do Ministro Carlos Veloso, em que no bojo do voto ele anota que: *“Porquanto não exercitou o referido direito, antes da publicação da Emenda Constitucional 20/98.”*

No caso concreto, a pessoa tinha adquirido o direito mas não tinha o tempo para aposentadoria e só após a promulgação da Emenda é que ele pleiteou a contagem do tempo ficto e o STF reconheceu esse direito.

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (5º Vogal)

Denego a segurança.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte (6º Vogal)

Quero deixar registrado no meu voto que - é importante porque temos outras causas aqui no Tribunal - não levo em consideração esse tempo ficto, para fins de aposentadoria. Não estamos falando em gratificações de adicionais, porque essa matéria pode ser devolvida ao Tribunal para outros efeitos e, naturalmente, que esse julgamento não pode servir como parâmetro.

De acordo com o relator.

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (7º Vogal)

Antes da Emenda Constitucional n. 20/98, esse período já tinha sido averbado pela Polícia Federal. Assim, ele já tinha adquirido ao tempo da aposentadoria, portanto, direito à contagem do tempo.

1 MORAES, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional Administrativo**. 4. ed., São Paulo: Atlas. p. 234.

2 Art. 3º - É assegurada a concessão de aposentadoria e pensão, a qualquer tempo, aos servidores públicos e aos segurados do regime geral de previdência social, bem como aos seus dependentes, que, até a data da publicação desta Emenda, tenham cumprido os requisitos para a obtenção destes benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.
[...]

3 Súmula n. 359 do STF.

Acompanho o voto do Des. João Maria Lós.

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (8º Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini (9º Vogal)

O impetrante tinha o tempo contado, para todos os efeitos, perante um órgão federal, assumiu uma função no Estado e trouxe, consigo, tudo aquilo que fora contado.

É claro que, após determinada data, houve uma alteração no sistema. Indago: essa alteração abrange aquilo que já fora contado e que já estava averbado no serviço público? Ou aplica-se o que diz mesmo na nova modificação da Emenda 20/98, que conta-se, para efeito de aposentadoria e vantagens, o tempo no serviço municipal, estadual e federal?

Diante dessas circunstâncias, acompanho o voto do Des. João Maria Lós.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA PARA A PRÓXIMA SESSÃO EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO 10º VOGAL APÓS O RELATOR E OS VOGAIS 3º, 5º, 6º E 8º DENEGAREM E OS VOGAIS 1º, 7º E 9º CONCEDEREM A SEGURANÇA. OS DEMAIS AGUARDAM. AUSENTE, NESTA SESSÃO, JUSTIFICADAMENTE, O 4º VOGAL.

VOTO (EM 11.3.2009)

O Sr. Des. Joenildo de Souza Chaves (10º Vogal)

Analisando o pedido e a causa de pedir trazida na petição do mandado de segurança afere-se, em apertada síntese, que:

[...] o impetrante é membro do *Parquet* estadual com atuação na Auditoria Militar Estadual com tempo de serviço público total em 34 (trinta e quatro) anos e 07 (sete meses); que exerceu tempo ficto como agente da Polícia Federal pelo lapso de tempo de 409 (quatrocentos e nove) dias exercido de 1978 até 1.984, conforme documento emitido pelo Ministério da Justiça de f. 16; no entanto, o Órgão Ministerial recusou em 2006 a averbação deste tempo ficto sob alegação de que tal possibilidade teria sido excluída com a nova disposição do §10 do art. 40 da CF/88 trazida pela Emenda Constitucional n. 20/1998. Bate às portas do Judiciário que seja determinada a inserção na folha funcional do impetrante do período de 409 dias contidos no documento n. 03

Vejo que o relator e o 3º, 5º, 6º e 8º vogais denegaram a segurança enquanto o 1º, 7º e 9º vogais concederam à ordem. Pois bem, verifica-se que aqueles que negaram se basearam na ausência de direito adquirido à referida averbação em razão da Emenda Constitucional n. 20/98 ter inserido dispositivo (§ 10 do art. 40) vedando a averbação de tempo ficto. Para aqueles que concederam a ordem se fundam na alegação de direito adquirido porque quando da consumação do ato (averbação) ele já havia se consumado e como a consumação ocorreu antes da referida Emenda Constitucional não pode retroagir para revogar direito já adquirido.

Tenho que a ordem deve ser concedida e acompanho o entendimento do 1º, 7º e 9º vogais.

Explico o por quê.

É certo que em relação à aposentadoria, a lei a vigor o caso concreto não é o do dia do “pedido”, mas sim, o dia em que “preenche os requisitos” para aposentadoria, ainda que o pedido seja *a posteriori*. Então, desde dia haverá aplicação da lei então em vigor para reger o caso. É deste dia que ato se consuma e, portanto, a lei deve ser a desde dia, sob pena de vulneração à garantia do direito adquirido (inciso XXXVI do art. 5º da CF/88).

Veja-se acórdão do STF:

Em questões previdenciárias, aplicam-se as normas vigentes ao tempo da reunião dos requisitos de passagem para a inatividade. 3. Somente os servidores públicos que preenchiam os requisitos estabelecidos na Emenda Constitucional 20/1998, durante a vigência das normas por ela fixadas, poderiam reclamar a aplicação das normas nela contida, com fundamento no art. 3º da Emenda Constitucional 41/2003. 4. Os servidores públicos, que não tinham completado os requisitos para a aposentadoria quando do advento das novas normas constitucionais, passaram a ser regidos pelo regime previdenciário estatuído na Emenda Constitucional n. 41/2003, posteriormente alterada pela Emenda Constitucional n. 47/2005. (ADIn n. 3104/DF, Tribunal Pleno, Relª. Minª. Carmem Lúcia, julgado em 26.9.2007).

Levantamento da jurisprudência do STF quanto à aplicação da lei previdenciária no tempo. Consagração da aplicação do princípio *tempus regit actum* quanto ao momento de referência para a concessão de benefícios nas relações previdenciárias. Precedentes citados: REsp n. 258.570/RS, Primeira Turma, unânime, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 19.4.2002; REsp (AgR) n. 269.407/RS, Segunda Turma, unânime, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 2.8.2002; REsp (AgR) n. 310.159/RS, Segunda Turma, unânime, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 6.8.2004; e MS n. 24.958/DF, Pleno, unânime, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 10.4.2005 (REExtra n. 415454, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 8.2.2007).

No mesmo sentido pelo STF:

ADIn 2794, ADIn 2797, ADIn 2874 (RTJ 189/200), ADIn 3105 (RTJ 193/137), ADIn 3128, ADIn 3472 MC (RTJ 194/560), MS 23047, REsp 231167, REsp 231167 ED, REsp 243415, REsp 258298, REsp 258570, REsp 262496, REsp 266927 (RTJ 182/809), REsp 269407 AgR, REsp 301159 AgR, REsp 382631 AgR, REsp 432192 AgR, REsp 473394

A razão de ser deste entendimento é justamente porque a concessão da aposentadoria tem efeitos declaratórios e, portanto, *ex tunc*, e, assim sendo, não é o pedido que marca a lei a ser aplicada, mas sim, o dia do preenchimento dos requisitos para tanto. Volto a repetir: isto porque o efeito da concessão da aposentadoria é *ex tunc* e retroage e, assim sendo, o ato estará consumado neste momento (dia do preenchimento dos requisitos).

A questão trazida para apreciação tem a mesma razão jurídica de fundo, mas que com ela não se confunde. Não se confunde porque o pedido do impetrante não é aposentadoria, mas sim, de averbação do tempo em que exerceu cargo como agente da Polícia Federal. Averbação esta a ser feita no registro funcional do *Parquet*, também. Tanto é verdade que no pedido consta o seguinte: “o pedido se contém em que deva a impetrada determinar a inserção, na folha funcional do impetrante, do período de 409 dias de serviço”

Veja então que não se esta pedindo aposentadoria, mas sim, que seja averbado tempo de serviço já declarado e reconhecido pelo Ministério da Justiça, conforme documento de f. 16. Veja que o ato já se consumou quando foi exercido o cargo de agente da Polícia Federal, ou seja, bem antes da Emenda Constitucional n. 20/98.

O ato jurídico já está perfeito e, portanto, o direito já foi adquirido e a legislação não pode retroagir para prejudicar.

Veja então, que o exercício da atividade de agente da Polícia Federal que culminou com o tempo de serviço que constitui a questão meritória deste mandado de segurança foi exercido entre 1978 até 1984.

Ora, a vedação de averbação de tempo ficto veio somente com a Emenda Constitucional n. 20 de 1998 (que inseriu o § 10 ao art. 40 da CF/88), ou seja, em data posterior à consumação do tempo de serviço do caso posto à apreciação. Registre-se, pleonasticamente, que a consumação deste ato (tempo ficto) se consolidou bem antes da Emenda Constitucional n. 20/1998 e neste tempo não havia o impedimento para averbação de tempo ficto. Nesta época não havia o impedimento constitucional que somente veio em 1998 (EC n. 20).

Não teria direito o impetrante se acaso estivesse exercendo o tempo ficto quando da entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 20/98. Neste caso, como não havia o ato ainda se consumado, claro que não teria adquirido o direito. No entanto, não é isto que acontece com esta hipótese trazida para apreciação, porque o tempo ficto foi consumado e consolidado muitos anos antes da referida Emenda.

No meu entender, o direito a averbação está blindado pelo direito adquirido (inciso XXXVI do art. 5º da CF/88), que é garantia trazida desde a primeira Constituição de 1.824 (art. 179, § 3º), de forma que não pode ser afastado por legislação posterior.

O artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil é bastante claro em prescrever que: “*A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitado o ato jurídico, o direito adquirido e a coisa julgada*”.

Complementando a matéria, o §1º do mesmo dispositivo apregoa que se reputa ato jurídico perfeito: “*o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou*”.

Como bem elucida o escólio de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (Princípios administrativos; p. 268): “*São insuscetíveis de serem apanhadas pela lei nova não só as situações subjetivas ou individuais, como, outrossim, momento em que foram produzidos*”.

Na clássica afirmação de Gabba:

Adquirido é todo direito resultante de um fato capaz de produzi-lo segundo a lei em vigor ao tempo em que este fato se verificou, embora a ocasião de fazê-lo valer não se haja apresentado antes da atuação de uma lei nova sobre o mesmo, direito este que, de conformidade com a lei sob a qual aquele fato foi praticado, passou, imediatamente, a pertencer o patrimônio de quem o adquiriu (**Teoria della retoratività delle leggi**. Ed. Turim, apud Vicente Raó. **O direito e a vida dos direitos**. Ed. Max Limonad, n. 282).

Tal regra anda de mãos dadas com a segurança jurídica que deve reinar nas relações jurídicas, pois, como já dizia Cunha Gonçalves (**Tratado de direito civil**. vol. I; P. 342):

Uma sadia política não consente que o legislador possa destruir o passado, tornando inválidos aos atos legitimamente praticados sob o regime das leis então existentes, porque criaria grave incerteza sobre o valor e eficácia das relações jurídicas, instituiria o perigo permanente da instabilidade dos negócios e ludibriaria a esperança dos povos, que confiaram na promessa e na mensagem do legislador.

Assim sendo e levando em conta que o tempo ficto exercido já está consumado e consumação esta ocorrida antes da Emenda Constitucional n. 20/98, tenho que este direito deve ser concedido.

Inclusive, o STF (Recurso Extraordinário n. 82.881) em situação análoga a este pedido de averbação assim manifestou sobre o direito adquirido:

Caracterização de tempo de serviço público: direito adquirido. Estabelecido na lei, que determinado serviço se considera como tempo de serviço público, para os efeitos nela previstos, do fato inteiramente realizado nasce o direito, que se incorpora imediatamente ao patrimônio do servidor.

O Tribunal de Contas do Distrito Federal assim se manifestou sobre caso idêntico a este: “*Demais tempos fictos também poderão ser utilizados para efeito de aposentadoria, desde que tenham sido incorporados ao patrimônio do servidor até 16.12.98.*”

Por fim, se preencheu os requisitos da lei para referida averbação e sendo que o ato está calcado no direito adquirido, o ato é vinculado e constitui dever para a Administração, porque, com o preenchimento dos requisitos para concessão de direitos ao servidor, não há opção em concedê-lo ou não, em caso de consumação dos requisitos da lei. A legalidade estrita que marca o Administrador impõe a concessão deste ato (averbação).

Posto isso e demais que dos autos consta voto para conceder a ordem.

A Sr^a Des^a Tânia Garcia de Freitas Borges (2^a Vogal)

Acompanho o relator, para reconhecer a inexistência de direito adquirido, porquanto, na época da revogação da Lei que conferia o direito à averbação do tempo ficto, o impetrante ainda não havia completado os requisitos para aposentadoria, mesmo contando esse tempo.

Assim, não há falar em direito adquirido. De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA E COM O PARECER, DENEGARAM A SEGURANÇA. ABSTIVERAM-SE DE VOTAR, OS VOGAIS 4º E 11º. AUSENTE, NESTA SESSÃO, JUSTIFICADAMENTE, O 9º VOGAL.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Hildebrando Coelho Neto, João Maria Lós, Tânia Garcia de Freitas Borges, Sérgio Fernandes Martins, Rubens Bergonzi Bossay, Claudionor Miguel Abss Duarte, João Carlos Brandes Garcia, Oswaldo Rodrigues de Melo, Luiz Carlos Santini e Joenildo de Sousa Chaves.

Campo Grande, 11 de março de 2009.

Mandado de Segurança n. 2008.027329-8 - Capital
Primeira Seção Cível
Relator Des. Hildebrando Coelho Neto

E M E N T A – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NA CARREIRA DE POLICIAL – PRELIMINAR DE DECADÊNCIA – REJEITADA – EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO NO ATO DA MATRÍCULA DO CURSO DE FORMAÇÃO – ENTREGA NO INÍCIO DO CURSO ILEGALIDADE – CRITÉRIO NÃO RAZOÁVEL PARA EXCLUSÃO DE CANDIDATO – ORDEM CONCEDIDA.

O prazo para impetração do mandado de segurança não se conta da publicação do edital do concurso, mas do conhecimento do ato pelo qual se concretiza a ofensa a direito líquido e certo do impetrante.

É ilegal a imposição da entrega de carteira nacional de habilitação antes do início do curso de formação, se não há lei em sentido formal dispondo sobre o assunto, o que fere direito líquido e certo do impetrante.

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, rejeitar a preliminar e conceder a segurança. Ausente, justificadamente, o 1º vogal.

Campo Grande, 9 de setembro de 2009.

Des. Hildebrando Coelho Neto – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto

Luiz Roberto da Cruz, devidamente qualificado, impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato praticado pela Secretária Estadual de Estado de Administração e pelo Comandante-Geral da Polícia Militar de Mato Grosso do Sul, consistente em exigir a apresentação de carteira de habilitação para conduzir veículos, no mínimo categoria “B”, como condição para efetuar a matrícula no curso de formação de soldado da Polícia Militar.

Sustenta ter sido aprovado em todas as fases do certame e que os requisitos necessários ao exercício do cargo público somente podem ser exigidos na data da posse. Alega, ainda, que está na iminência de obter a licença para conduzir automóveis, segundo a categoria exigida pela comissão do concurso, estando, inclusive, com data marcada para realização da última prova.

Foi-lhe deferida a liminar para determinar que as autoridades apontadas como coatoras possibilitassem a sua matrícula no curso de formação, conforme decisão de f. 79-80.

O Estado de Mato Grosso do Sul prestou suas informações (f. 92-114), suscitando, em preliminar, a decadência do direito do impetrante, ao argumento de que, em se tratando de impugnação ao conteúdo do edital, o termo inicial do prazo para impetração do *mandamus* seria a publicação deste, e não da data em que o candidato tomou conhecimento do resultado desfavorável.

No mérito, pugna pela denegação da segurança, ao argumento de que é razoável exigir a apresentação de carteira nacional de habilitação (art. 162, I, do Código de Trânsito Brasileiro), no ato da matrícula no curso de formação, pois, durante a sua realização, o aluno é submetido a provas práticas de direção, dentre as diversas atividades de policiamento, se enquadra a de motorista de viatura policial.

Aduz que o enunciado n. 266 da súmula do Superior Tribunal de Justiça não se aplica ao caso, eis que a exigência de habilitação para conduzir veículos tem amparo na Lei Complementar Estadual n. 53/90, no Decreto n. 9.954/2002 e no edital do certame.

Por fim, afirma que a situação em análise está de conformidade com os ditames do art. 37, II, da Constituição Federal, na medida em que se faz necessário o preenchimento de requisitos legais para o acesso a cargos públicos quando de sua investidura, sendo vedado à Administração Pública tratar os candidatos do certame de forma diferenciada, sob pena de ferir os princípios da legalidade e o da impessoalidade.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo afastamento da preliminar de decadência e, no mérito, pela concessão da segurança (f. 140-148).

VOTO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (Relator)

Trata-se de remédio preventivo manejado com o escopo de obter uma ordem judicial para que o impetrante possa se matricular no curso de formação de soldado da PMMS, sob o fundamento de ser nula a exigência de entrega de carteira nacional de habilitação no momento da realização da matrícula para o curso de formação.

Antes de proceder à análise do mérito, passo a apreciar a preliminar levantada nas informações.

DA DECADÊNCIA

A argumentação expendida pelo Estado de Mato Grosso do Sul não prospera, haja vista que o *mandamus* foi protocolado dentro do lapso temporal acobertado pela Lei n. 1.533/51, em seu artigo 18, isto é, antes de findar os 120 (cento e vinte) dias permitidos pelo ordenamento jurídico vigente para a impetração do *writ*.

Vê-se que foi somente a partir do momento em que foi publicado o edital n. 87/2008 - SAD/ESCOLAGOV/PMMS (f. 53-54), em 20.8.2008, com a exigência de estar munido da cópia de sua CNH no ato da matrícula, é que tomou ciência da violação a seu direito, surgindo daí a sua pretensão, vez que, até então, vinha participando do certame, obtendo êxito nas fases anteriores. A segurança foi impetrada no dia 29.8.2008 (*vide* protocolo de f. 2), quando não decorrido o prazo peremptório de 120 dias.

Assim, não é da data da publicação do edital de abertura do concurso que se deve contar o prazo decadencial, mas sim do ato concreto que, com base naquelas regras, efetiva a lesão ao direito do impetrante.

Neste diapasão é a lição que se extrai do escólio de Hely Lopes Meirelles, *verbis*:

É de se lembrar que o prazo para impetração não se conta da publicação da lei ou do decreto normativo, mas do ato administrativo que, com base neles, concretiza a ofensa a direito do impetrante, salvo se a lei ou o decreto forem de efeitos concretos, caso em que se expõem à invalidação por mandado de segurança desde o dia em que entraram em vigência.

Nos atos de trato sucessivo, como no pagamento de vencimentos ou outras prestações periódicas, o prazo renova-se a cada ato e também não corre durante a omissão ou inércia da Administração em despachar o requerido pelo interessado (Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandando de Injunção, Habeas Corpus, Ação direta de inconstitucionalidade, Ação declaratória de constitucionalidade e Arguição de descumprimento de preceito fundamental', 23.^a edição, Editora Malheiros, p. 51-52).

Nesse mesmo sentido, em recente decisão, posicionou-se o Superior Tribunal de Justiça. *Verbis*:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DECADÊNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. DEFICIENTE VISUAL. VISÃO MONOCULAR. EXCLUSÃO DO BENEFÍCIO DA RESERVA DE VAGA. ILEGALIDADE.

I - O prazo para a impetração do mandamus começa a ser contado da ciência pelo interessado do ato que efetivamente lhe feriu o direito líquido e certo. II - A visão monocular constitui motivo suficiente para reconhecer ao recorrente o direito às vagas destinadas aos portadores de deficiência física. Precedentes deste e. Tribunal, bem como do Pretório Excelso. Agravo regimental desprovido. (AgRg no MS n. 26.105/PE, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 30.5.2008, DJ 30.6.2008).

Destarte, não há que se falar em decadência, razão pela qual rejeito a preliminar.

Passo ao exame da matéria de fundo.

MÉRITO

Os impetrados sustentam a legalidade da exigência da apresentação da CNH no ato da matrícula do curso de formação de soldado da Polícia Militar, sob o argumento de que a obrigação vem prevista no edital n. 001/2007-SAD-ESCOLAGOV/PMMS (f. 180), bem assim que, durante o curso de formação, o aluno é submetido à prova prática de direção, razão pela qual o preenchimento desse requisito seria indispensável.

Ocorre que, como bem asseverou o representante do Ministério Público Estadual (f. 146), o impetrante tratou de providenciar a CNH exigida no certame, tendo o exame prático no Detran de Ponta Porã sido agendado somente para o dia 12 de setembro de 2008, ou seja, após a data de encerramento da matrícula no curso de formação que ocorreu em 4 de setembro de 2008 (f. 53), *verbis*:

Deflui dos autos que o impetrante, tomando ciência das exigências contidas no edital, tratou de providenciar a CNH categoria 'B', matriculando-se na auto-escola a fim de obter o mencionado documento até a data limite para a matrícula no curso de formação (4 de setembro de 2008). Ocorre que, apesar de aprovado nos exames teórico, médico e psicotécnico, já que o agendamento do prático pressupõe a aprovação nessas etapas, o impetrante não conseguiu obter a Carteira Nacional de Habilitação a tempo por motivos alheios à sua vontade, pois os exames práticos de direção no município de Ponta Porã, MS, não são realizados com a mesma frequência que em nossa capital, conforme se infere dos documentos de fls. 59/62.

Por essa razão o exame prático do impetrante teve de ser agendado somente para o dia 12 de setembro de 2008 (conforme Protocolo de Agendamento – fl. 57), o que o impossibilitou, frise-se novamente, por motivos alheios à sua vontade, de apresentar o documento até a data limite fixada no edital.

Além disso, frise-se que o impetrante juntou aos autos (f. 132) a sua carteira de habilitação, emitida ainda no mês de setembro de 2008, “*antes mesmo do início do curso de formação o impetrante já portava o documento exigido (CNH categoria ‘B’)*”, conforme ressaltado no parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 146).

Assim, se o impetrante comprovou estar habilitado para a condução de veículo automotor antes mesmo do início das provas práticas, não se afigura razoável excluí-lo do certame. Vale consignar que o autor foi incluído no estado efetivo da Polícia Militar, a contar de 15 de maio de 2009, por ter concluído com aproveitamento o curso de formação, conforme se vê da ata de conclusão e classificação final publicada no Diário Oficial n. 7.469, p. 50, em 29.5.2009 (f. 159-164) por meio da Portaria ‘P’ 352/DP-1/DP/PMMS, de 27.5.2009.

Acrescente-se a isso que o enunciado n. 266 da súmula do Superior Tribunal de Justiça estabelece que “*o diploma ou habilitação legal para o exercício do cargo deve ser exigido na posse e não na inscrição para o concurso público*”.

Por outro lado, o atraso no cumprimento da exigência prevista no edital para a apresentação da CNH no momento da inscrição do curso de formação, o que não implica em sua dispensa, não pode servir de obstáculo à manutenção do impetrante no certame. Ora, o citado ato normativo, por si só, não é idôneo para a fixação das condições de ingresso, pois, para atender adequadamente ao princípio da legalidade, somente lei, em sentido formal, poderia fazê-lo.

Essa é a única interpretação que se coaduna com a redação contida no inciso I, do artigo 37, da Constituição Federal e, com a Lei Complementar n. 53 de 30 de maio de 1990. A propósito, tal instituto legal não condiciona o ingresso de candidato ao curso de formação de soldado da Polícia Militar à apresentação de carteira nacional de habilitação.

Sobre a acepção da legalidade em sentido formal, vale mencionar a lição do constitucionalista Uadi Lammêgo Bulos que, em sua obra Constituição Federal Anotada, elucida:

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 válido, deve nascer da lei em sentido formal. (Editora Saraiva, 2007, p. 127)

Ora, é cediço que somente lei em sentido formal poderia estabelecer critérios para o ingresso na carreira militar do Estado. Não se pode permitir que ato do Executivo substitua a atividade legiferante típica exigida ao caso. É o que se extrai da norma esculpida nos incisos I e II, do artigo 37, da Constituição Federal.

Aliás, como dito, a exigência de apresentação da carteira nacional de habilitação no momento da inscrição no curso de formação não está prevista no Estatuto dos Policiais Militares de Mato Grosso do Sul. É de se observar que tal normatização, no capítulo II, do ingresso na Polícia Militar, em seus artigos 11 e 12, exige que as condições estejam previstas em lei. *Verbis*:

Art.11- O ingresso na Polícia-Militar é facultado a todos os brasileiros, após concurso público, mediante inclusão, matrícula ou nomeação, observadas as condições prevista em lei e nos regulamentos da Corporação.

Art.12- Para matrícula nos estabelecimentos de ensino policial- militar, destinados a formação de policiais-militares, além das condições relativas à nacionalidade, idade, aptidão intelectual, capacidade física e idoneidade moral, é necessário que o candidato não exerça nem tenha exercido atividades perigosas à Segurança Nacional.

Como se observa, por todos os aspectos que se analise o ato atacado, não há razoabilidade na tese de alijar o impetrante do concurso público, o que caracteriza ofensa a seu direito líquido e certo.

Ante o exposto, de acordo com o parecer ministerial e confirmando a liminar deferida, concedo a segurança em favor de Luís Roberto da Cruz para o fim de afastar o óbice consistente na matrícula no curso de formação de soldado da Polícia Militar de Mato Grosso do Sul.

Dê-se conhecimento desta decisão às autoridades apontadas como coatoras, nos exatos termos do disposto no artigo 456, do RITJMS.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, REJEITARAM A PRELIMINAR E CONCEDERAM A SEGURANÇA. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, O 1º VOGAL.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Hildebrando Coelho Neto, Divoncir Schreiner Maran, Paschoal Carmello Leandro, Sérgio Fernandes Martins e Rêmolo Letteriello.

Campo Grande, 9 de setembro de 2009.

Apelação Cível n. 2008.016663-2 - Campo Grande
Terceira Turma Cível
Relator Des. Ildeu de Souza Campos

E M E N T A – AÇÃO REIVINDICATÓRIA – SOBREPOSIÇÃO DE LOTES –
PREVALÊNCIA DO TÍTULO MAIS ANTIGO – AUSÊNCIA DE POSSE INJUSTA – PEDIDO
DE REDUÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – AFASTADO – SENTENÇA MANTIDA
– RECURSO IMPROVIDO.

I- A ação reivindicatória, por ter natureza dominial, só pode ser ajuizada por quem se diz proprietário da coisa, com título de domínio, e pretende reaver o bem de quem injustamente o possui.

II- São três os pressupostos para a admissibilidade da referida ação, quais sejam, a demonstração pelo autor da titularidade do domínio da área reivindicanda, a descrição do bem e a posse injusta do réu.

III- A posse injusta é traduzida no fato de o cidadão ocupar a posse sem justo título.

IV- Se a posse não é injusta, não há que se julgar procedente ação reivindicatória.

V- Havendo a sobreposição dominial, deverá prevalecer o título mais antigo sobre o domínio do imóvel.

VI- O valor da verba honorária não deve ser reduzida, se fora ela fixada em consonância com as disposições do artigo 20, do CPC.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 3 de agosto de 2009.

Des. Ildeu de Souza Campos – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ildeu de Souza Campos

Rana Khoury Corazza Pinheiro e outro, inconformados com a sentença prolatada nos autos da Ação Reivindicatória, que movem em face de CESUP – Centro de Ensino Superior de Campo Grande, dela recorrem para este Sodalício, pugnando por sua reforma, porque, ao contrário do que restou ali consignado, e levando-se em conta o conjunto fático-probatório colacionado nos autos, verifica-se que a posse injusta do apelado sobre o bem, objeto da demanda, se faz presente, razão porque a sentença de improcedência não pode prosperar.

Caso seja mantido o entendimento exarado na sentença, pleiteiam seja reduzido o valor fixado à guisa de honorários advocatícios.

Por fim, prequestionam artigos constitucionais e infraconstitucionais a respeito da matéria.

O apelado, em contrarrazões, bate-se pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Ildeu de Souza Campos (Relator)

Pretendem os apelantes seja reformada a sentença, cujo magistrado, ao apreciar conjuntamente ação reintegratória e ação reivindicatória, julgou procedente a primeira e improcedente a segunda, confirmando liminar anteriormente concedida, ao argumento de haver ocorrido, no caso, sobreposição dos lotes, objeto das demandas, havendo o ora apelado melhor materializado o exercício da posse.

Sustentam os apelantes haver o juiz singular laborado em equívoco ao julgar improcedente a ação reivindicatória, pois, ao observar o conjunto fático-probatório colacionado nos autos, verifica-se que a posse injusta do apelado sobre o bem, objeto da demanda, se faz presente, razão porque a sentença de improcedência não pode prosperar.

Sem razão, no entanto, os apelantes, senão vejamos.

Sabe-se que a ação reivindicatória tem natureza essencialmente dominial, e por essa razão, só pode ela ser ajuizada por quem se diz ser proprietário da coisa, com título de domínio, e pretende reaver o bem de quem injustamente o possua.

Como bem ressalta o julgado emanado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

A ação reivindicatória se consubstancia no instrumento processual apropriado para o proprietário que não detém a condição de possuidor reaver a posse do imóvel que lhe pertence de quem injustamente o vem possuindo ou detendo, destinando-se, pois, a resguardar ao titular do domínio o direito que lhe assiste de elidir a indevida ingerência de terceiros sobre aquilo que é seu, permitindo-lhe que, exibindo o título dominial, dele se aposse e passe a fruir e usufruir das prerrogativas que irradiam da propriedade. (TJDFT, AC n. 20061010063274, Segunda Turma Cível, Rel. Teófilo Caetano, julgado em 16.4.2008, DJ 28.4.2008, p. 99).

Portanto, três são os pressupostos para a admissibilidade da referida ação, quais sejam, a demonstração pelo autor da titularidade do domínio da área reivindicanda, a descrição do bem e a posse injusta do réu. Vale ressaltar que o registro imobiliário comprova a titularidade do domínio.

Nessa esteira de entendimento, o julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. PRESSUPOSTOS. COMPROVAÇÃO DA PROPRIEDADE. São pressupostos da ação reivindicatória: a propriedade atual do autor e a posse injusta do réu, devendo a propriedade ser comprovada por meio de certidão atualizada do registro de imóveis, que é documento

substancial e prova de maneira certa, completa e escoreita a individuação do bem. [...] RECURSO NÃO-PROVIDO. (TJRS, AC n. 70011532256, Décima Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 20.12.2005).

Pois bem. Pelo que se observa dos documentos acostados aos autos, mormente do laudo pericial de f. 233, houve, na hipótese em comento, sobreposição dominial dos lotes, objetos da demanda.

Em casos tais, deve prevalecer o registro mais antigo, que, no caso, é o do apelado, consoante extrai-se do laudo pericial, senão vejamos (f. 242).

Quanto aos títulos que deram origem ao loteamento no qual se insere o lote de titularidade dominial dos apelantes: *“Lote Chato do Sucupira* .

Data da Expedição do título definitivo: 31 de agosto de 1928”

Quanto ao título primitivo que deu origem à matrícula da área do apelado: *“Lote Colonial*.

Data da Expedição do título definitivo: 28 de março de 1921.”

Como se vê, o título de propriedade que embasa a área do apelado é anterior ao dos apelantes.

A respeito da sobreposição de títulos, já se pronunciou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: AÇÃO REIVINDICATÓRIA. SOBREPOSIÇÃO DE REGISTROS. ÁREA LÍMITROFE DE LOTEAMENTOS. PREVALÊNCIA DO REGISTRO MAIS ANTIGO. CONVERSÃO DE OFÍCIO EM PERDAS E DANOS DA ÁREA INVADIDA. POSSIBILIDADE. VOTO VENCIDO. Havendo a sobreposição registrária ocasionada pela sobreposição de loteamentos aprovados pela municipalidade, deverá prevalecer o registro mais antigo do imóvel.[...] (processo n. 1.0223.05.176526-9/001, Rel. Des. Cabral da Silva, julgado em 19.2.2008, publicado em 10.4.2008).

Seguindo essa linha de raciocínio, não me afigura presente, como fazem crer os apelantes, a posse injusta do apelado. Vale ressaltar que, na ação reivindicatória, detém injustamente a posse aquele que não tem justo título, ainda que não seja ela decorrente de violência, clandestinidade ou precariedade, o que não ocorre no caso dos autos.

A respeito da posse injusta do réu, na ação reivindicatória, assim já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal:

ACÇÃO REIVINDICATÓRIA. POSSE INJUSTA. A ACÇÃO REIVINDICATÓRIA CABE CONTRA AQUELE QUE NÃO TEM POSSE JUSTA DO IMÓVEL REIVINDICANDO. É DESERJULGADA PROCEDENTE SE O REIVINDICANTE POSSUI TÍTULO PERFEITO DE PROPRIEDADE, DEVIDAMENTE REGISTRADO, OPONDO-SE AQUELE DOS RÉUS, CONSISTENTE DE CONTRATO PARTICULAR NÃO REGISTRADO, PELO QUE NÃO É EFICAZ A TERCEIROS, NO CASO OS AUTORES. E A PREFERENCIA SE FAZ SEGUNDO A PRIORIDADE DE TRANSCRIÇÃO. O ART-524 DO CÓDIGO CIVIL, TOMA A EXPRESSÃO POSSE INJUSTA EM SENTIDO GENÉRICO, E NÃO APENAS, PORTANTO, QUANDO ELA OCORRE POR VIOLÊNCIA, CLANDESTINIDADE OU PRECARIÉDADE (ART-489 DO CÓDIGO CIVIL). CASO CONTRÁRIO, HAVERIA RESTRIÇÃO AO PRÓPRIO DIREITO DE PROPRIEDADE. (DJ 14-09-1984 PP-14916 EMENT VOL-01349-02 PP-00318 RTJ VOL-00112-01 PP-00241)

Dessa forma, pelos elementos constantes dos autos, entendo haver agido com correção o juiz singular, ao julgar improcedente a ação reivindicatória.

Com relação ao prequestionamento dos artigos constitucionais e infraconstitucionais, deixo de apreciá-lo, porque os artigos levados a efeito configuram matéria de mérito, já analisada anteriormente.

Quanto à pretensão para se reduzir o valor fixado, à guisa de verba honorária, pela qual acenam os apelantes, não merece tal súplica acolhida, pois, o juiz singular ao fixá-los, observou os critérios contemplados no artigo 20, do CPC, ou seja, o grau de zelo profissional, à natureza, importância e ao valor da causa, razão porque deve ela ser mantida.

Em assim considerando, hei por bem conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento, mantendo-se a sentença recorrida em todos os seus termos.

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

Trata-se de apelações cíveis contra sentença que resolveu conjuntamente as lides existentes em ação reivindicatória e ação de reintegração pendentes sobre um mesmo imóvel.

A controvérsia circunscreve-se a existência de dois títulos dominiais sobre a área, restando estabelecer o legítimo possuidor e proprietário do bem.

A sentença manteve a posse do antigo possuidor, que estava na área há mais de 10 (dez) anos, cumprindo, segundo ela, sua função social, através da construção de edificações no local.

Os apelantes se insurgem contra a sentença sob o argumento de que existe trânsito em julgado de ações que envolvem outros lotes na mesma área dando ganho de causa a possuidores com títulos idênticos ao seu, o que demonstraria a natureza injusta da posse do apelado.

O eminente Relator negou provimento aos recursos e manteve a sentença.

Acompanho-o.

O trânsito em julgado de ações que envolvem outras partes e lotes diferentes não vincula o julgamento da presente demanda.

Assim, a alegação de que existiria julgamento precedente, envolvendo outros lotes do mesmo loteamento não vincula o julgamento da presente demanda.

Além disso, nos julgados apontados pelos apelantes, reconheceu-se a existência de múltiplos títulos de domínio, dando-se ganho de causa àqueles que exerciam a posse do imóvel.

No caso em apreço, está presença a mesma multiplicidade de títulos de domínio, mas reconheceu-se que a posse vinha sendo exercida pelo apelado.

De outro lado, insta considerar que a perícia realizada constatou que o título do apelado pertence a uma cadeia de transmissão mais antiga, portanto deve prevalecer sobre o título de origem mais recente, como bem apontado pelo egrégio Relator.

Ante o exposto, e pelo mais que dos autos consta, nego provimento aos recursos, de acordo com o voto do eminente Relator.

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Vogal)

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ildeu de Souza Campos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Ildeu de Souza Campos, Fernando Mauro Moreira Marinho e Rubens Bergonzi Bossay.

Campo Grande, 3 de agosto de 2009.

Apelação Cível n. 2008.023000-9 - Campo Grande
Terceira Turma Cível
Relator Des. Ildeu de Souza Campos

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – ESCRITURA PÚBLICA DE CESSÃO DE CRÉDITO – NOTAS FISCAIS – NOTAS DE EMPENHO – PROVA DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO – ÔNUS DO AUTOR – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – AUTOR QUE DECAIU DE PARTE MÍNIMA DO PEDIDO – CONDENAÇÃO DO RÉU – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A lavratura de escritura pública de cessão de crédito não necessita de anuência do devedor para sua validade, devendo este ser dela comunicado, para que possa solver a obrigação perante o legítimo detentor do crédito.

A notificação do devedor, da cessão de crédito, gera para ele oportunidade para exercer as exceções cabíveis contra o cessionário, sob pena de não poder valer-se delas posteriormente.

As notas fiscais sem comprovante de efetiva prestação de serviços não dá ao credor o direito de cobrá-las, senão pela via ordinária.

Se um litigante decair de parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e honorários advocatícios.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso do Estado de Mato Grosso do Sul. Por maioria, deram provimento parcial ao recurso da Gráfica e Editora Ruy Barbosa Ltda., vencido o revisor em relação à sucumbência e, o vogal, em relação aos encargos.

Campo Grande, 24 de agosto de 2009.

Des. Ildeu de Souza Campos – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ildeu de Souza Campos

Trata-se de apelações cíveis interpostas por Gráfica e Editora Ruy Barbosa Ltda., às f. 2719-2745, e Estado de Mato Grosso do Sul, às f. 2749-2753, os quais, inconformados com a sentença proferida às f. 2698-2717, na Ação de Cobrança proposta pela primeira apelante contra o segundo apelante, julgou parcialmente procedente o pedido, condenando o réu a pagar à autora, o valor de R\$ 31.538,04 (trinta e um mil, quinhentos e trinta e oito reais e quatro centavos), referente ao crédito que lhe foi cedido, o qual teve origem no processo administrativo n. 01/000078/98, e R\$80.000,00 (oitenta mil reais), referente ao crédito

que lhe foi cedido, tendo este por origem o processo administrativo n. 01/000078/98, tudo acrescido de correção monetária pelo INPC, desde a emissão das notas fiscais a eles relativas, e juros de mora de 6% (seis por cento) ao ano, contados a partir da citação, deixando, todavia, de arbitrar honorários em favor das partes, ante a sucumbência recíproca.

Consta, dos documentos anexados aos autos, que a empresa apelante, Gráfica e Editora Ruy Barbosa Ltda., celebrou com as empresas ZN Marketing, Publicidade e Promoções Ltda., Agilitá Propaganda e Marketing Ltda., Slogan Publicidade Ltda. e B&W3 Publicidade Ltda., quatro Escrituras Públicas de Cessão de Crédito, nas quais as empresas cedentes transferiram seus créditos perante o Estado de Mato Grosso do Sul em favor da cessionária.

Referidas escrituras públicas de cessão de crédito, e a relação entre as empresas cedentes, cessionária e devedor, encontram-se delineadas nos autos da seguinte forma.

a) Empresa ZN Marketing, Publicidade e Promoções Ltda.:

Consta da Escritura Pública de Cessão de Crédito à f. 27, que: ZN Marketing, Publicidade e Promoções Ltda., cedente, e Gráfica Ruy Barbosa, cessionária, em virtude do edital de licitação n. 13/98, processo n. 01/000182/98, tornou-se cessionária, credora do valor de R\$621.686,08, oriundos do fornecimento de material, e este gerou o nascimento das Notas Fiscais n. 1102; 1103 e 1104, emitidas pela cessionária contra a cedente.

O contrato original, de n. 17/98, no qual figura, de um lado, ZN Marketing, Publicidade e Promoções Ltda., e de outro, Estado de Mato Grosso do Sul, no valor de R\$731.396,00, encontra-se encartado aos autos às f. 201-210.

As Notas Fiscais referentes à prestação de serviços da empresa cedente para o devedor encontram-se às f. 212-218, sob os n. 4132; 4130; 4129; 4128; 4131; 4126 e 4124, sendo que a nota de Empenho, fase que precede o pagamento, encontra-se às fls. 222-223, todavia, no valor de R\$ 200.000,00 e não no valor original do contrato e das notas fiscais, que somam o valor de R\$ 731.396,00.

Note-se que, segundo consta à f. 223, há uma descrição detalhada sobre a nota de empenho, tendo como favorecida a empresa ZN Marketing, Publicidade e Promoções Ltda., a qual detalha que, foi empenhado o valor de R\$ 200.000,00, havendo ocorrido anulação de empenho no mesmo valor, solicitação pendente no valor de R\$ 531.396,00, anulação de despesa no valor de R\$ 731,396.00, e valor da nota fiscal pendente de R\$ 731.396,00, ou seja, tal valor não foi pago e não há nos autos qualquer nota de empenho no referido valor, nem tampouco se realmente houve a prestação de serviços por parte da empresa cedente.

b) Empresa Agilitá Propaganda e Marketing Ltda.:

Consta da Escritura Pública de Cessão de Crédito à f. 29, que: Agilitá Propaganda e Marketing Ltda., cedente, e Gráfica Ruy Barbosa, cessionária, em virtude do edital de licitação n. 12/98, processo n. 01/000168/98, tornou-se cessionária, credora do valor de R\$ 178.444,00, oriundos do fornecimento de material, o qual gerou a Nota Fiscal n. 1047, emitidas pela cessionária contra a cedente.

O contrato original, de n. 016/98, que fizeram, de um lado, Agilitá Propaganda e Marketing Ltda., e de outro, Estado de Mato Grosso do Sul, no valor de R\$ 249.594,00, encontra-se encartado aos autos às f. 546-556.

A Nota Fiscal n. 1067, no valor de R\$218.674,00, referente à prestação de serviços da empresa cedente para o devedor, encontra-se à f. 559, e a nota de Empenho encontra-se à f. 558, no valor total do contrato, correspondente a R\$ 249.594,00.

c) Empresa Slogan Publicidade Ltda.:

Consta da Escritura Pública de Cessão de Crédito à f. 31, que: Slogan Publicidade Ltda., cedente, e Gráfica Ruy Barbosa, cessionária, em virtude do edital de licitação n. 06/98, processo n. 01/000122/98, tornou-se a cessionária, credora do valor de R\$445.315,60, segundo as Notas Fiscais n. 007857; 007856; 007853; 007854; 007855; 007707, emitidas pela cedente em face do devedor.

Ainda segundo a escritura pública, houve pagamento parcial da NF n. 007707, no valor de R\$ 187.784,50, motivo pelo qual a cessionária passou a ser credora do devedor no valor de R\$ 333.777,56.

O contrato original, de n. 09/98, que fizeram, de um lado, Slogan Publicidade Ltda., e de outro, Estado de Mato Grosso do Sul, no valor de R\$ 950.000,00, encontra-se encartado aos autos às f. 946-953.

Há, ainda, à f. 1036 dos autos, uma comunicação da empresa Slogan Publicidade Ltda., e nesta discrimina-se todas as solicitações, ofícios, notas fiscais e valores, dos serviços prestados pela empresa ao devedor, sem que tenha ocorrido efetivo pagamento.

d) Empresa B&W3 Propaganda Ltda.:

Consta da Escritura Pública de Cessão de Crédito à f. 33, que: B&W3 Propaganda Ltda., cedente, e Gráfica Ruy Barbosa, cessionária, em virtude do edital de licitação n. 01/97, processo n. 01/000078/98, tornou-se a cessionária, credora do valor de R\$ 80.000,00, oriundos do fornecimento de material e serviços.

O contrato original, de n. 11/98, que fizeram, de um lado, B&W3 Propaganda Ltda., e de outro, Estado de Mato Grosso do Sul, no valor de R\$ 1.750.000,00, encontra-se encartado aos autos às f. 1374-1381, mais dois aditivos contratuais, nos valores de R\$ 437.000,00 (f. 1493-1495), e R\$ 500.000,00 (f. 1498-1500), respectivamente.

Em suas razões recursais, Gráfica E Editora Ruy Barbosa Ltda., aduz haver laborado em equívoco o magistrado singular, por que os créditos cedidos pelas gráficas ZN Marketing, Publicidade e Promoções Ltda., Agilitá Propaganda e Marketing Ltda., Slogan Publicidade Ltda. e B&W3 Propaganda Ltda., deveriam ser integralmente reconhecidos como devidos, pois há documentos hábeis nos autos suficientes a demonstrar a sua existência.

Ressalta-se que as cessões de crédito feitas pelas empresas cedentes à apelante, cessionária, foram formalizadas através de Escritura Pública de Cessão de Crédito, fazendo constar os números dos processos licitatórios, os números das notas fiscais de serviços prestados por aquelas ao Poder Público, e o valor de cada cessão, estando todas especificadas, não de forma genérica, como afirmado na sentença, além do fato de a cessão haver sido expressamente comunicada ao devedor.

Alega que os processos administrativos são provas cabais de que as cedentes contrataram legitimamente com o Estado, estando devidamente instruídos com as notas fiscais aceitas e empenho, que é a fase, na administração pública, que precede o pagamento.

Insurge-se, ainda, contra a fundamentação do juízo monocrático, de que a cessionária deveria ter demonstrado a realização dos serviços prestados, pois ela não tem a obrigação de comprová-los, uma vez que os serviços foram prestados pelas gráficas cedentes ao Estado, até porque a apelante/cessionária não prestou serviços ao Estado, mas para as gráficas, e as notas fiscais e empenhos são provas de que os serviços foram realmente prestados.

Alega, enfim, que os números das notas fiscais emitidas pela cessionária constantes na Escritura Pública de Cessão de Crédito, somente foram mencionadas porque pretenderam as partes, que na cessão de crédito, a cessionária desse quitação delas, ou seja, as cedentes quitaram suas dívidas com a cessionária mediante os instrumentos de cessão de crédito, e constam na referida escritura, individualmente descritos, todos os processos administrativos, notas fiscais e valores, contratados entre as cedentes e o Estado, mais o valor que estava sendo cedido.

Acrescenta que, mesmo havendo o magistrado singular, analisado uma a uma as escrituras públicas de cessão de crédito, igualmente laborou em erro, porquanto, no que diz respeito à empresa ZN Marketing, Publicidade e Promoções Ltda., a origem do crédito está mencionada no processo administrativo n. 01/000182/98, decorrente da Licitação n. 13/98, sendo ele correspondente a R\$731.390,00, e a cessão de crédito no valor de R\$ 621.686,08, estando tais valores, devidamente reconhecidos no processo administrativo, inclusive com o empenho das importâncias.

No que tange à cessão formalizada com a empresa Agilitá Propaganda e Marketing Ltda., de igual maneira, alega o apelante, não apresenta ela qualquer vício, pois a Nota Fiscal n. 1047, foi emitida pela cessionária em face da cedente, e a Nota Fiscal que obriga o Estado em favor da cedente é a de n. 1067, no valor de R\$ 218.647,00, e nela houve a cessão do valor correspondente a R\$ 178.000,00, em favor da apelante. Não obstante, ressalta que referido valor já foi integralmente pago à empresa Agilitá, e nele anuiu a apelante, sendo devido, todavia, somente a correção monetária e os juros de mora, decorrentes do crédito, devidos à cessionária/apelante.

No mesmo sentido, afirma a apelante que os créditos cedidos pelas empresas Slogan Publicidade Ltda. e B&W3 Propaganda Ltda., já foram devidamente pagos, faltando o pagamento, tão-somente, dos encargos contratuais, como correção monetária e juros de mora.

Insurge-se, mais, a apelante, contra a aplicação da correção monetária com base no INPC, ressaltando que deve ser aplicado o IGPM-FGV, por ser o índice que melhor se aproxima da realidade inflacionária no país.

Por fim, pugna pela reforma da sentença quanto à fixação dos honorários advocatícios.

Devidamente intimado, o apelado apresentou contra-razões às f. 2754-2781, pugnando pelo não provimento do recurso.

Estado de Mato Grosso do Sul, por sua vez, em suas razões de apelação às f. 2749-2753, insurge-se tão-somente quanto ao que restou fixado na sentença relativamente aos honorários advocatícios, alegando que a autora decaiu em percentual maior que seu pedido, e por isso, deve ela suportar a totalidade das despesas e honorários.

A gráfica apelada apresentou contra-razões às f. 2782-2787, pugnando pelo não provimento do recurso.

VOTO (EM 3.8.2009)

O Sr. Des. Ildeu de Souza Campos (Relator)

Trata-se de apelações cíveis interpostas por Gráfica e Editora Ruy Barbosa Ltda., às f. 2719-2745, e Estado de Mato Grosso do Sul, às f. 2749-2753, os quais, inconformados com a sentença proferida às f. 2698-2717, na Ação de Cobrança proposta pela primeira apelante contra o segundo apelante, julgou parcialmente procedente o pedido, condenando o réu a pagar à autora, o valor de R\$ 31.538,04 (trinta e um mil, quinhentos e trinta e oito reais e quatro centavos), referente ao crédito que lhe foi cedido, o qual teve origem no processo administrativo n. 01/000078/98, e R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), referente ao crédito

que lhe foi cedido, tendo este por origem o processo administrativo n. 01/000078/98, tudo acrescido de correção monetária pelo INPC, desde a emissão das notas fiscais a eles relativas, e juros de mora de 6% (seis por cento) ao ano, contados a partir da citação, deixando, todavia, de arbitrar honorários em favor das partes, ante a sucumbência recíproca.

Esclarecidos os fatos e reproduzidas as razões recursais de ambos os apelantes no relatório, passo a análise do mérito do recurso interposto por Gráfica e Editora Ruy Barbosa.

Não obstante os fundamentos da sentença, tenho que esta deve ser reformada em parte.

Primeiramente, forçoso esclarecer que, a cessão convencional não exige forma específica para valer entre as partes, salvo se obrigar terceiros, quando o artigo 288, do Código Civil, exige instrumento público, ou particular revestido das solenidades do §1º, do artigo 654, do mesmo Código.

Assim é que, o devedor, ou cedido, não participa necessariamente da cessão, a qual pode ser realizada sem sua anuência. Todavia, dela deve ser comunicado, para que possa solver a obrigação do legítimo detentor do crédito.

Nesse sentido é o que prevê o artigo 290, do CC, *verbis*: “a cessão do crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificada; mas por notificado se tem o devedor que, em escrito público ou particular, se declarou ciente da cessão feita”.

Igualmente, prevê o artigo 294, do CC, que o devedor pode opor ao cessionário, as exceções que lhe competirem, bem como as que, no momento em que veio a ter conhecimento da cessão, tinha contra o cedente.

Em comentários sobre o assunto, Hamid Charaf Bdine Junior, sob coordenação do Ministro Cezar Peluso (*in*, “**Código Civil Comentado – Doutrina e Jurisprudência**”. Barueri/SP: Editora Manole, 2007, p. 202), entende que:

Destarte, se o cessionário estiver de boa-fé, poderá, eventualmente, postular seu crédito em relação ao devedor. O devedor que não apresentar ao cessionário essas exceções ficará impedido de fazê-lo mais tarde, salvo se demonstrar motivo justificado para tê-lo deixado de fazer. Seu silêncio implica prestigiar a presunção do cessionário de que nenhum obstáculo enfrentaria além dos que naturalmente resultam do título. Essa limitação temporal ajusta-se ao princípio da boa-fé objetiva.

Assim, se o devedor, notificado da cessão, não opõe, no momento da notificação, as exceções pessoais que tiver contra o cedente, não poderá fazê-lo contra o cessionário (as exceções que eram cabíveis contra o primeiro), tais como pagamento da dívida, compensação etc.

No caso dos autos, verifica-se às f. 1856-1861, que foram notificados o Sr. Secretário de Estado de Gestão de Pessoal e Gastos, o Sr. Diretor Geral do Detran-MS, o Sr. Secretário de Estado de Educação, o Sr. Superintendente de Comunicação - Agência Pública de Comunicação-MS, e o Sr. Secretário de Estado de Coordenação Geral do Governo-MS, por cartas endereçadas e protocoladas em cada órgão.

Assim, em havendo notificação sobre a cessão de crédito das empresas ZN Marketing, Publicidade e Promoções Ltda., Agilitá Propaganda e Marketing Ltda., Slogan Publicidade Ltda. e B&W3 Propaganda Ltda., em favor da Gráfica e Editora Ruy Barbosa, sem que tenha o devedor, Estado de Mato Grosso do Sul, apresentado qualquer exceção ou insurgência, conclui-se ser ela plenamente eficaz.

Entretanto, não obstante sua validade, necessário se faz a aferição dos valores realmente devidos, frente aos que foram pagos e a comprovação da prestação do serviço efetivamente realizado.

Com efeito, fazendo uma análise pormenorizada nos autos, verifica-se que, apesar de a empresa autora haver proposto a presente ação visando ao recebimento de pagamento do valor de R\$ 1.213.907,64 (um milhão, duzentos e treze mil, novecentos e sete reais e sessenta e quatro centavos), referente às quatro cessões de crédito, formalizadas através de escrituras públicas, anexadas aos autos, constata-se pelas provas produzidas, que desde a propositura da ação até o presente momento, já foram realizados vários pagamentos por parte do Estado devedor, às empresas cedentes, ou mesmo à própria cessionária.

Assim é que, segundo consta à f. 2119, o Estado confirma o pagamento do valor de R\$ 178.444,00, referente à Nota Fiscal n. 1067, emitida pela empresa Agilitá Propaganda e Marketing Ltda. e a ela pago, com anuência da apelante, cuja nota tinha o valor original de R\$249.594,00, mas fora cedido o valor efetivamente pago, à empresa Gráfica e Editora Ruy Barbosa.

Tal fato foi confirmado pela autora/apelante, tanto que em sua peça recursal confirma o pagamento, insurgindo-se tão-somente contra os encargos contratuais, como juros de mora e correção monetária, os quais alegam ser devidos à apelante.

Do mesmo modo, verifica-se à f. 2057 e 2390-2391, que o apelado faz alusão ao pagamento do valor de R\$ 413.777,56 (quatrocentos e treze mil, setecentos e setenta e sete reais e cinquenta e seis centavos), referentes às Notas Fiscais n. 7857; 7856; 7853; 7854; 7855 e 7707, além de outras Notas Fiscais.

Todavia, o pagamento no valor de R\$ 413.777,56, refere-se ao valor de R\$ 333.777,56, cedido pela empresa Slogan Publicidade Ltda. à empresa Gráfica Ruy Barbosa, e ao pagamento do valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), cedido pela empresa B&W3 Propaganda Ltda., à apelante, os quais somados, chega-se ao valor pago.

Tais valores e respectivos pagamentos são ratificados pela apelante, em sede recursal, tanto que ela os confirma, e insurge-se apenas contra os encargos contratuais, que entende devidos diretamente à ela.

Nesses termos, mostram-se efetivamente cumpridas as obrigações decorrentes das Escrituras Públicas de Cessão de Crédito, formalizadas entre as empresas cedentes Agilitá Propaganda e Marketing Ltda., Slogan Publicidade Ltda. e B&W3 Propaganda Ltda., e a cessionária, Gráfica e Editora Ruy Barbosa.

Uma vez provada a prestação de serviço pelas empresas cedentes ao devedor - tanto que houve o pagamento das notas fiscais - resta certo o pagamento dos encargos contratuais, os quais, todavia, devem ser pagos diretamente à empresa cessionária, já que a cessão de crédito deu-se antes do pagamento e da notificação do devedor.

Entretanto, em que pese estar devidamente comprovada a obrigação de pagamento do Estado de Mato Grosso do Sul perante as empresas cedentes e cessionária, tal obrigação não se encontra demonstrada em relação à empresa ZN Marketing, Publicidade e Promoções Ltda.

Isso porque, segundo depreende-se dos autos, não há provas suficientes a demonstrar que os serviços foram prestados pela empresa cedente ao Estado.

Apesar de haver, nos autos, a escritura pública de cessão de crédito, na qual a empresa ZN Marketing, Publicidade e Promoções Ltda., transfere o crédito no valor de R\$621.686,08, para a cessionária/apelante, não há nos autos provas de que realmente tenha havido a prestação de serviços pela cedente ao devedor.

Assim é que, o contrato original, de n. 17/98, no qual são partes, ZN Marketing, Publicidade e Promoções Ltda., e Estado de Mato Grosso do Sul, no valor de R\$731.396,00, prevê ele, em sua subcláusula segunda, que “o pagamento só será autorizado após a entrega dos serviços e apresentação dos respectivos comprovantes e documentos fiscais”.

Além disso, consta na cláusula quinta do contrato, caber à contratada, emitir contra o contratante, os documentos fiscais correspondentes aos serviços prestados, e apresentar os comprovantes documentais de que os serviços foram realizados.

No caso dos autos, não se encontram presentes tais comprovantes. Constam, sim, as Notas Fiscais n. 4132; 4130; 4129; 4128; 4131; 4126 e 4124, emitidas pela empresa cedente em face do devedor, mas não se fazem elas acompanhar de comprovantes de que os serviços foram realizados.

Nota-se, ainda, haver uma nota de empenho à f. 222, no valor de R\$ 200.000,00.

Porém, segundo consta à f. 223, há descrição detalhada sobre a referida nota de empenho, tendo como favorecida a empresa ZN Marketing, Publicidade e Promoções Ltda., a qual pormenoriza que: foi empenhado o valor de R\$ 200.000,00, havendo ocorrido anulação de empenho no mesmo valor, solicitação pendente no valor de R\$ 531.396,00, anulação de despesa no valor de R\$ 731,396.00, e valor da nota fiscal pendente de R\$ 731.396,00, ou seja, relata que o valor contratado não foi pago e não há nos autos qualquer outra nota de empenho, referindo-se ao mesmo valor, ou à mesma empresa.

Ainda que se diga que o contrato não prevê a hipótese de o pagamento ser realizado após a emissão da nota de empenho, mas que, depois de apresentada a correspondente nota fiscal do serviço e o comprovante do recebimento, igualmente não pode ser reconhecido o direito da apelante, pois as notas fiscais que acompanham a petição inicial não se fazem acompanhar dos respectivos recibos dos serviços, fato este que demonstra que eles efetivamente não foram prestados.

Assim, ao ser proposta a ação de cobrança, o autor deve arcar com o ônus de provar que realmente faz jus ao crédito, utilizando-se de todos os comprovantes que dispuser no momento da propositura da ação.

Entretanto, não há, nos autos, provas irrefutáveis de que a empresa cedente tenha prestado os serviços para os quais fora contratada, além do fato de que a nota de empenho revela contradições com outras colacionadas no bojo do processo.

Dessa forma, não há como se reconhecer o direito da apelante de ver seu crédito quitado, pois não se desincumbiu ela do ônus de provar seu direito.

O ônus da prova, como se sabe, cabe a quem alega determinado fato. Sendo o direito, instrumento viável para regular as condutas dos homens em sociedade, enquadrando-as, concretamente, em seus comandos normativos, a prova surge com o intuito de esclarecer e facilitar a solução dos conflitos, uma vez que, sem o conhecimento efetivo dos fatos relatados, fica o juiz impossibilitado de julgar a demanda, já que as decisões judiciais devem pautar-se nos elementos probatórios encontrados no bojo dos autos, não podendo o juiz valer-se de meros indícios.

A respeito do ônus da prova, doutrina Cândido Rangel Dinamarco (*in*, **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 7ª ed., 1990, p. 312):

O Juiz deve julgar *secundum allegata et probata partium* e não *secundum propriam suam conscientiam* - e daí o encargo que as partes têm no processo, não só de alegar, como também de provar (encargo=ônus). O ônus da prova recai sobre aquele a quem aproveita o reconhecimento do fato. Assim, segundo o disposto no artigo 333, do Código de Processo, o ônus da prova ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Dessa forma, se da análise dos documentos trazidos aos autos, percebe-se não haver, a empresa apelante, logrado demonstrar a veracidade de suas pretensões, incabível é o reconhecimento de condenação do apelado ao pagamento do valor de R\$621.686,08, referente à cessão de crédito feita da empresa ZN Marketing, Publicidade e Promoções Ltda. à cessionária, Gráfica e Editora Ruy Barbosa Ltda.

Tal fato, porém, não lhe retira o direito de buscar o exercício de seu direito material junto à empresa cedente, ZN Marketing, Publicidade e Promoções Ltda., por que o seu direito advém de contrato e da real prestação do serviço.

No que diz respeito aos encargos contratuais, a sentença objurgada condenou o Estado de Mato Grosso do Sul, ao pagamento do valor principal, acrescido de correção monetária pelo INPC, desde a emissão das notas fiscais correspondentes, e juros de mora de 6% (seis por cento) ao ano.

Não obstante o que restou fixado na sentença, tenho que o IGPM, divulgado pela FGV, é um índice que melhor reflete a desvalorização da moeda e tem sido utilizado pelo Poder Público. Neste sentido:

AGRAVO REGIMENTAL – DECISÃO QUE NEGA SEGUIMENTO A APELAÇÃO CÍVEL – IGPM – ÍNDICE OFICIAL QUE MELHOR CARACTERIZA A DESVALORIZAÇÃO DA MOEDA – RECURSO IMPROVIDO. (TJ/MS, AgRg em AC n. 2001.002763-4/0001.00, Rel. Des. Horácio Vanderlei Nascimento Pithan, julgado em 6.5.2003).

Deve ser aplicado o IGP-M/FGV, já que se trata de índice utilizado pelo próprio Poder Público e desfruta de idoneidade e credibilidade, cuja variação reflete, com segurança, a inflação do período. (AC n. 2006.010736-4, Rel. Des. Rêmolo Letteriello, julgado em 3.10.2006).

Como os serviços cobrados tinham valores certos e data predeterminada para pagamento, motivo pelo qual a correção monetária e os juros de mora devem incidir desde o vencimento do débito. Neste sentido:

ADMINISTRATIVO - CONTRATO - FORNECIMENTO DE BENS - AÇÃO DE COBRANÇA POR FALTA DE PAGAMENTO - CORREÇÃO MONETÁRIA - TERMO A QUO. 1. É devida correção monetária desde o momento em que o pagamento deveria ter sido efetuado e não o foi: após a entrega e aceitação do material fornecido (segundo cláusula contratual – questão incontroversa). (REsp n. 401346/AC, Rel^a. Min^a. Eliana Calmon, DJ de 7.10.2002, p. 240)

ADMINISTRATIVO - CORREÇÃO MONETÁRIA - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO - PAGAMENTO COM ATRASO - JUROS DE MORA - TERMO A QUO - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - EMPRESA DE ECONOMIA MISTA - FIXAÇÃO COM BASE NO ART. 20, § 3º DO CPC.

1. A jurisprudência desta Corte é firme e pacífica quanto à incidência de correção monetária nos pagamentos em atraso, mesmo que não haja previsão contratual.

[...]

4. Juros de mora devidos a partir do vencimento de cada parcela em atraso, nos termos do art. 960 do CC, por se tratar de inadimplemento de obrigação positiva e líquida. Inexistência de violação ao art. 1.536, § 2º do CC. (REsp n. 437.203/SP, Rel^a. Min^a. Eliana Calmon, DJ de 18.11.2002, p. 206).

Diante de tais fatos, dou parcial provimento ao recurso interposto por Gráfica e Editora Ruy Barbosa Ltda., para o fim de reconhecer como efetivamente pagas as cessões de crédito feitas pelas empresas Agilitá Propaganda e Marketing Ltda., Slogan Publicidade Ltda. e B&W3 Propaganda Ltda. à apelante/cessionária, devendo o Estado de Mato Grosso do Sul, todavia, efetuar o pagamento dos encargos contratuais decorrentes dos créditos, objetos da cessão, aqui reconhecido, devidos à empresa cessionária, com correção monetária, pelo IGPM-FGV, desde a emissão, pelas empresas cedentes, das notas fiscais, e juros de mora de 6% (seis por cento) ao ano, a partir da citação, até a data do efetivo pagamento.

Por fim, como ambas as partes, Gráfica e Editora Ruy Barbosa Ltda. e Estado de Mato Grosso do Sul, insurgiram-se contra a parte da sentença que deixou de arbitrar honorários em favor das partes, ante a sucumbência recíproca, tenho que também nessa parte a decisão merece ser reformada.

Com efeito, o magistrado singular deixou consignado que, “embora seja desproporcional a sucumbência de cada parte, os honorários devem ser compensados, eis que a ora autora não deu causa, por si, ao ajuizamento, senão como consequência da realização dos serviços e da cessão de crédito que lhe foi feita a título de pagamento”. (f. 2716)

Ocorre que a empresa apelante sucumbiu de parte mínima do pedido, pois, apesar de haver ajuizado a ação de cobrança, visando o pagamento da quantia de R\$1.213.907,64 (um milhão, duzentos e treze mil, novecentos e sete reais e sessenta e quatro centavos), referente às cessões de crédito formalizadas com as empresas ZN Marketing, Publicidade e Promoções Ltda., Agilitá Propaganda e Marketing Ltda., Slogan Publicidade Ltda. e B&W3 Propaganda Ltda., observa-se dos autos que, durante o curso processual, inúmeros foram os pagamentos feitos pelo Estado de Mato Grosso do Sul, às empresas cedentes ou à própria empresa cessionária.

Contudo, o único pagamento que não ficou comprovado nos autos como devido, foi o referente ao crédito da empresa ZN Marketing, Publicidade e Promoções Ltda..

Diante disto, revela-se aplicável ao caso em análise a regra esculpida no parágrafo único, do artigo 21, do Código de Processo Civil, que estabelece: “*Se um litigante decair de parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e honorários*”.

Isso posto, reformo a sentença para condenar o Estado de Mato Grosso do Sul ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em R\$2.000,00 (dois mil reais), segundo prevê o §4º do artigo 20, do CPC.

Diante de todo o exposto, conheço dos recursos interpostos, e dou parcial provimento ao recurso interposto pela Gráfica e Editora Ruy Barbosa, para o fim de reconhecer como efetivamente pagas as cessões de crédito feitas pelas empresas Agilitá Propaganda e Marketing Ltda., Slogan Publicidade Ltda. e B&W3 Propaganda Ltda. à apelante/cessionária.

Todavia, condeno o Estado de Mato Grosso do Sul, ao pagamento dos encargos contratuais decorrentes do crédito cedido pelas empresas Agilitá Propaganda e Marketing Ltda., Slogan Publicidade Ltda. e B&W3 Propaganda Ltda., devidos à empresa cessionária, com correção monetária, pelo IGPM-FGV, desde a emissão, pelas empresas cedentes das notas fiscais, e juros de mora de 6% (seis por cento) ao ano, a partir da citação, até a data do efetivo pagamento.

Nego provimento, por conseguinte, ao recurso interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, e condeno-o ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

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

Trata-se de apelações cíveis contra sentença que julgou parcialmente procedente pedido formulado em ação de cobrança, condenando o réu a pagar saldos residuais ao autor, sem arbitramento de honorários em razão da sucumbência recíproca.

O autor apelante se insurge contra a exclusão, pela sentença, de parte dos valores cobrados, inclusive de encargos contratuais como juros e correção monetária, o índice de correção adotado (INPC), e a ausência de fixação de honorários advocatícios.

O réu apelante se rebela tão somente quanto aos honorários advocatícios, entendendo que a autora decaiu em percentual maior que seu pedido, e por isso deve suportar a totalidade das despesas e honorários.

O eminente Relator dá parcial provimento ao recurso da autora, condenando o Réu ao pagamento dos encargos contratuais decorrentes do crédito cedido, com correção monetária pelo IGP-M/FGV e juros de mora de 6% ao ano, a partir da citação, bem como ao pagamento integral de custas e honorários advocatícios, estes fixados por arbitramento em R\$ 2.000,00.

Consequentemente, nega provimento ao recurso do réu.

Data vênia, acompanho o voto apenas em parte, dando menor provimento ao recurso da autora e negando provimento ao recurso do réu.

Entendo que, reconhecido o pagamento dos valores referentes aos créditos originados das empresas Agilitá Propaganda e Marketing Ltda., Slogan Publicidade Ltda. e B&W3 Propaganda Ltda., não há falar em pendência de encargos contratuais a serem quitados.

É que constitui preceito básico do direito contratual que os acessórios seguem ao principal e, a partir do momento em que amplamente reconhecido o pagamento das dívidas principais, não há como se falar em permanência de obrigações contratuais acessórias.

Nesse sentido, é ilustrativa a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. CONTRATO ADMINISTRATIVO. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PREEXISTÊNCIA DE QUITAÇÃO.

A regra do artigo 944 do Código Civil é necessária apenas para que, com a quitação do principal, seja possível presumir-se a quitação dos juros, desde que não se faça ressalva quanto a eles. Em relação à correção monetária, todavia, prescinde-se de norma semelhante, pois, ela nada mais é do que cláusula de preservação do próprio débito principal. A quitação é instrumento do pagamento. Trata-se de negócio jurídico de direito substantivo que, para ser desfeito, precisaria de ação apropriada. Não pode a empresa credora, simplesmente, desconsiderar a quitação anteriormente dada e cobrar o restante do que entende devido pelo Município de São Paulo, sob pena de descaracterização do próprio instituto e violação do princípio da segurança jurídica. Recurso especial provido. (REsp n. 284507/SP Rel^a. Min^a. Eliana Calmon (1114) Relator(a) p/Acórdão Ministro Franciulli Netto (1117) Órgão Julgador T2 - Segunda Turma Data do Julgamento 6.11.2001 Data da Publicação/Fonte DJ 4.8.2003 p. 254 RIP vol. 21 p. 323).

De igual modo, não vislumbro sucumbência mínima da parte autora, pois, inobstante tenha sido vencida em apenas parte de seus pedidos, o valor econômico destes corresponde a parcela significativa do valor da causa.

Ora, apenas o crédito supostamente oriundo da empresa ZN Marketing, Publicidade e Promoções Ltda. - repellido tanto pela sentença de primeiro grau quanto pelo voto do E. Relator em decorrência da ausência de comprovação da prestação de serviços – seria de R\$ 621.686,08 (seiscentos e vinte e um mil, seiscentos e oitenta e seis reais e oito centavos).

Não me parece razoável que a derrota em um pedido com valor superior a R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais) seja considerada “sucumbência mínima” da autora.

Assim, tenho que agiu com acerto o julgador de primeiro grau ao reconhecer a sucumbência recíproca entre as partes e, de consequência, dividir os ônus dela decorrentes e compensar os honorários advocatícios.

No resto, acompanho o raciocínio do eminente relator.

Ante o exposto, pedindo novamente vênia ao E. Relator, dou parcial provimento ao recurso da autora apelante, em menor extensão, e nego provimento ao recurso do réu apelante, apenas para determinar a substituição do índice de correção monetária adotado na sentença (INPC) pelo IGP-M/FGV.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO VOGAL (DES. RUBENS B. BOSSAY). O RELATOR E O REVISOR DAVAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO INTERPOSTO POR GRÁFICA E EDITORA RUY BARBOSA LTDA., SENDO QUE O REVISOR EM MENOR EXTENSÃO, E NEGAVAM AO INTERPOSTO PELO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL.

VOTO (EM 24.8.2009)

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Vogal)

Trata-se de apelações recíprocas interpostas por Gráfica e Editora Ruy Barbosa Ltda. e Estado de Mato Grosso do Sul, objetivando a reforma da sentença prolatada pelo juiz da 2ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos, nos autos da ação de cobrança que Gráfica e Editora Ruy Barbosa Ltda. move em face de Estado de Mato Grosso do Sul, que assim decidiu:

Ante o exposto, julgo parcialmente procedente o pedido para condenar o réu a pagar à autora o valor de R\$31.538,04, referente ao crédito que lhe foi cedido tendo por origem no processo administrativo n. 01/000078/98, e R\$ 80.000,00, referente ao crédito que lhe foi cedido tendo por processo administrativo n. 01/000078/98, tudo acrescido de correção monetária pelo INPC desde a emissão das notas fiscais a eles relativas; e, juros de mora de 6% ao ano a partir da citação. Ante a sucumbência recíproca, deixo de arbitrar honorários às partes.

Anote-se que, embora seja desproporcional a sucumbência de cada parte, os honorários devem ser compensados, eis que a ora autora não deu causa, por si, ao ajuizamento, senão como consequência da realização dos serviços e da cessão de créditos que lhe foi feita a título de pagamento.

Acompanho em parte o relator.

Como se observa dos autos, a cobrança em questão refere-se a cessões de crédito de natureza pública, decorrentes de contratos firmados com as empresas vencedoras de licitações, quais sejam, ZN Marketing, Publicidade e Promoções, Agilitá Propaganda e Marketing Ltda., Slogan Publicidade Ltda. e B&W3 Propaganda Ltda., que cederam à ora apelante, os créditos que detinham perante o Estado de Mato Grosso do Sul.

É fato incontroverso nos autos que no curso do processo já houve o pagamento parcial dos créditos aqui cobrados, relativo às obrigações decorrentes das Escritura Públicas de Cessão de Crédito, formalizadas entre as empresas cedentes Agilitá Propaganda e Marketing Ltda., Slogan Publicidade Ltda. e B&W3 Propaganda Ltda. e a autora, o que é ratificado pela recorrente em suas razões recursais e memoriais, que apenas se insurge quanto aos encargos contratuais, como juros de mora e correção monetária.

Assim sendo, resta tão somente analisar a questão referente aos encargos contratuais.

Nesse ponto, o Relator deu parcial provimento ao recurso interposto pela autora, por entender serem devidos tais encargos, que deverão ser corrigidos pelo IGPM/FGV, acrescido de juros de mora de 6% (seis por cento) ao ano.

Por sua vez, o revisor negou provimento ao recurso da autora por entender que neste caso não há falar em pendência de encargos contratuais a serem quitados, eis que é preceito básico do direito contratual que os acessórios seguem ao principal e, a partir do momento em que amplamente reconhecido o pagamento das dívidas principais, não há como se falar em permanência das obrigações contratuais acessórias.

Acompanho o Revisor, mas por fundamentos diversos.

Cabe, inicialmente, tecer alguns comentários acerca do brocardo jurídico *Accessorium sequitur suum principale* (o acessório segue o principal).

Segundo as lições do mestre Caio Mário da Silva Pereira, o brocardo jurídico em questão não tem presunção absoluta, ou seja, o pagamento do principal não faz presunção *iuris et de iure* de que também houve o pagamento dos encargos contratuais.

Colham-se os ensinamentos do mestre:

O pagamento do capital faz presumir a quitação quanto aos juros, salvo recebimento de um com reserva dos outros (Código Civil de 2002, art. 323). Esta presunção é tida como irrefragável por numerosos escritores, entre os quais o nosso Beviláqua. Outros o negam, avultando Orosimbo Nonato, que a qualifica de legis tantum, não só porque as presunções absolutas são excepcionais como também porque não é obrigatório, segundo o art. 59, do Código Civil de 1916 (cujo espírito se mantém nos arts. 92 e segs., do Código de 2002), que o acessório sempre acompanhe o principal.

O projeto de Código de Obrigações de 1965 esclarecia o assunto, inclinando-se para a relatividade, por admitir prova em contrário. Nesta, como em tantas outras, seria a oportunidade de o novo Código tomar uma definição. Não o tendo feito, deixou em aberto a questão ao sabor das divergências doutrinárias e das vacilações jurisprudenciais. Mais curial será que se tenha a presunção como relativa, não só porque as presunções *iuris et de iure* são excepcionais, ainda o brocardo *sequitur principale* não tem caráter absoluto.

Quando o título é devolvido ao devedor (Código Civil de 2002, art. 324), estabelece-se a presunção de que foi efetuado o pagamento, mas ficará sem efeito a quitação se o credor, dentro de sessenta dias, provar que não se efetuou.

O novo Código mantém o princípio da quitação presumida, que o de 1916 assentava em disposição algo controvertida. O que do artigo se infere é que a entrega do título feita, voluntariamente, estabelece em benefício do devedor a *praesumptio iuris et de iure* de que foi feito o pagamento. Não se verifica em todos os casos, porém naqueles em que a quitação consiste na devolução do título. Assenta a presunção no fato de que o título não estaria, razoavelmente, em poder do devedor sem que este solvesse a obrigação.

Para ilidir a presunção decorrente deste fato, cabe ao credor demonstrar que foi ilegitimamente desapossado do título, e por esta razão veio ele ter às mãos do devedor. Para oferecer tal prova, tem o credor o prazo de sessenta dias. Trata-se de um caso de decadência, que deve ser razoavelmente bem compreendido. Cabe ao credor ingressar em juízo com a ação respectiva, e assim assegurar o seu direito, ainda que a produção efetiva da prova ocorra após decorridos mais de sessenta dias.

Nos termos do artigo 324, a presunção de pagamento é restrita, aqui, à entrega do título da dívida. Dada a quitação por outro meio, por declaração contida em instrumento público ou particular, o credor não está inibido de provar que ela se origina em erro ou dolo, nem fica adstrito ao prazo decadencial de sessenta dias. (Instituições de Direito Civil, vol. II, Ed. Forense, 22. ed., p. 197-198).

Assim sendo, não é porque houve o pagamento do principal que se pode concluir convictamente que houve também o pagamento dos encargos contratuais, eis que se tratando de presunção relativa, poderia a autora comprovar o não pagamento.

Outrossim, tenho que o caso em questão aborda questão *sui generis*, que não exige a aplicação do brocardo jurídico *Accessorium sequitur suum principale* (o acessório segue o principal), porquanto a relação jurídica ora analisada não dá ensejo ao pagamento de encargos contratuais.

Passo a explicar.

O caso vertente, aborda, como já dito, questão *sui generis*, eis que existem, na verdade, duas relações jurídicas diversas, sendo uma entre o Estado e as empresas cedentes e outra entre estas e a empresa cessionária/autora, com naturezas jurídicas diversas e que, por consequência, importam em diferentes efeitos jurídicos.

Na relação jurídica formada entre o Estado e as empresas cedentes, a validade das cessões, como bem ressaltou o julgador monocrático, fica condicionada à existência de um crédito e à obrigação do Estado em pagá-lo, o que decorrerá da comprovação de que o crédito cedido corresponde a um fornecimento específico, ao qual corresponda a emissão de uma nota fiscal, pelo cedente, além da demonstração da realização de serviços pela cessionária, com emissão de sua nota fiscal.

Em consequência, uma vez reconhecida, pelo Estado, a prestação do serviço para o qual as empresas cedentes foram contratadas, surge a obrigação de efetuar o pagamento do crédito a elas devido, nos termos da licitação realizada.

Somente nesse momento o Estado ficará sujeito ao pagamento do crédito, cujo procedimento deve obedecer ao regime de precatório e, apenas em caso de não pagamento, no prazo devido, ficará obrigado ao pagamento dos encargos contratuais, tais como juros e correção monetária.

No caso, não pode o Estado ser obrigado a cumprir obrigações que decorrem, tão somente, da relação jurídica estabelecida entre as empresas cedentes e a cessionária, como é o caso dos encargos contratuais, eis que as notas fiscais emitidas pela cessionária não obrigam ao Estado, que com ela não contratou, mas tão somente as empresas cedentes.

Cumprir ilustrar que a cessionária adquiriu os títulos com toda a sua higidez ou com os seus vícios e, assim sendo, somente terá direito a perceber os créditos cedidos se restar comprovado, pelo Estado, que houve a efetiva prestação dos serviços. Não havendo tal comprovação, resta à cessionária o direito de exigir o seu crédito das empresas cedentes.

Assim, tenho por indevido o pagamento dos encargos contratuais.

Com relação à empresa ZN Marketing, Publicidade e Promoções, não restou comprovada a origem dos créditos, eis que não há nos autos provas suficientes para comprovar a execução dos serviços.

Como bem ressalvado pelo julgador monocrático:

O crédito cedido deve ser relativo a um fornecimento específico, ao qual corresponda a emissão de uma nota fiscal, pelo cedente, além da demonstração da realização de serviços pela cessionária, com emissão de sua nota fiscal, que só interessa ao cedente e não ao Estado.

Repita-se, eventuais notas fiscais emitidas pela cessionária não obrigam ao Estado, que com ela não contratou, e a cessão de crédito depende de sua vinculação com o serviço efetivamente prestado pela cedente e comprovado com a emissão de suas notas fiscais, até mesmo para que seja documentado o pagamento e a quitação dos serviços licitados, à empresa licitante contratada.

A cessão é de direitos oriundos de uma determinada relação jurídica, constituída pelo contrato e cuja obrigação nasce da prestação do serviço, materializado na emissão de notas fiscais das contratantes ao Estado. Sem que essa relação esteja claramente delimitada, não há direitos subjetivos delas nascidos, que possam ser transferidos pela cessão, em cumprimento a uma outra relação jurídica distinta, existente entre cedente e cessionária. (p. 2704)

No caso vertente, vê-se que não há correspondência entre as notas fiscais de f. 211-218, de n. 4133, 4132, 4130, 4131, 4129, 4128, 4126 e 4124 e as mencionadas na Escritura Pública de Cessão de Crédito, que são de n. 1102, no valor de R\$ 188.847,35, n. 1103, no valor de R\$ 257.686,54 e de n. 1104, no valor de R\$ 175.152,19.

Como advertiu o julgador monocrático, *“as notas fiscais mencionadas na Escritura Pública sequer poderiam ter sido emitidas, eis que o valor das notas fiscais descritas no parágrafo anterior totalizam a importância de R\$731.396,00, preço total da licitação, conforme ata de f. 194/195.”*

Desse modo, não há comprovação da origem do crédito, de modo que não pode a autora cobrar o crédito do Estado de Mato Grosso do Sul, ficando-lhe ressalvado, no entanto, o direito de buscar o recebimento do seu crédito junto à empresa cedente, ZN Marketing, Publicidade e Promoções Ltda., em decorrência da real prestação do serviço.

Por fim, resta analisar a questão referente aos honorários advocatícios.

Na sentença recorrida o julgador monocrático reconheceu a sucumbência recíproca entre as partes, determinando a compensação dos honorários.

Outrossim, acompanho o relator no sentido de que neste caso merece aplicação o parágrafo único do art. 21 do CPC, eis que a parte autora decaiu de parte mínima do seu pedido, já que o único crédito que não restou comprovado nos autos foi o decorrente da empresa ZN Marketing, Publicidade e Promoções Ltda., sendo que em relação aos demais créditos houve o pagamento espontâneo no decorrer do processo, o que demonstra que o Estado reconheceu o débito cobrado.

Dessa feita, cabe ao Estado de Mato Grosso do Sul arcar com o pagamento da integralidade das custas processuais e honorários advocatícios, os quais se mostram razoáveis e proporcionais na quantia de R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Pelo exposto, com relação ao recurso da autora, Gráfica e Editora Ruy Barbosa, divirjo do relator apenas em relação aos pagamentos dos encargos contratuais decorrentes do crédito cedido pelas empresas Agilitá Propaganda e Marketing Ltda., Slogan Publicidade Ltda. e B&W3 Propaganda Ltda., o qual entendo que não são devidos e, com relação ao recurso do réu, Estado de Mato Grosso do Sul, acompanho o relator para o fim de negar-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. POR MAIORIA, DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DA GRÁFICA E EDITORA RUY BARBOSA LTDA., VENCIDO O REVISOR EM RELAÇÃO À SUCUMBÊNCIA E, O VOGAL, EM RELAÇÃO AOS ENCARGOS.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ildeu de Souza Campos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Ildeu de Souza Campos, Fernando Mauro Moreira Marinho e Rubens Bergonzi Bossay.

Campo Grande, 24 de agosto de 2009.

Apelação Cível n. 2009.008031-1 - Dourados
Terceira Turma Cível
Relator Des. Ildeu de Souza Campos

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – EXTRAVIO DE BAGAGEM – TRANSPORTE AÉREO – INOBSERVÂNCIA DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO, POR TRANSPORTAR A APELANTE EM BAGAGEM DESPACHADA, PRODUTO QUE DEVERIA SER TRANSPORTADO COMO BAGAGEM DE MÃO – AUSÊNCIA DE PREVISÃO EM LEI – CONTRATAÇÃO DE SEGURO – DEVER DO EXPLORADOR DO SERVIÇO DE TRANSPORTE AÉREO – DANOS MATERIAIS – NÃO APLICAÇÃO DO LIMITE PREVISTO NO CÓDIGO BRASILEIRO DA AERONÁUTICA – DANOS MORAIS – REDUÇÃO – POSSIBILIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - O Código Brasileiro da Aeronáutica prevê a possibilidade do passageiro utilizar da bagagem, seja ela despachada ou conservada em mãos, sem necessidade de discriminar quais objetos podem ser carregados em uma ou outra. III - É da responsabilidade do explorador da atividade de transporte aéreo, para garantir eventual indenização de riscos futuros em relação ao extravio ou avaria de bagagem, a obrigação de contratar seguro. III – O valor indenizatório não pode ser limitado ao fixado no Código Brasileiro da Aeronáutica. V - Considerando a dupla finalidade da condenação em danos morais: atenuar a dor da vítima e servir de sanção ao ofensor, deve-se ter o cuidado para não fixar valor que seja alto demais, contribuindo para o enriquecimento ilícito do ofendido, nem baixo ao ponto de constituir-se em valor irrisório ou aviltante, de forma a desnaturar sua finalidade.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 6 de julho de 2009.

Des. Ildeu de Souza Campos – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ildeu de Souza Campos

Tam - Linhas Aéreas S.A., interpõe recurso de apelação cível, objetivando a reforma da sentença proferida nos autos da ação de indenização, em trâmite perante a 2ª Vara Cível da Comarca de Dourados, neste Estado, que lhe move Unimed Dourados - MS - Cooperativa de Trabalho Médico e outro.

Conforme consta nos autos, narra o apelado, Mauri Alex de Barros Pimentel, que em 16.5.2007 viajou até a cidade de João Pessoa - PB, para participar do 4º Fórum de Tecnologia Infomed, realizado nos dias 17 e 18 de maio, daquele ano. Ao desembargar no aeroporto, dirigiu-se à esteira de rolagem para pegar sua bagagem, quando constatou que uma de suas malas havia sido violada, ocasião em que foi subtraído um “notebook”, de propriedade da apelada Unimed Dourados - MS - Cooperativa de Trabalho Médico.

Sustenta que se dirigiu ao balcão da apelante, para noticiar a ocorrência, porém foi tratado com extremo descaso pelos funcionários, que se limitaram a dizer que a empresa não se responsabilizava por objetos particulares transportados no bagageiro comum da aeronave.

Acrescente o apelado, ainda, que o funcionário da ANAC, Agência Nacional de Aviação Civil, solicitou ao representante da apelante que procedesse a pesagem da mala violada, onde foi constatado um “déficit” de 3,14 Kg da bagagem.

Alega, ainda, que a empresa apelante ofereceu uma indenização no valor de R\$ 110,22 (cento e dez reais e vinte e dois centavos), valor que considerou insignificante, e por se sentir desprezado, ajuizou a ação de reparação de danos morais e materiais.

Submetido a questão à apreciação, o magistrado singular julgou procedente os pedidos iniciais, para condenar a apelante a pagar a apelada Unimed Dourados - MS - Cooperativa de Trabalho Médico, a importância de R\$ 6.620,00 (seis mil e seiscentos e vinte reais), a título de danos materiais, corrigido monetariamente pelo índice IGPM e acrescido de juros moratórios de 1% ao mês, a partir da data da publicação da sentença. Também condenou a apelante a pagar ao apelado, Mauri Alex de Barros Pimentel, a importância de R\$ 20.000,00 (vinte e mil reais), à guisa de danos morais, corrigido nos mesmos parâmetros acima mencionado. Por fim, condenou a apelante ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Pugna a apelante pelo conhecimento e provimento do recurso, argumentando, para tanto: inobservância do contrato de prestação de serviço, quanto ao transporte de objetos como o “notebook”, em bagagem comum; possibilidade de contratação do seguro de bagagem, proporcional ao valor do bem declarado; impossibilidade de reparar dano material, em valor superior àquele previsto na legislação pertinente; ausência de prova dos pertences que realmente estavam na bagagem; inoccorrência de prejuízo moral, e sim mero dissabor; e, por fim, valor indenizatório arbitrado de forma excessiva.

O recurso foi recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo.

VOTO

O Sr. Des. Ildeu de Souza Campos (Relator)

Ao que me parece, a inobservância do apelado, no cumprimento do contrato de prestação de serviço, ao transportar o objeto “notebook”, em bagagem comum, o recurso da apelante não merece provimento, nesta parte, haja vista a ausência de previsão contratual ou legal para tal conduta.

Ainda, a propósito, o próprio Código Brasileiro da Aeronáutica, prevê a possibilidade de o passageiro utilizar o transporte da bagagem, seja ela despachada ou conservada em mãos (artigo 260, da Lei n. 7.565/86), sem necessidade de discriminar quais objetos podem ser carregados em uma ou outra.

Quanto à possibilidade de contratação do seguro de bagagem, proporcional ao valor do bem declarado, o recurso da apelante não merece provimento, nesta parte, porque cabe ao explorador de transporte aéreo, para garantir eventual indenização de riscos futuros, quando ocorrer extravio ou avaria de bagagem, a obrigação de contratar (artigo 281, da Lei n. 7.565/86) tal serviço.

No caso, a apelante não logrou êxito em comprovar a contratação de seguro, nos termos da legislação aeronáutica brasileira, o que lhe impõem a responsabilidade por eventuais danos causados aos consumidores do serviço de transporte aéreo, por ela prestada.

No que toca à impossibilidade de reparar o dano material em valor superior àquele previsto no Código Brasileiro da Aeronáutica, o recurso da apelante não merece provimento, nesta parte, tendo em vista a relação jurídica estabelecida entre as partes, de consumo, aplicando-se as normas do Código de Defesa do Consumidor, quanto ao valor indenizatório, conforme arestos abaixo transcritos:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRANSPORTE RODOVIÁRIO. EXTRAVIO DE BAGAGEM. INDENIZAÇÃO MATERIAL E MORAL. CONFIGURAÇÃO. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça proclama que o Código de Defesa do Consumidor incide em caso de indenização decorrente de extravio de bagagem. 2. *In casu*, resta patente a pretensão da agravante em rediscutir, em sede de recurso especial, os fatos e provas que orientaram as instâncias ordinárias no deslinde da causa, o que encontra óbice no Enunciado n. 07 da Súmula desta Corte. 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag n. 878.886/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 21.10.2008, DJ 17.11.2008 - destaquei).

AGRAVO REGIMENTAL. TRANSPORTE AÉREO DE MERCADORIAS. EXTRAVIO OU PERDA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CONVENÇÃO DE VARSÓVIA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que a responsabilidade civil do transportador aéreo pelo extravio de bagagem ou de carga rege-se pelo Código de Defesa do Consumidor, se o evento se deu em sua vigência, afastando-se a indenização tarifada prevista na Convenção de Varsóvia. Agravo improvido. (AgRg no Ag n. 827.374/MG, Terceira Turma, Rel. Min. Sidney Beneti, julgado em 4.9.2008, DJ 23.9.2008 - destaquei).

No caso, apesar de não haver a apelada, demonstrado inequivocamente o que transportava em sua bagagem despachada, suas alegações presumem-se verdadeiras, porque uma pessoa que viaja para participar de Fórum de Tecnologia deve transportar um “notebook”, em sua bagagem.

Portanto, o ônus de provar o fato extintivo do direito da apelada é da empresa apelante, e aquela comprovou qual foi o dano material alegado na exordial, - aparelho “notebook” - devendo ser condenada ao pagamento de R\$ 6.200,00 (seis mil e duzentos reais), conforme acertadamente fixou o magistrado singular.

Em relação à ausência de prova dos pertences que realmente estavam na bagagem, faço uso dos mesmos fundamentos utilizados para fixar o valor da condenação por danos materiais, e nego o recurso interposto pela apelante, porque as alegações dos apelados, por aplicação do Código de Defesa do Consumidor, presumem-se verdadeiras.

No que diz respeito à inoccorrência de prejuízo moral pela avaria da bagagem, o recurso não merece provimento, nesta parte, tendo em vista que o fato em questão não pode ser interpretado como um mero dissabor, ou simples frustração, e sim, suficiente para abalar psicologicamente o sujeito passivo, inclusive quando contrata os serviços de transporte aéreo, em razão da profissão, gerando o dever de indenizar (artigo 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor e artigos 186 e 927, do Código Civil), conforme arestos abaixo transcrito:

[...] II - De igual forma, subsiste orientação da E. Segunda Seção, na linha de que “a ocorrência de problema técnico é fato previsível, não caracterizando hipótese de caso fortuito ou de força maior”, de modo que “cabe indenização a título de dano moral pelo atraso de voo e extravio de bagagem. O dano decorre da demora, desconforto, aflição e dos transtornos suportados pelo passageiro, não se exigindo prova de tais fatores” (AgRg no Ag n. 442.487-RJ,

Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 9.10.2006). III - Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido também em parte, para restabelecer-se a sentença de primeiro grau, fixada a indenização por dano material em R\$194,90 e, por seu turno, a relativa ao dano moral na quantia de R\$ 5.000,00, atualizáveis a contar da data da decisão do recurso especial. (REsp n. 612.817/MA, Quarta Turma, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, julgado em 20.9.2007, DJ 08.10.2007, p. 287).

[...] Cabe indenização a título de dano moral pelo atraso de voo e extravio de bagagem. O dano decorre da demora, desconforto, aflição e dos transtornos suportados pelo passageiro, não se exigindo prova de tais fatores. Vedado no regimental desenvolver argumento inovador não ventilado no especial. (AgRg no Ag n. 442.487/RJ, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 25.9.2006, DJ 9.10.2006, p. 284).

Portanto, há de ser mantida a condenação por danos materiais, por estarem presentes os elementos essenciais para tal: primeiro, o dano, o abalo emocional do apelado, segundo, o ato ilícito, comprovado pela redução no peso da bagagem, e, por último, o nexo de causalidade, manifestado no contrato de prestação de serviço de transporte aéreo, firmado entre as partes.

Por fim, no que é afeto ao valor indenizatório, o recurso da apelante merece provimento, nesta parte, pois a meu ver, o valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), demonstra ser exagerado.

É que, uma vez comprovada a ocorrência do dano moral, impõe-se verificar, com prudência, o *quantum* a ser fixado em relação ao pedido indenizatório, devendo-se levar em linha de conta, para sua fixação, vários fatores, por ter ela dupla finalidade: confortar a vítima, e servir de punição ao causador do dano.

Mas não fica só nisto. Deve o julgador levar em conta, para a fixação do dano, a sua extensão, o grau de culpa ou dolo do violador, a situação econômica do lesado e a do lesador.

Considerando a dupla finalidade da condenação em danos morais, atenuar a dor da vítima e servir de sanção ao ofensor, deve-se ter o cuidado para não fixar valor que seja alto demais, contribuindo para o enriquecimento ilícito do ofendido, nem baixo ao ponto de constituir-se em valor irrisório ou aviltante, de forma a desnaturar sua finalidade.

A sentença recorrida, na parte relativa à condenação em danos morais, está bem fundamentada. Entretanto, no que tange à fixação do *quantum*, tenho que o magistrado de primeiro grau houve-se com excesso ao fixá-lo em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), e por isto, reduzo-o para R\$ 10.000,00 (dez mil reais), cuja soma parece-me recompensar condignamente os tormentos sofridos pelo apelado.

Nesta seara, esta Corte Estadual julgou:

[...] Comprovada a conduta lesiva da empresa requerida em inscrever indevidamente o nome do autor nos cadastros de restrição ao crédito por dívida que este nem sequer contraiu, está caracterizado o ato ilícito, capaz de gerar o dever de indenizar. Mostrando-se excessivo o valor da indenização por dano moral, cabível a sua redução em observância ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade. Recurso parcialmente provido. (TJ/MS, AC - Ordinário - n. 2008.037743-1, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, julgado em 29.1.2009)

[...] Comprovada a conduta lesiva da empresa requerida que, ao impedir o embarque dos passageiros que estão inadimplentes com a parcela do contrato de transporte, os expõe à situação humilhante e vexatória (art. 42, CDC), está caracterizado o ato ilícito (art. 186, CC), capaz de gerar o dever de indenizar. Mostrando-se excessivo o valor da indenização por dano moral, cabível a sua redução em observância ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade. (TJ/MS, AC - Ordinário - n. 2008.008860-6, Terceira Turma Cível, Rel. designado Des. Paulo Alfeu Puccinelli, julgado em 18.8.2008).

Em assim sendo, acolho o pleito da apelante no sentido de ver reduzida a verba fixada a título de dano moral.

Por estes fundamentos, conheço do presente recurso e dou-lhe parcial provimento, para reduzir o valor indenizatório a título de danos morais, para R\$ 10.000,00 (dez mil reais), mantendo inalterada os demais termos da sentença proferida pelo magistrado singular.

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. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ildeu de Souza Campos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Ildeu de Souza Campos, Rubens Bergonzi Bossay e Oswaldo Rodrigues de Melo.

Campo Grande, 6 de julho de 2009.

Apelação Cível n. 2004.013674-7 - Campo Grande
Primeira Turma Cível
Relator Des. João Maria Lós

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA C/C PERDAS E DANOS E LUCROS CESSANTES – ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA COM GARANTIA HIPOTECÁRIA – QUITAÇÃO PARCIAL – DEDUÇÃO DEVIDA – FALTA DE PROVA – VALOR DO GADO À ÉPOCA – JUROS – CORREÇÃO MONETÁRIA – FALTA DE INTERESSE RECURSAL – EVOLUÇÃO DE ERAS – PRINCÍPIO DA EVENTUALIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A escritura pública é uma espécie de documento público, lavrada em notas de tabelião e, pois, dotado de fé pública, fazendo prova plena. A demonstração de pagamento de obrigação acessória implica na dedução do respectivo valor sobre o *quantum* devido.

Falta interesse recursal à parte quando o magistrado singular decidiu de acordo com a pretensão aventada.

Em razão do princípio da eventualidade, deve o réu deduzir toda a matéria de defesa na contestação, de forma que, não tendo se insurgido no momento adequado contra o pedido de perdas e danos e lucros cessantes, a matéria efetivamente se encontra preclusa.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 30 de junho de 2009.

Des. João Maria Lós – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós

Trata-se de apelação cível interposta por Paulo Ricardo Fenner contra sentença do juiz de primeiro grau que julgou procedente a Ação de Cobrança c/c Perdas e Danos e Lucros Cessantes interposta por Ita Jóias Agropecuárias Ltda., condenando o apelante e Danulce Graeff Fenner ao pagamento do valor equivalente a 450 vacas boiadeiras, a ser apurado em liquidação de sentença, incidindo IGPM a partir daí, mais juros de mora de 0,5% ao mês a partir da citação, mais o pagamento de perdas e danos e lucros cessantes, atinentes a evolução das eras, também apurado em liquidação de sentença, quando então deverá ser convertida em moeda corrente do país ao preço de mercado à época, acrescido de IGPM a partir daí, mais juros de mora de 0,5% ao mês a partir da citação, além da condenação em custas e honorários advocatícios, estes fixados em 10% do valor da condenação.

O apelante interpôs o presente recurso objetivando a reforma da sentença aduzindo que comprou de Arthur Silva Filho a área rural objeto de litígio em 15.06.1994, tendo solvido integralmente a obrigação, além de que o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) foi representado por 700 vacas boiadeiras por imposição e má-fé do apelado, posto que a quantidade correta seria de 250 vacas boiadeiras, estas já pagas.

Alternativamente, requereu seja descontado do valor da condenação o valor correspondente a 70 vacas boiadeiras pagas pelo serviço de corretagem.

Insurge-se ainda contra a condenação alegando que o valor a ser pago deve ser o valor do gado à época do negócio jurídico sem os juros de 18% reclamados na inicial e sem a evolução das eras, uma vez que o contrato foi de compra e venda e não de parceria pecuária.

O apelado, regularmente intimado, apresentou contra-razões às f. 128-132, pugnando pelo não provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator)

Paulo Ricardo Fenner interpõe o presente recurso contra sentença do juiz de primeiro grau que julgou procedente a Ação de Cobrança c/c Perdas e Danos e Lucros Cessantes interposta por Ita Jóias Agropecuárias Ltda., condenando o apelante e Danulce Graeff Fenner ao pagamento do valor equivalente a 450 vacas boiadeiras, a ser apurado em liquidação de sentença, incidindo IGPM a partir daí, mais juros de mora de 0,5% ao mês a partir da citação, mais o pagamento de perdas e danos e lucros cessantes, atinentes à evolução das eras, também apurado em liquidação de sentença, quando então deverá ser tal quantia, convertida em moeda corrente do país ao preço de mercado à época, acrescido de IGPM a partir daí, mais juros de mora de 0,5% ao mês a partir da citação, além da condenação em custas e honorários advocatícios, estes fixados em 10% do valor da condenação.

Extraí-se dos autos que a insurgência do apelante se resume ao não acolhimento pelo magistrado singular da alegação de que o negócio entabulado entre as partes já estaria quitado, assim como o pagamento do serviço de corretagem sobre o mesmo negócio.

Pois bem. Como bem salientado pelo magistrado singular, e segundo os documentos acostados aos autos, o apelante e sua esposa firmaram compromisso de compra e venda com o apelado na data de 5.8.1996 constituído pela escritura pública de compra e venda com pacto adjeto de hipoteca, no qual assumiram o débito de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), representado por 700 vacas boiadeiras, tendo saldado parte da obrigação – 250 vacas boiadeiras – em 10.5.1997, conforme documento de f. 54 dos autos.

Observe-se que o apelante alega que a escritura pública que instruiu o pedido inicial se originou dos negócios firmados nos contratos às f. 46-49 e 50-51, e que nestes ficou faltando apenas o pagamento de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) ou 250 vacas boiadeiras – valor pago em 10.5.1997 (f. 54) – sendo esse o valor que deveria constar da referida escritura e somente não o foi por má-fé do apelado.

Todavia, não obstante suas argumentações, entendo que tais assertivas não merecem prevalecer, visto que, sem embargo de ser ou não a escritura pública decorrente de outra transação, ela é uma espécie de documento público, lavrada em notas de tabelião e, pois, dotado de fé pública, fazendo prova plena (artigo 215, CC/02).

Ademais, os devedores livre e conscientemente concordaram com o valor confessado, munindo o credor de um título certo e exigível. Salvo se comprovar vício da vontade, o que não foi feito no presente processo, o título prevalece.

Assim, estabelecendo-se como certo o valor devido pelo apelante ao apelado representado pela escritura pública de compra e venda acostada à inicial, e tomando-se por base o pagamento parcial de 250 vacas boiadeiras, segundo documento de f. 54, infere-se que ainda são devidas 450 vacas boiadeiras, conforme assente na sentença *a quo*.

Quanto à alegação do apelante de que deveriam ser descontados do valor da condenação as 70 vacas boiadeiras que foram pagas pelo serviço prestado de corretagem, entendo que a sentença merece reforma.

É que a própria autora, ao impugnar a contestação, afirmou categoricamente que “quanto ao compromisso de f. 50-51, trata-se de um instrumento particular no qual o Sr. Arthur se comprometeu a vender para o requerido a área que havia adquirido dos sócios da requerente que por sua vez também não se convalidou tanto que ffo necessário a Escritura Pública de Compra e Venda na qual a autora vendeu para os requeridos a dita área, e na qual os requeridos confessaram para ela um débito garantido pela hipoteca” (f. 64, item II da contestação).

O referido instrumento particular de compromisso de compra e venda de f. 50-541, que originou a escritura pública de compra e venda com pacto de hipoteca de f. 10, foi firmado em junho de 1994, enquanto que a declaração de f. 52, que se refere ao pagamento de 70 vacas por serviço de corretagem, foi firmado no dia 9 de novembro de 1994.

Desse modo, ao contrário do que decidiu a sentença recorrida, o pagamento efetuado pelo apelante ao corretor Orestes Momm, ao que tudo indica – diante da afirmação feita pela autora em impugnação à contestação – estava vinculado ao negócio que originou a presente ação, sendo de se ressaltar que o efetivo pagamento do serviço de corretagem somente se operou no dia 17.3.1998, conforme recibo de f. 53.

Desse modo, deve ser deduzida da condenação imposta na sentença a quantia de 70 vacas boiadeiras que foi paga pelo apelante ao corretor.

Já no que diz respeito à alegação do recorrente que o valor da condenação deve ser o valor do gado à época do negócio jurídico sem os juros de 18%, entendo que lhe **falta interesse recursal** nesta matéria, visto que a sentença é clara ao dispor que os “valores deverão ser apurados em liquidação de sentença, quando então deverá ser convertida em moeda corrente do país ao preço de mercado à época, passando-se a aplicar sobre o valor apurado correção monetária pelo índice IGPM-FGV, acrescido de juros de mora de 0,5% ao mês, a serem aplicados a partir da citação”.

Assim sendo, **não conheço** do recurso nessa parte por faltar à parte interesse recursal.

Em relação à renda de 18% ao ano, verifica-se que estes foram arbitrados conforme pedido na exordial correspondentes ao pagamento de perdas e danos e lucros cessantes, atinentes à evolução de eras e não um encargo a mais além daqueles pretendidos.

Por fim, no que diz respeito à insurgência do apelante na condenação em perdas e danos e lucros cessantes, não vislumbro razão ao recorrente, pois se observa que ao contestar o feito o apelante se limitou a aduzir que cumpriu com a obrigação avençada pelo pagamento total do contrato. Portanto, na contestação, nada aduziu acerca da questão supracitada.

Em razão do princípio da eventualidade, deve o réu deduzir toda a matéria de defesa na contestação, de forma que, não tendo se insurgido no momento adequado a matéria efetivamente se encontra preclusa.

Nesse sentido, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery doutrinam que:

Princípio da eventualidade. Por este princípio, o réu deve alegar, na contestação, todas as defesas que tiver contra o pedido do autor, ainda que sejam incompatíveis entre si, pois na eventualidade de o juiz não acolher uma delas passa a examinar a outra. Caso o réu não alegue, na contestação, tudo o que poderia, terá havido preclusão consumativa, estando impedido de deduzir qualquer outra matéria de defesa depois da contestação, salvo o disposto no CPC 303. A oportunidade, o evento processual para que ele possa defender-se, é a contestação.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que *“o réu deve argüir, na contestação, tudo quanto for necessário à sua defesa; não o tendo feito, inclusive em face do princípio da eventualidade, preclui o seu direito de suscitar, na instância seguinte, o que não fez oportunamente”*. (RSTJ 106/193).

Assim, entendo que o recurso, também nesta parte, não pode ser conhecido, por estar o apelante inovando a matéria deduzida na lide em sede recursal, razão pela qual não conheço do recurso no que diz respeito à condenação do recorrente em perdas e danos e lucros cessantes.

Diante do exposto, conheço parcialmente do recurso e, nesta parte, **dou-lhe parcial provimento**, para exclusivo de deduzir da condenação imposta ao apelante pela sentença recorrida a quantia de 70 vacas boiadeiras, mantendo inalterada a sentença singular quanto aos demais pontos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, CONHECERAM PARCIALMENTE DO RECURSO E, NESTA EXTENSÃO, DERAM-LHE PARCIAL PROVIMENTO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Maria Lós, Divoncir Schreiner Maran e Joenildo de Sousa Chaves.

Campo Grande, 30 de junho de 2009.

Apelação Cível n. 2005.018533-4 - Campo Grande
Primeira Turma Cível
Relator Des. João Maria Lós

E M E N T A – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – REPRESENTAÇÃO COMERCIAL – RESCISÃO CONTRATUAL – JUSTA CAUSA DO REPRESENTANTE RECONHECIDA – RETENÇÃO DAS COMISSÕES – INDEVIDAS, POR AUSÊNCIA DE PROVA DO PREJUÍZO ALEGADO – RECURSO NÃO PROVIDO.

Embora o artigo 37 da Lei n. 4.886/65 conceda expressamente ao representado o direito de retenção das comissões a que fez jus o representante comercial, com o fim de ressarcir-se dos danos que lhe foram causados por ocasião da rescisão contratual por justa causa por este cometida, é imprescindível para o exercício do direito de retenção que o prejuízo fique comprovado e o crédito seja líquido e certo.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 8 de setembro de 2009.

Des. João Maria Lós – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós

Anipro do Brasil S.A. interpõe recurso de apelação cível em face da sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nos autos da ação de indenização que lhe move Cria - Comércio e Representações de Produtos Agropecuários Ltda.

Insurge-se contra a parte da sentença que, embora tenha reconhecido a justa causa para a rescisão do contrato verbal de representação comercial firmado entre as partes, condenou-a ao pagamento de R\$ 6.694,76 à requerente, pelas comissões pendentes à época da rescisão, ante a ausência de comprovação dos alegados danos sofridos que permitisse a retenção das mesmas.

Sustenta que a justa causa para a rescisão do contrato restou cabalmente demonstrada, de tal forma que o seu próprio reconhecimento implica na possibilidade de retenção das comissões em aberto. Alega que tal penalidade é estipulada pela prática dos atos previstos no artigo 35 da Lei n. 4.886/65, independentemente da especificação e da quantificação exata de danos causados.

No mais, aduz que, inobstante magistrado *a quo* tenha dispensado a prova pericial requerida para demonstrar eventuais danos, esta poderá ser feita, mesmo em liquidação de sentença, apenas com a finalidade de quantificar o dano material sofrido.

Argumentou, com base no princípio legal da equidade, que tem direito a receber da apelada a mesma multa rescisória por ela pleiteada na inicial, a qual seria devida acaso a rescisão contratual fosse desmotivada.

Ao final, requereu a reforma da sentença para ser declarada legal a retenção das comissões pendentes, desobrigando-a do pagamento das mesmas, e a condenação da apelada ao pagamento da multa requerida na contestação, custas processuais e honorários advocatícios.

Em contrarrazões, a apelada pugna pela manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator)

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Anipro do Brasil S.A. em face da sentença que, nos autos da ação de indenização que lhe move Cria - Comércio e Representações de Produtos Agropecuários Ltda., julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na exordial para condenar a requerida ao pagamento de R\$ 6.694,76, a título de comissões pendentes no ato da rescisão do contrato verbal de representação comercial firmado entre as partes.

Revelam os autos que a apelada ingressou com a presente ação, pelo rito sumaríssimo, na qual aduz que celebrou em junho de 2002, contrato verbal de representação comercial por tempo indeterminado com a requerida pleiteando o recebimento das comissões não pagas e em aberto no ato da rescisão unilateral, bem como indenização correspondente a 1/12 (um doze avos) do total das comissões auferidas pela autora na vigência do contrato e aviso prévio correspondente a 1/3 (um terço) das comissões auferidas pela autora nos três últimos meses da intermediação, em razão de a apelante ter rescindido o contrato sem justa causa.

Designada audiência conciliatória, não houve acordo entre as partes. Em seguida a requerida apresentou contestação e reconvenção, sendo, ao final, convertido o rito em sumário.

Em sua defesa a apelante justifica que os pagamentos pleiteados na exordial são indevidos, salientando que o contrato de prestação de serviços fora rescindido por justa causa diante da concorrência desleal praticada pela requerente, tendo, inclusive, um processo criminal em andamento para punir tal crime; que houve retenção das comissões para o ressarcimento dos danos causados pela apelada, nos termos dos artigos 35 e 37 da Lei n. 4.886/65; e que a requerente deve ser condenada a pagar à apelante as mesmas quantias a que teria direito, caso tivesse sido demitida sem justa causa, a título de perdas e danos.

Na fase saneadora, restou indeferido o pedido de prova pericial. A audiência de instrução e julgamento ficou prejudicada pela ausência da requerida, de seu patrono e das testemunhas, havendo também desistência do advogado da requerente quanto à oitiva das testemunhas que arrolara.

À f. 142, a requerida requereu nova audiência de instrução, sendo, no entanto, indeferido tal pedido (f. 146).

Os autos foram conclusos para sentença (f. 150-157), e o magistrado singular, com base nos documentos que demonstram a infração cometida pela requerente na atividade de representação comercial, reconheceu a justa causa para a rescisão contratual, porém entendeu ser indevida a retenção, por parte da apelante, das comissões não pagas ante a ausência de demonstração dos danos sofridos. Dessa forma, julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na exordial para condenar a requerida ao pagamento de R\$ 6.694,76, pelas comissões pendentes no ato da rescisão do contrato verbal de representação comercial firmado entre as partes.

Conforme relatado, o presente recurso cinge-se à possibilidade ou não de a empresa representada reter as comissões devidas à autora, em face dos alegados danos causados pelo descumprimento de obrigação contratual.

De início, insta esclarecer que o magistrado sentenciante entendeu que a rescisão contratual por parte da apelante foi ancorada em justo motivo nestes termos:

Daí se vê que o representante legal da requerente, Sr. Kurmann, juntamente com o gerente de produção da requerida e dois clientes desta, constituíram uma empresa concorrente da requerida, sendo que, apesar disso, continuou como representante desta, ainda que através da empresa requerente, o que, a meu ver, não era possível, diante dos interesses altamente conflitantes.

De sorte que, considerando que a requerente, representada pelo Sr. Kurmann, representava e comercializava o mesmo produto produzido e comercializado pela Líquidas Suplementos Minerais Ltda., e da qual o Sr. Kurmann figura como sócio, não tenho dúvidas de que a requerida teve justo motivo para afastar a requerente do seu quadro de representantes. Aliás, esta atitude tomada pela requerida, em relação à requerente, mostra-se imprescindível para a manutenção dos seus negócios, visto que a requerida, sendo representada pelo Sr. Kurmann, que por sua vez é sócio de empresa concorrente, logicamente, prevalecendo dessa condição, com certeza atraiu clientes para esta e não para aquela, o que, infelizmente, infringe expressamente a parte final do art. 28 da Lei n. 4.886/65 (que regula a atividade de representação comercial) e, conseqüentemente, caracteriza a hipótese do inciso “c”, do art. 35, da citada lei. (f. 154).

Em cima desses fatos, a apelante justifica a aplicação do art. 37 da Lei n. 4.886/65, aduzindo que “*é clara a estipulação da penalidade pelas práticas dos atos previstos pelo artigo 35, independentemente da especificação e quantificação exata de danos causados.*” (f. 165).

Pois bem. Dispõe o artigo 37 da citada lei, *in verbis*:

Somente ocorrendo motivo justo para a rescisão do contrato, poderá o representado reter comissões devidas ao representante, com o fim de ressarcir-se de danos por estes causados e, bem assim, nas hipóteses previstas no art. 35, a título de compensação.

Sem dúvida, o preceito esculpido nesse artigo concede expressamente ao representado o direito de retenção das comissões a que fez jus o representante comercial, com o fim de ressarcir-se dos danos que lhe foram causados, quando existente um dos motivos legalmente previstos para a justa rescisão contratual.

Entretanto, para que possa a empresa representada exercer tal direito é imprescindível, além da ocorrência de justo motivo para a rescisão contratual, conforme estabelecido pelo art. 35 da Lei n. 4.886/65, que o seu crédito seja líquido e certo.

Isto porque a compensação a que se refere o aludido art. 37, de certa forma extingue a obrigação existente entre as partes, exigindo, para tanto, o reconhecimento da liquidez e certeza do débito, na forma estabelecida no art. 369 do Código Civil.

Sendo assim, se os danos alegados pela apelante dependem de apuração, verificação ou até mesmo de prévio reconhecimento judicial, a obrigação deixará de ser líquida e não autorizará a compensação.

Aliás, o que se verifica dos autos é que a apelante não se desincumbiu de provar o alegado dano sofrido. Como bem registrou o juízo *a quo* na sentença recorrida, para que haja a mencionada reparação, *in verbis*:

É imprescindível a demonstração dos danos sofridos, o que não fez a requerida. Daí que não há como reconhecer o seu direito de retenção a título de reparação de danos, nos termos do art. 37.

Por conseguinte, considerando que a requerida não impugnou as planilhas de f. 38-39, concernente às comissões pendentes da requerente, bem como o fato da requerida não ter comprovado os danos materiais para socorrer-se da retenção de comissões previstas no art. 37 da Lei n. 4.886/65, tenho que a requerente faz jus ao recebimento de tais comissões, cuja soma representa a monta de R\$ 6.694,76. (f. 156).

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, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

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

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

Campo Grande, 8 de setembro de 2009.

Apelação Cível n. 2007.028544-1 - Campo Grande
Primeira Turma Cível
Relator Des. João Maria Lós

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ACIDENTÁRIA – AUXÍLIO-ACIDENTE – DORT – DISTÚRBIOS OSTEOMUSCULARES RELACIONADOS AO TRABALHO – BANCÁRIO – POSSIBILIDADE DE REVERSÃO DA LESÃO – IRRELEVÂNCIA – REDUÇÃO DA CAPACIDADE LABORAL E NEXO CAUSAL COMPROVADOS – BENEFÍCIO DEVIDO – TERMO INICIAL – DIA SEGUINTE DA CESSAÇÃO DO AUXÍLIO-DOENÇA – RECURSO NÃO PROVIDO.

A Lei n. 8.213/91, art. 86, estatui que o benefício de auxílio-acidente é devido quando demonstrado o nexo de causalidade entre a redução da capacidade laborativa e a função desempenhada pelo autor, afastando a alegação de que se trata de incapacidade temporária e reversível, passível de tratamento.

O termo inicial para o pagamento do auxílio-acidente dar-se-á no dia seguinte ao da cessação do benefício de auxílio-doença, nos termos do § 2º, art. 86 da Lei n. 8.213/91.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 14 de julho de 2009.

Des. João Maria Lós – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós

Instituto Nacional do Seguro Social - INSS interpõe recurso de apelação em face da sentença que, nos autos da ação acidentária ajuizada por Roberta de Sá Almeida, julgou parcialmente procedente os pedidos iniciais para o fim de condenar o requerido a pagar à requerente o auxílio-acidente mensal, correspondente a 50% do salário-de-benefício, a contar do dia seguinte à cessação do auxílio-doença.

Sustenta em síntese que não foram preenchidos os requisitos para a concessão do benefício auxílio-acidente, previstos no artigo 86 da Lei n. 8.213/91, porque de acordo com a prova pericial produzida nos autos a lesão da autora não está consolidada, uma vez que depende de continuidade de tratamento médico.

Alega ainda que o termo inicial do benefício deve ser fixado na data da juntada do laudo pericial em juízo, e não na data da cessação do auxílio-doença.

Regularmente intimada, a apelada apresentou contrarrazões, pugnando pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e improvimento do recurso.

Em decisão monocrática de f. 221-225, neguei seguimento ao recurso interposto por entender que a autarquia apelante deveria recolher o valor do preparo, sendo certo que a E. 1ª Turma Cível deste Tribunal ratificou a referida decisão em razão do agravo regimental interposto, conforme acórdão de f. 239-246. Porém, diante do recurso especial interposto, o Superior Tribunal de Justiça determinou o conhecimento do apelo do INSS (f. 295-297).

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós (Relator)

Trata-se de apelação interposta pelo Instituto Nacional Do Seguro Social - INSS em face da sentença que, nos autos da ação acidentária ajuizada por Roberta de Sá Almeida, julgou parcialmente procedente os pedidos iniciais para o fim de condenar o requerido a pagar à requerente o auxílio-acidente mensal, correspondente a 50% do salário-de-benefício, a contar do dia seguinte à cessação do auxílio-doença.

A insurgência da autarquia apelante, como já relatado, diz respeito à ausência de requisito para a concessão do benefício auxílio-acidente (porque de acordo com a prova pericial produzida nos autos, a lesão da autora não está consolidada, uma vez que depende de continuidade de tratamento médico), assim como ao termo inicial do benefício deve ser fixado na data da juntada do laudo pericial em juízo, e não na data da cessação do auxílio-doença.

No que diz respeito à ausência de requisito para a concessão do benefício auxílio-acidente (consolidação da doença), o apelante sustenta *“que a doença da autora pode ser recuperada ou melhorada através dos tratamentos que já estão sendo executados [...]”* (f. 180).

Porém, na esteira da remansosa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, uma vez comprovada a redução da capacidade e o nexo de causalidade com a atividade desenvolvida – tema que nem sequer é objeto deste recurso –, o segurado faz jus ao auxílio-acidente, não havendo que se condicionar a concessão a uma possível reversão da incapacidade. Nesse sentido, vejamos:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUXÍLIO-ACIDENTE. LESÃO POR ESFORÇO REPETITIVO - LER. FALTA DE INCAPACIDADE. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ.

1. Comprovada a redução da capacidade e o nexo de causalidade com a atividade desenvolvida, o segurado faz jus ao auxílio-acidente, a teor do artigo 86 da Lei n. 8.213/91, não se podendo condicionar a concessão do benefício previdenciário à possível reversão da incapacidade, impondo-se restrição não prevista em lei.

2. Contudo, asseverando o Tribunal de origem que não se constatou a incapacidade laborativa, inviável rever esse posicionamento em sede de recurso especial, pois implicaria em análise do conjunto fático-probatório.

3. Agravo Regimental improvido. (AgRg no Ag n. 596236/SP, Rel. Min. Paulo Gallotti, julgado em 21.10.2004, DJ 6.3.2006, p. 466)

PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO ACIDENTÁRIA. LESÃO POR ESFORÇO REPETITIVO - LER. POSSIBILIDADE DE REVERSÃO DA LESÃO. IRRELEVÂNCIA. REDUÇÃO DA CAPACIDADE LABORAL E NEXO CAUSAL COMPROVADOS. BENEFÍCIO DEVIDO.

1. A Terceira Seção desta Corte, em ambas as Turmas, já firmou o entendimento de que não se pode condicionar a concessão do benefício previdenciário à possível reversão da incapacidade, impondo-se restrição não prevista em lei.

2. Comprovada a redução da capacidade e o nexo de causalidade com a atividade desenvolvida, o segurado faz jus ao auxílio-acidente, a teor do artigo 86 da Lei n. 8.213/91.

3. Precedentes.

4. Recurso provido. (REsp n. 397917/SP, Rel. Min. Paulo Gallotti, julgado em 26.5.2004, DJ 7.11.2005, p. 397)

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. LESÕES POR ESFORÇOS REPETITIVOS - LER. CONCESSÃO DE AUXÍLIO-ACIDENTE. VALORAÇÃO DO LAUDO PERICIAL.

1. A Lei n. 8.213/91, art. 86, estatui que o benefício de auxílio-acidente é devido quando demonstrado o nexo de causalidade entre a redução da capacidade laborativa e a função desempenhada pelo autor, afastando a alegação de que se trata de incapacidade temporária e reversível, passível de tratamento.

2. A mera valoração do laudo pericial conclusivo a existência de nexo de causalidade entre a lesão do autor e a atividade laborativa, com redução da capacidade permanente não implica reexame de prova.

3. Nego provimento ao Agravo Regimental. (AgRg no Ag n. 297479/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, julgado em 8.8.2000, DJ 4.9.2000, p. 193)

Previdenciário. Auxílio-acidente. Lesões por esforços repetitivos - LER. CIRCUNSTÂNCIAS LEGAIS. Natureza da incapacidade laborativa.

- O artigo 86 da Lei n. 8.213/90, regulamentado pela Lei n. 9.032/95, é expresso ao estatuir que o benefício previdenciário do auxílio-acidente é devido quando demonstrado o nexo de causalidade entre a redução de natureza permanente da capacidade laborativa e o desempenho do serviço.

- Revelando o quadro fático que a autora sofre de tenossinovite estenosante do tensor flexor do polegar esquerdo em razão de esforços repetitivos no desempenho de suas atividades laborais - LER -, não se pode afastar a natureza permanente da incapacidade laboral, sob alegação de se tratar de moléstia reversível pela interrupção dos movimentos repetitivos e aplicação de medicamento ambulatorial.

- Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 215621/SP, Rel. Min. Vicente Leal, julgado em 17.2.2000, DJ 8.3.2000, p. 168).

Além disso, da doutrina extraímos a lição de que:

Para a Previdência Social, o dano que enseja direito ao auxílio-acidente é o que acarreta perda ou redução na capacidade de trabalho (redução esta qualitativa ou quantitativa), sem caracterizar a invalidez permanente para todo e qualquer trabalho. Exemplificando, um motorista de ônibus, vítima de acidente de trânsito, do qual resultem seqüelas em seus membros inferiores, que o impossibilitem de continuar dirigindo, estará incapaz definitivamente para a função que exercia, mas não estará totalmente incapaz para toda e qualquer atividade (podendo desenvolver atividades manuais, que não exijam o uso dos membros inferiores). Na hipótese, o segurado terá direito a receber o auxílio-acidente. (CASTRO, Carlos Alberto Pereira de, in **Manual de Direito Previdenciário** – 8ª ed., Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 535).

O exemplo ora utilizado pode ser adaptado para o caso da apelada, bancária por profissão e que adquiriu Distúrbios Osteomusculares Relacionados ao Trabalho – DORT, comumente denominada de LER – Lesões por Esforços Repetitivos.

Como bem ressaltado pelo juízo *a quo*:

Cabe aqui ressaltar que a autora é bancária por profissão, e no banco onde trabalhava exercia a função de caixa. Tal esclarecimento é relevante porque das conclusões finais do perito (f. 119) vê-se claramente que a autora está incapacitada total e permanentemente apenas para o exercício da atividade de caixa e outras que exijam o uso do membro lesionado, sendo perfeitamente possível a ela exercer outras funções, também inerentes à sua profissão, desde que respeitados os limites da sua incapacidade.

Resta evidente, então, que a autora não está totalmente incapaz para o exercício da sua profissão de bancária, mas certamente teve reduzida a capacidade laboral.

Com base nisso, é possível afirmar que o benefício a ser concedido à autora é o auxílio-acidente [...] (f. 170)

Desse modo, irretocável a sentença recorrida nesse aspecto.

No tocante ao termo inicial do benefício, igualmente sem razão o apelante.

É que a tese por ele defendida – termo inicial do auxílio-acidente a partir da data da apresentação do laudo pericial em juízo só ocorre no caso de o segurado não ter recebido anteriormente o auxílio-doença (STJ, AgRg no REsp n. 811272/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Mathias, julgado em 2.4.2009, DJ 1.10.2007, p. 375), o que não é o caso dos autos, visto que a autora percebeu o referido benefício, como confessa o apelante em sua peça de defesa à f. 70.

Isso porque, “o laudo pericial norteia somente o livre convencimento do juiz quanto aos fatos alegados pelas partes, não sendo parâmetro para fixação de termo inicial de aquisição de direitos.” (STJ, AgRg no REsp n. 927074/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 7.5.2009, DJ 15.6.2009).

Sendo assim, o termo inicial do auxílio-acidente é, de fato, o dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença, quando existente.

Nesse sentido:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUXÍLIO-ACIDENTE. TERMO INICIAL. FIXAÇÃO. PRÉVIA CONCESSÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA. RECURSO IMPROVIDO.

1. O termo inicial do auxílio-acidente, quando precedido de auxílio-doença, será o dia seguinte ao da cessação deste último benefício. Precedentes.

2. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag n. 811021/PR, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 26.6.2008, DJ 4.8.2008) (AgRg no Ag n. 99918/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 29.5.2008, DJ 25.8.2008).

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUXÍLIO-ACIDENTE. AUSÊNCIA DE CONCESSÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA E DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. TERMO INICIAL. DATA DA CITAÇÃO.

1. De acordo com o art. 86, § 2º da Lei n. 8.213/91, o auxílio-acidente será devido a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença. 2. Entretanto, não havendo concessão de auxílio-doença, bem como ausente o prévio requerimento administrativo para concessão do auxílio-acidente, como no caso, o termo a quo para o recebimento desse benefício é a data da citação, visto que, a par de o laudo pericial apenas nortear o livre convencimento do Juiz e tão-somente constatar alguma incapacidade ou mal surgidos anteriormente à propositura da ação, é a citação válida que constitui em mora o demandado (art. 219 do CPC). Precedentes do STJ.

3. Agravo Regimental do INSS desprovido. (AgRg no Ag n. 883266/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 4.3.2008, DJ 7.4.2008).

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUXÍLIO-ACIDENTE. AUSÊNCIA DE CONCESSÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA. TERMO INICIAL. DATA DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. De acordo com o art. 86, § 2º da Lei n. 8.213/91, o auxílio-acidente será devido a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença.

2. Não havendo recebimento do auxílio-doença, o auxílio-acidente deve ser concedido a partir da data do requerimento administrativo.

Precedentes do STJ.

3. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no Ag n. 883266/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 4.3.2008, DJ 7.4.2008).

No mesmo sentido, os seguintes arestos deste E. Tribunal de Justiça:

O termo inicial para o pagamento do auxílio-acidente dar-se-á no dia seguinte ao da cessação do benefício de auxílio-doença, nos termos do § 2º, art. 86 da Lei n. 8.213/91. (TJMS, AC – Ordinário – n. 2007.019661-8, Campo Grande, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, julgado em 2.10.2007).

O termo inicial para o pagamento do auxílio-acidente é o do dia seguinte à cessão do auxílio-doença. (TJMS, AC - Sumário - n. 2005.009270-9, Dourados, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, julgado em 24.10.2005).

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, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. DECISÃO COM O PARECER.

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

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

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

Campo Grande, 14 de julho de 2009.

Apelação Cível n. 2007.015510-0 - Campo Grande**Primeira Turma Cível****Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves**

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – DANO MORAL – VINCULAÇÃO DA IMAGEM DO AUTOR COMO PEDÓFILO E SEQUESTRADOR EM PROGRAMA DE TELEVISÃO – ACOLHIDA – RECURSO PROVIDO.

Se vinculam a imagem do autor/apelante em programa de televisão como “suposto” pedófilo e sequestrador e tais fatos são imputados a seu irmão, resta claro o dever de indenizar por dano moral diante do preenchimento de todos os requisitos do ato ilícito (art. 186 c.c. o art. 927, ambos do Código Civil). De outro lado, diante desse fato e levando em conta a ponderação, prevalece o direito à imagem sobre a liberdade de imprensa, já que extrapolou seus limites constitucionais e legais.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 9 de junho de 2009.

Des. Joenildo de Sousa Chaves – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves

Claiton Assunção, irressignado com a decisão do Juiz da 6ª Vara Cível de Campo Grande (f. 598-618) que, na ação de indenização que move em face de Antônio João Hugo Rodrigues e outros, que julgou improcedente o pedido, apela a este Tribunal.

Claiton Assunção traz como pretensão recursal a seguinte tese (f. 630): reforma da decisão monocrática para julgar procedente o pedido trazido na exordial, consistente na condenação dos requeridos/apelados por dano moral decorrente da exposição vexatória de sua imagem.

Os apelados, devidamente intimados (f. 637 e f. 639 v.), apresentaram contrarrazões (f. 641-657 e f. 659-666), manifestando-se pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves (Relator)

Claiton Assunção, irredimido com a decisão do Juiz da 6ª Vara Cível de Campo Grande (f. 598-618) que, na ação de indenização que move em face de Antônio João Hugo Rodrigues e outros, julgou improcedente o pedido, apela a este Tribunal.

Claiton Assunção traz como pretensão recursal a seguinte tese (f. 630): reforma da decisão monocrática para julgar procedente o pedido trazido na exordial, consistente na condenação dos requeridos/apelados por dano moral decorrente da exposição vexatória de sua imagem.

Verifica-se pelos elementos dos autos que:

O irmão do autor/apelante teria sido acusado de pedofilia e de ter sequestrado com a filha (sobrinha do autor). A mãe (ex-esposa do irmão do autor) visando encontrá-los, levou o caso para o programa de televisão “O povo da TV”. No entanto, ao invés de mostrar no ar a foto do irmão do autor, mostraram a foto do próprio autor e na referida reportagem foi noticiado que se tratava de acusação de pedofilia e de sequestro e, portanto, de pedófilo e seqüestrador. O magistrado entendeu que não havia provas do abalo moral e da repercussão do fato no meio social e julgou improcedente o pedido.

Pois bem. O fundamento jurídico (causa de pedir próxima) do caso vertente encontra guarida na teoria do ato ilícito, mais precisamente no artigo 159 do Código Civil ou artigo 186 do novo Código Civil (aplicável à espécie). Não é por demais mencionar que o ato ilícito é praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direito subjetivo individual.

A sua existência requer o preenchimento de quatro requisitos, os quais estão bem delineados no artigo 159 do antigo Código Civil e artigo 186 do novo Código. No dizer de Ricardo Fiúza (**Novo Código Civil Comentado**. Editora Saraiva. 1ª edição; p. 184):

Para que se configure o ato ilícito, será imprescindível que haja: a) fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência; b) ocorrência de um dano patrimonial ou moral; c) nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente.

Em relação ao caso posto à apreciação, o fato controvertido gira em torno do dano e da culpa. Em relação à conduta, o fato é incontroverso, portanto independe de provas e trata de fato confessado implicitamente diante da não resistência quanto a ele com fulcro no art. 302 c.c. inciso II do art. 304 do CPC.

Passo à culpa e ao dano.

Tendo em vista as arbitrariedades cometidas pelo Ente Público, foi necessário engendrar mecanismo para a sociedade, a fim de que houvesse controle sobre sua atuação, já que visa atingir o interesse social e coletivo. No sistema jurídico pátrio este mecanismo “ganhou corpo” após o período da ditadura.

Um dos mecanismos de controle da atuação pública foi a garantia no plano constitucional da liberdade de informação pela imprensa (inciso IV, IX e X do art. 5º c.c. art. 220, todos da CF/88 e que vem desde o art. 11 da Declaração dos Homens e do Cidadão de 1789), de forma que seja livre para relatar a atuação da administração sem que haja censura prévia sobre os fatos ali relatados. A legislação infraconstitucional não poderia mitigar esta liberdade.

Esta é a razão de ser da liberdade de imprensa, que tem não somente a faculdade, mas também o dever de informar sobre a “*coisa pública*”.

Mas não esqueçamos que o cidadão, diante dos excessos do passado e que, também, “ganhou corpo” no sistema jurídico brasileiro após a ditadura, passou a ter a garantia da vida privada e da imagem (inciso V e X do art. 5º da CF/88).

Então, há um equilíbrio entre dois direitos que normalmente se chocam, quais sejam, a liberdade de imprensa e a garantia da vida privada e da imagem das pessoas. Assim, pela aplicação da proporcionalidade deve ser analisado caso a caso para aferição de qual prevalece diante do caso posto à apreciação.

Para o caso posto à apreciação se infere que se buscava encontrar criança levada pelo irmão do autor através de programa televisivo, sendo que além de ter sido mostrada sua imagem (a do autor), vinculam o fato de que a criança estava sendo vítima de pedofilia e de sequestro. Anote-se que ele é apenas o irmão da pessoa que “*supostamente*” teria sequestrado a criança e quem era acusado de pedofilia. O autor não tinha nada a ver com a história.

Levando-se em conta tais premissas, a garantia à vida privada e imagem deve prevalecer em relação à liberdade de imprensa, já que exercida totalmente fora do objeto de seu contrato social e com fins ilícitos e com abuso de direito (art. 189 do Código Civil), já que se visava encontrar criança e o noticiário “descampou” para a informação de que havia suspeita de pedofilia e de sequestro e com vinculação da imagem do autor.

Houve extrapolação, portanto abuso dos limites da liberdade de imprensa.

Veja acórdão do STJ neste sentido:

A responsabilidade civil decorrente de abusos perpetrados por meio da imprensa abrange a colisão de dois direitos fundamentais: a liberdade de informação e a tutela dos direitos da personalidade (honra, imagem e vida privada). A atividade jornalística deve ser livre para informar a sociedade acerca de fatos cotidianos de interesse público, em observância ao princípio constitucional do Estado Democrático de Direito; contudo, o direito de informação não é absoluto, vedando-se a divulgação de notícias falaciosas, que exponham indevidamente a intimidade ou acarretem danos à honra e à imagem dos indivíduos, em ofensa ao fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana. (REsp n. 818764/ES, Quarta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ 12.3.2007).

Críticas à atividade desenvolvida pelo homem público, in casu, o magistrado, são decorrência natural da atividade por ele desenvolvida e não ensejam indenização por danos morais quando baseadas em fatos reais, aferíveis concretamente. (REsp n. 531335/MT, Terceira Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 19.12.2008).

A simples reprodução, por empresa jornalística, de informações constantes na denúncia feita pelo Ministério Público ou no boletim policial de ocorrência consiste em exercício do direito de informar. - Na espécie, contudo, a empresa jornalística, ao reproduzir na manchete do jornal o cognome – “apelido” – do autor, com manifesto proveito econômico, feriu o direito dele ao segredo da vida privada, e atuou com abuso de direito, motivo pelo qual deve reparar os conseqüentes danos morais. (REsp 613374/MG. Ministra Nancy Andrighi. 3ª Turma. DJ 12/09/2005).

Ingerência na vida privada, sem a devida autorização da pessoa, consiste em violar direito de privacidade. 2. Cabe indenização por dano moral pelo uso indevido da imagem que, por se tratar de direito personalíssimo que garante ao indivíduo a prerrogativa de objetar sua exposição, no que se refere à sua privacidade. (REsp n. 440150/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Francisco Façanha Martins, DJ 6.6.2005).

Igualmente pelo TJMG:

A responsabilidade da imprensa está prevista no art. 49, § 2º, da Lei de Imprensa, no sentido de que as notícias devem ser veiculadas retratando a realidade dos fatos, sendo que aquele que no exercício do direito de liberdade de informar, ultrapassa os limites da liberdade de imprensa, através do animus difamandi de maneira sensacionalista, causando prejuízo à honra e à imagem de outrem, fica obrigado a indenizar. (TJMG, Processo n.1.0024.04.492289-6/001, Rel. Hilda Teixeira da Costa).

No meu sentir, resta configurado claramente que a liberdade de imprensa foi praticada fora de seus limites constitucionais e legais, o que fica incontestado de dúvidas que agiu com culpa, porque o senso médio é que houvesse precaução na vinculação do autor nos fatos noticiados. No mínimo, que houvesse informação suficiente de que o “*suposto*” pedófilo não era aquele que estava sendo mostrado pela imprensa televisiva.

Esta cautela não ocorreu e gera flagrantemente a culpa.

Assim, num juízo de ponderação e diante destes fatos praticados pelos requeridos, cai a liberdade de imprensa para pesar mais nos pratos afilados da balança a garantia da vida privada, da honra e da imagem.

Além da ofensa na vida privada de fatos falsos “em relação ao autor” e desprovidos de cautela, revela o dever de indenizar pela culpa diante da aberrante caráter “sensacionalista” da informação.

Em relação ao dano moral, não restam dúvidas de que a vinculação pela imprensa televisiva de pessoa que seja acusada de pedofilia e de sequestro de criança tenha abalo moral, mormente se possui amigos e parentes na Comarca. Se o simples extravio de bagagem gera dano moral, o que não dizer deste fato trazido para apreciação?

Todos estes fatos revelam o enquadramento na teoria do ato ilícito (art. 186 c.c. art. 189 c.c. art. 927 do Código Civil).

Veja-se acórdão do TJMS:

A liberdade de imprensa não é absoluta, sendo limitada pelo direito à intimidade, à vida privada, à honra e à intimidade das pessoas. O jornalista, por ser detentor da prerrogativa de poder utilizar livremente o meio de comunicação social a que tem acesso em razão das prerrogativas de suas funções, não está acima do bem e do mal, e deve obediência, antes de tudo, à Constituição Federal, que protege o direito à intimidade e à honra como valores inalienáveis do homem. Assim, aquele que no exercício da liberdade de manifestação de pensamento, mediante dolo ou culpa, causar prejuízo ou violar direitos de outrem, deverá reparar o dano causado. Quando dois direitos constitucionalmente protegidos - liberdade de imprensa e direito à imagem - entram em aparente conflito, deve-se proceder à ponderação das circunstâncias do caso concreto para se chegar à conclusão a respeito do prevalecimento de um direito sobre o outro. A veiculação da notícia, ainda que provinda de registros públicos, mostra-se abusiva, na medida em que acrescentou, sem qualquer interesse social, juízo depreciativo acerca da autora, com intenção nitidamente sensacionalista, submetendo-a publicamente à situação vexatória. Neste caso, o direito à liberdade de informação cede lugar ao direito à imagem e tem-se, nesta hipótese, dano moral. A lesão a direitos de natureza moral cometidos no exercício de liberdade de informação merece ser rechaçada mediante a fixação de indenização que repare efetivamente o dano sofrido, devendo ser apurado o valor respectivo em cada caso concreto, porquanto sua fixação depende das circunstâncias e peculiaridades da espécie, levando o julgador em consideração a gravidade da informação veiculada, a sua repercussão, o momento em que ocorreu, a vítima do ato ilícito, etc. De toda forma, o quantum indenizatório deve assegurar

a justa reparação do prejuízo sem proporcionar enriquecimento sem causa do ofendido, além de levar em conta a capacidade econômica do réu, devendo ser arbitrado pelo juiz de maneira que a composição do dano seja proporcional à ofensa. (TJMS, AC n. 2009.001707-1, Rel. Des. Dorival Renato Pavan).

A notícia seja “colocada à disposição do público com as cautelas e reservas que o direito individual exige. Como não se desconhece, a Carta Magna, ao mesmo tempo que garante a liberdade de informação, assegura o direito à imagem, à intimidade, à vida privada e à honra das pessoas (art. 5.º, incs. V e X). Mas essas garantias não se anulam nem colidem umas com as outras. Devem, em verdade, harmonizar-se. Significa que o direito de informar encontra limite no direito individual da pessoa à imagem, à intimidade, à honra e à vida privada. (TJMS, AC n. 2003.013437-9, Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins).

Autoriza a indenização por danos morais, por caracterizar ofensa à honra, a notícia publicada na imprensa que ultrapassa o simples intuito informativo e extrapola a normalidade ou a fidelidade dos fatos, como ocorre com a publicação em jornal de esquema gráfico relacionando de forma estratégica os nomes de pessoas envolvidas em investigação feita pela polícia federal com o nome e a foto do recorrente, dando a impressão de que este também fez parte da organização investigada. (TJMS, AC n. 2007.005330-1, Des. Atapoã da Costa Feliz).

Igualmente no STJ:

A responsabilidade civil decorrente de abusos perpetrados por meio da imprensa abrange a colisão de dois direitos fundamentais: a liberdade de informação e a tutela dos direitos da personalidade (honra, imagem e vida privada). A atividade jornalística deve ser livre para informar a sociedade acerca de fatos cotidianos de interesse público, em observância ao princípio constitucional do Estado Democrático de Direito; contudo, o direito de informação não é absoluto, vedando-se a divulgação de notícias falaciosas, que exponham indevidamente a intimidade ou acarretem danos à honra e à imagem dos indivíduos, em ofensa ao fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana. [...]. (STJ/ES, REsp n. 818.764, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ 12.3.2007).

Vejam-se acórdãos doutros Tribunais neste sentido:

Imprensa. Dano moral. Reportagem que se pretende apenas relatar fatos reais, mas que contem inverdades, ofensivas ao apelado. Não sujeição aos limites estabelecidos na Lei de Imprensa, por não ser a ação calcada no disposto nos arts. 57, c/c 16, II e IV, e 18. A liberdade de imprensa deve, sempre, vir junto com a responsabilidade da imprensa, de molde a que, em contrapartida ao poder/dever de informar, exista a obrigação de divulgar a verdade, preservando-se a honra alheia, ainda que subjetiva. Quem, a pretexto de noticiar depoimento prestado por terceiro, insere palavras nele não contidas, de molde a agravar as acusações feitas ao apelado, ofende sua honra e fica obrigado a indenizar. A Ação Indenizatória por dano moral prevista na Lei de Imprensa é somente aquela proposta com amparo no seu art. 57, que a defere nos casos previstos nos arts. 16, II e IV, e 18. Tendo a Constituição Federal assegurado o direito à indenização, por violação da honra, a ação de indenização correspondente tem por base a Lei Civil, e não a Lei de Imprensa, não sendo aplicável a limitação de valores contida no seu art. 51. (TJRJ, AC n. 2000.001.04542, Décima Quinta Câmara Cível).

A notícia negativa veiculada em jornal, que ultrapassa os limites da divulgação e da informação e atinge a honra da pessoa, é passível de reparação por danos morais. (TJMG, AC n. 1.0647.04.044740-9/001).

A responsabilidade da imprensa está prevista no art. 49, § 2º, da Lei de Imprensa, no sentido de que as notícias devem ser veiculadas retratando a realidade dos fatos, sendo que aquele que no exercício do direito de liberdade de informar, ultrapassa os limites da liberdade de imprensa, através do *animus difamandi* de maneira sensacionalista, causando prejuízo à honra e à imagem de outrem, fica obrigado a indenizar. (TJMG, AC n. 1.0024.04.492289-6/001);

Imprensa. Dano moral. Reportagem que atribui, como motivo de separação de casal, a existência de romance do varão com outra mulher ofende a honra subjetiva dos por ela atingidos. Não sujeição aos limites estabelecidos na “Lei de Imprensa”, por não se tratar de ato culposos. Entendimento do art. 51 daquele diploma legal. A liberdade de imprensa deve, sempre, vir junto com a responsabilidade da imprensa, de molde a que, em contrapartida ao poder-dever de informar, exista a obrigação de divulgar a verdade, preservando-se a honra alheia, ainda que subjetiva. Indenização fixada em valor equivalente a 500 (quinhentos) salários, para cada autor, que se apresenta razoável. (TJRJ, AC n. 1999.001.13153).

A liberdade de imprensa constitui garantia constitucional, e os jornalistas podem evidentemente manifestar sua opinião sobre debate entre os candidatos realizado por meio de rede nacional de televisão, porque tudo que melhore a informação dos eleitores é útil para o aperfeiçoamento da vida política nacional. Não obstante isso, o Estado deve podar os excessos cometidos em nome da liberdade de imprensa sempre que possam comprometer o processo eleitoral. Quando, no período que antecede o segundo turno da eleição presidencial, o jornalista falando por rádio (mídia que propaga idéias mas também transmite emoções), vê um candidato com óculos de lentes cor de rosa, e faz a caricatura do outro com expressões que denigrem (“socialismo deformado”, “populismo estadista”, “getulismo tardio”), a liberdade de imprensa é mal utilizada, e deve ser objeto de controle. (TSE, Acórdão n. 1256)

Nas publicações, admite-se o *animus narrandi* que não exceda os limites necessários e efetivos da narrativa. Ultrapassados referidos limites, é que surge o *animus injuriandi*, a caracterizar abuso da liberdade de imprensa, de molde a acarretar ressarcimento de dano moral. (TJMG, AC n. 1.0024.04.456871-5/001).

A liberdade de imprensa impõe a responsabilidade do jornalista, que tem o dever de apurar a veracidade dos fatos, antes de divulgá-los, sendo punível o uso de expressões ambíguas, reticentes ou duvidosas, que incutem no leitor dúvida quanto ao comportamento ético da pessoa a que se refere a notícia. (TJRJ, AC n. 1995.001.08716).

Liberdade de informação. Prerrogativa constitucional que não se reveste de caráter absoluto. Situação de antagonismo entre o direito de informar e os postulados da dignidade da pessoa humana e da integridade da honra e da imagem. a liberdade de imprensa em face dos direitos da personalidade. Colisão entre direitos fundamentais, que se resolve, em cada caso, pelo método da ponderação concreta de valores. Magistério da doutrina. O exercício abusivo da liberdade de informar, de que resulte injusto gravame ao patrimônio moral/material e à dignidade da pessoa lesada, assegura, ao ofendido, o direito à reparação civil, por efeito do que determina a própria constituição da república (CF, art. 5º, incisos v e x). Inocorrência, em tal hipótese, de indevida restrição judicial à liberdade de imprensa. Não-recepção do art. 52 e do art. 56, ambos da lei de imprensa, por incompatibilidade com a constituição de dano moral. (STF, Decisão da presidência n. 595395).

A liberdade de manifestação do pensamento e o direito da imprensa prestar informações à comunidade devem estar contidos e amoldados, necessariamente, aos limites ditados pela lei, de forma a não causar lesões ou prejuízos aos direitos do cidadão. Ofensa irrogada a funcionário publica qualificado, injusta, tem repercussão danosa, e merece reparada, convenientemente, como sanção civil, até mesmo para chamar aos brios o ofensor leviano, para que não pratique mais atos da espécie, degradantes. (TJRJ, AC n. 1994.001.05975).

Ademais, é inconteste que não se deve conceber a idéia de que profissionais da imprensa tenham a ampla liberdade de agredir a boa fama e a imagem das pessoas, nem se pode aceitar a leviandade com que, em algumas oportunidades, a mídia vem se portando, respaldada em um equivocado direito de informação, que não é ilimitado como pretendem os profissionais da imprensa, encontrando limites no respeito à dignidade das pessoas. (TJMG, AC n. 2.0000.00.310116-2/000).

Limites da liberdade de expressão da imprensa e do direito de informar ultrapassados, transmutando o exercício regular em abuso de direito, ato censurável como ilícito civil-constitucional pela ordem jurídica pátria (arts. 5, X da CRFB/88 e 186 do Código Civil/2002). As notícias desonrosas publicadas pelo apelante de forma abusiva, configuram danos morais perpetrados à autora, mãe do menor falecido, por direito próprio, malferindo a norma do art. 5, X da CRFB/88, por negligência e imprudência do lesante, na medida em que desrespeitam seu direito da personalidade causando-lhe vergonha e humilhações perante a sociedade que integra (TJRJ, AC n. 2007.001.45271).

Por fim, em relação ao *quantum* a ser arbitrado a título de danos morais, ele deve ser em valor proporcional ao mal causado e medida coercitiva, de forma que os requeridos parem de lesar o meio social. O valor deve “*pegar no bolso*” a fim de que sirva de freio às condutas ilegais praticadas pelos requeridos.

Assim, entendo que o valor a ser arbitrado deve ser R\$ 10.000,00, de forma solidária para os requeridos/apelados.

Posto isso e mais o que dos autos consta, julgo procedente o pedido para condenar os requeridos solidariamente a indenizar o autor na quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de danos morais, a ser acrescido de juros de mora de 1% a contar da citação e de correção monetária pelo IGPM, a contar do arbitramento (Súmula 362 do STJ). Condeno os requeridos ao pagamento de custas processuais e de honorários que fixo em 10% do valor atualizado da condenação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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, 9 de junho de 2009.

Apelação Cível n. 2008.019221-1 - Campo Grande
Primeira Turma Cível
Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – CHEQUE EXTRAVIADO – DEVOLUÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE FUNDOS – ASSINATURA FALSA – INSCRIÇÃO EM CADASTROS DE INADIMPLENTES – INDEVIDA – DANO MORAL EVIDENCIADO – DANOS MORAIS COMPROVADOS – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – REDUÇÃO DO QUANTUM – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Cabe à instituição financeira, antes de proceder à negativação do nome do correntista em órgãos de proteção ao crédito, certificar-se da autenticidade da assinatura do emitente do cheque, sob pena de responder pelos danos morais daí decorrentes.

O dano moral decorrente da ofensa é presumido, não sendo necessária a produção de prova para sua demonstração, basta a ocorrência da inscrição indevida do nome de consumidor em órgão de proteção de crédito, para gerar o dever de indenizar.

Não existindo parâmetros para a fixação do valor do dano, a indenização por danos morais deve ser fixada pelo julgador segundo os princípios de razoabilidade e proporcionalidade, de modo a evitar a configuração de enriquecimento ilícito, devendo atender sempre à função compensatória ao ofendido e punitiva ao ofensor.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 1 de setembro de 2009.

Des. Joenildo de Sousa Chaves – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves

Banco do Brasil S.A., inconformado com a decisão que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nos autos da ação de indenização por danos morais com pedido de tutela antecipada que lhe movem Jenner Luis Puia Ferreira e Christiane Areias Trindade Ferreira, apela a este Tribunal.

Alega não ser parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda, porquanto não ocasionou o dano reclamado pelos apelados, uma vez que seus atos foram praticados em estrita observância a legislação e as cláusulas que regem o contrato celebrado entre as partes, não havendo respaldo jurídico para ser responsabilizado por atos praticados por terceiro.

Afirma que em nenhum momento restou demonstrado que os recorridos passaram por qualquer evento vexatório que pudesse eventualmente ferir sua moral.

Sustenta ausência de nexo causal, porquanto o que gerou a situação foi a emissão do cheque por um suposto agente criminoso, e não a devolução, pois o banco cumpriu com o que fora pactuado. Ademais, conforme se extrai do direito pátrio, os bancos não se responsabilizam pelo pagamento dos cheques perdidos, extraviados, falsos ou falsificados, se a assinatura do emitente não for facilmente reconhecível em confronto com a existente em seus registros.

Entende que o *quantum* indenizatório fora arbitrado de forma excessiva, devendo ser observado o grau de reprovação da conduta lesiva, a intensidade e durabilidade do dano sofrido e a capacidade econômica do ofendido, de modo a evitar o enriquecimento sem causa dos apelados.

Prequestiona o artigo 927 do Código Civil.

Pugna pelo conhecimento e provimento do recurso para o fim de exonerar o recorrente da condenação em indenização por danos morais, condenando o apelado em custas e honorários advocatícios. Caso assim não entenda, requer a redução do *quantum* indenizatório.

Os apelados apresentaram contrarrazões, onde pugnam pelo improvimento do recurso e manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves (Relator)

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Banco do Brasil S.A. contra sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados nos autos da ação de indenização por danos morais com pedido de tutela antecipada que lhe movem os apelados.

Constam nos autos que os apelados são correntistas do banco apelante desde 1998, e tiveram seus nomes incluídos nos cadastros restritivos de crédito em razão da emissão de cheque sem fundo.

Ocorre que os apelados não assinaram o cheque devolvido, sendo, portanto, ilegal a inscrição.

O magistrado singular julgou parcialmente procedente a ação para o fim de condenar o requerido a pagar ao autor Jenner Luis Puia Ferreira, a título de indenização por danos morais, o valor de R\$ 15.000,00, acrescidos de juros e correção monetária. O pedido da autora foi indeferido.

Inicialmente, tenho que a preliminar de ilegitimidade passiva alegada pelo apelante se confunde com o mérito e com ele será analisado.

Pois bem. Tenho que o recurso merece parcial provimento.

A relação jurídica estabelecida entre as partes é de consumo, haja vista que o apelante realiza serviço de natureza creditícia, portanto, a responsabilidade civil é objetiva, à luz do artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor.

Corroborando este entendimento, a Súmula 297, do Superior Tribunal de Justiça, orienta: *O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.*

Analisando a conduta do apelante, não há como deixar de reconhecer que este agiu de forma negligente, já que em momento algum demonstrou ter tomado as providências e cautelas necessárias no sentido de averiguar autenticidade da assinatura.

É cediço que diante da massificação das atividades financeiras, essas instituições passaram a dispensar uma atenção cada vez menor com a conferência da documentação e das informações prestadas, sempre na intenção desenfreada de angariar mais clientes e obter maiores lucros.

Como visto, não restou comprovado qualquer ato de verificação por parte da instituição financeira para se certificar se era dos apelados a assinatura constante no cheque. Assim, não pode o apelante se eximir de suas responsabilidades perante a pessoa que efetivamente foi atingida pela inscrição indevida de seu nome nos cadastros restritivos, na suposição de que teria emitido cheques que não tinham fundos, quando tal nunca ocorreu.

A questão, ora submetida à reapreciação desta Corte, já foi objeto de análise pelo Colendo STJ por diversas vezes, sempre no sentido de que cabe ao banco a conferência das assinaturas para que não ocorra a indevida negatização do nome do cliente.

Nesse sentido:

BANCO.CHEQUE.FALSO.FALTA DE CONFERÊNCIA.CONTA ENCERRADA. O fato de estar encerrada a conta não exonera o banco de verificar a convergência das assinaturas, uma vez que a devolução por conta encerrada pressupõe a legitimidade do documento e leva à inscrição do nome do devedor no banco de inadimplentes. Essa obrigação existe, ainda que o Banco não tenha recebido aviso de furto do cheque. Recurso conhecido e provido. (STJ, REsp n. 494.370, Quarta Turma, Rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, julgado em 17.6.2003).

CIVIL. PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMISSÃO FRAUDULENTA DE CHEQUES. CONTA ENCERRADA. FALTA DE CONFERÊNCIA. RESPONSABILIDADE DO BANCO PELA INSCRIÇÃO EM CADASTRO NEGATIVO. DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA. FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO. [...] 3 - No que diz respeito à insurgência com fulcro na alínea “c”, o recurso merece ser conhecido e provido. De fato, conforme precedentes desta Corte, constitui ato ilícito a falta de verificação da assinatura aposta em cheque furtado, ensejando a irregular inscrição do nome do correntista nos cadastros de proteção ao crédito, mesmo com a conta encerrada. Cfr: AgRg no Ag n. 670.523/RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 26.9.2005; REsp n. 494.370/RS, Rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, DJ 1.9.2003; Ag n. 551.063/, Rel. Min. Barros Monteiro; Ag n. 443.824/PR, Rel. Min. Castro Filho; Ag n. 551.586/RO, Rel. Min. Nanacy Andriighi. 4 - Demonstrada a inscrição indevida do nome do autor nos órgãos de proteção ao crédito e a ilicitude da conduta do recorrido, resta presumida a ocorrência do dano moral e o dever de reparação. [...] 6 - Recurso conhecido pela alínea “c” e, nesta parte, provido. (STJ, REsp n. 769.488/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, julgado em 7.2.2006).

Descurou-se o banco apelante do cuidado objetivo exigível no caso concreto, nascendo daí a inexistência da relação jurídica que retirou a legitimidade ou legalidade da inscrição do nome do autor nos cadastros restritivos de crédito.

Assim, comprovada a conduta negligente, o dano causado ao apelado que teve o seu nome inscrito no SPC, SERASA e CCF, bem como o nexo de causalidade, correta a sentença de primeiro grau que condenou o apelante ao pagamento de indenização por danos morais.

Ademais disso, tenho que o dano indenizável aqui exposto é daqueles denominado dano moral puro, ou seja, a ofensa decorre do simples lançamento indevido do nome do consumidor nos cadastros de inadimplentes, independentemente de comprovação de prejuízo material, dado que a obrigação de reparar o dano nasce com a ofensa à honra subjetiva.

Portanto, em se tratando de reparabilidade de **dano moral**, torna-se desnecessária a produção de prova acerca da efetividade do dano, por serem seus efeitos presumidos, já que a inscrição indevida, por si só, tem o condão de ocasionar danos morais.

Em relação à determinação da quantia arbitrada, sabe-se que não há no ordenamento jurídico parâmetros legais rígidos para o *quantum* a ser fixado para a indenização por dano moral, esta é uma questão subjetiva, que deve apenas obedecer a alguns critérios estabelecidos pela doutrina e jurisprudência, devendo constituir-se em compensação ao ofendido e adequado desestímulo ao ofensor.

Portanto, na quantificação do dano moral deve-se valer de critérios de razoabilidade, considerando-se não só as condições econômicas do ofensor e do ofendido, mas o grau da ofensa e suas conseqüências, para que não constitua a reparação do dano, em fonte de enriquecimento ilícito para o ofendido, mantendo uma proporcionalidade entre causa e efeito.

Posto isto, apesar do apelante ser conhecido nacionalmente e possuir um expressivo patrimônio, entendo que o *quantum* indenizatório arbitrado em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) não fora fixado razoavelmente, sendo excessivamente elevado, a ponto de ocasionar o enriquecimento sem causa dos apelados.

Nesse contexto, considerando a realidade da vida e as peculiaridades do caso concreto, e em observação ao grau de culpa, a lesividade do ato e a repercussão da ofensa, tenho como justo o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) fixados pelos danos morais.

Esse *quantum*, além de ser perfeitamente possível de ser reparado pelo apelante, compensa, condignamente, os tormentos sofridos pelo apelado, em razão dos dissabores causados pelo evento ocorrido, mostrando-se em perfeita coerência com casos análogos apreciados por este Tribunal.

Por fim, no que toca ao prequestionamento dos dispositivos legais mencionados pelo apelante, não há necessidade deste Colegiado justificar sua aplicação, porquanto todas as matérias jurídicas deduzidas no recurso foram resolvidas.

Por tais razões, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento tão- somente para reduzir o valor arbitrado para a indenização por danos morais para R\$ 10.000,00 (dez mil reais), mantendo-se no mais a 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. João Maria Lós.

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 Maranhão.

Campo Grande, 1 de setembro de 2009.

Apelação Cível n. 2008.023481-8 - Campo Grande**Primeira Turma Cível****Relator Des. Joenildo de Sousa Chaves**

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO – FURTO DE VEÍCULO SUPOSTAMENTE FORA DA ÁREA DE COBERTURA – INTERPRETAÇÃO E INFORMAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS – CLÁUSULA LIMITATIVA DO DIREITO DO CONSUMIDOR – DEVER DE INFORMAÇÃO DA SEGURADORA – INDENIZAÇÃO DEVIDA – JUROS MORATÓRIOS – INCIDÊNCIA A PARTIR DA CITAÇÃO – MULTA DE 10% DO ART. 475-J DO CPC – INTIMAÇÃO PRÉVIA DO DEVEDOR PARA CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – DESNECESSIDADE – PRAZO DE 15 DIAS CONTADOS A PARTIR DO TRÂNSITO EM JULGADO – RECURSO CONHECIDO E EM PEQUENA PARTE PROVIDO.

As informações prestadas ao consumidor e as cláusulas constantes do contrato de seguro devem ser claras e precisas, devendo ser respeitadas as normas dispostas nos artigos 421, 422 e 423 do Código Civil e nos artigos 46, 47 e 51, inc. IV, do Código de Defesa do Consumidor.

Cláusula restritiva ou limitativa do direito do consumidor deve ser redigida de forma destacada nos contratos de adesão, sendo dever do contratado e direito do consumidor (contratante) obter todas as informações inequivocamente, nos termos do art. 54, § 4º, do CDC.

Consoante disposição do art. 47 do CDC *“As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”*.

Os juros de mora são devidos a partir da citação em caso de ilícito contratual (art. 405 do Código Civil).

A multa de 10% prevista no art. 475-J do CPC independe de prévia intimação do devedor ou de seu procurador para cumprimento da decisão condenatória, bastando para tanto o trânsito em julgado.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 1º de setembro de 2009.

Des. Joenildo de Sousa Chaves – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves

Bradesco Seguros S.A., inconformada com a sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na presente *ação de cobrança* que lhe move Rodrigo dos Santos Varrichio, interpõe recurso de apelação.

Traz a apelante como pretensão recursal as seguintes teses: necessidade de reforma da sentença ante o patente agravamento de risco pelo segurado, que não informou no momento da celebração do contrato que circulava com seu veículo habitualmente na cidade de São Paulo; quanto à correção monetária, requer seja observada a data da propositura da ação, e em relação aos juros, devem incidir a partir da citação; quanto à aplicação da multa prevista no art. 475-J do CPC, deve ser intimada pessoalmente da decisão final, não havendo falar que o prazo para cumprimento da sentença passa a correr a partir do trânsito em julgado.

Contrarrazões às f. 233-241.

VOTO

O Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Bradesco Seguros S.A., em face da sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na presente ação de cobrança que lhe move Rodrigo dos Santos Varrichio.

Pois bem, cuida-se os autos de ação de cobrança de seguro promovida pelo apelado, objetivando o recebimento da indenização referente aos danos sofridos em virtude do furto de seu veículo, objeto de seguro junto à apelante, na cidade de São Paulo/SP.

O magistrado singular julgou parcialmente procedente o pedido inicial, dentre outros, sob o principal argumento de que *“A partir do momento em que a seguradora deixou de providenciar de forma prévia a devida análise do local de circulação do veículo, não solicitando de modo preciso essa informação ao consumidor, a mesma perdeu o direito de alegar esse argumento caso fosse pretendida a indenização do seguro, o que efetivamente ocorreu”*.

A meu juízo a pretensão recursal é improcedente, devendo ser prestigiada a sentença *a quo*.

Extrai-se dos autos que o apelado aderiu a um plano de seguro junto à apelante, em 19.9.2001, referente ao veículo VW Saveiro CL 1.6 MI, placa CLD-0514, com prazo de duração de um ano, sendo que referido automóvel foi furtado na cidade de São Paulo em 28.3.2002.

Referida apólice previa uma cobertura bastante ampla, inclusive constando das condições gerais (f.12) os seguintes dizeres:

Disposições Gerais

Com o Auto Bem Seguro BCN – Valor Determinado, o veículo segurado está coberto em todo o território brasileiro e nos países do Mercosul (Argentina, Paraguai e Uruguai).

Portanto, sendo o veículo segurado furtado na cidade de São Paulo/SP, que é território brasileiro, por óbvio, entendeu (corretamente) o apelado estar dentro da área de cobertura contratada, tal como previsto nas condições gerais do seguro. Tanto é assim que registrou a ocorrência perante a autoridade policial (f.13), obteve a certidão de não localização do automóvel (f.14) e ao solicitar o pagamento da indenização respectiva, administrativamente, junto à Seguradora, teve como resposta *“Em face do acima exposto, estamos encerrando o processo sem o pagamento da indenização reclamada, permanecendo à sua disposição para outros esclarecimentos que se fizerem necessários”* (f.15), o que realmente é inaceitável.

Diante disso, muito bem concluiu o magistrado na sentença criticada (f. 200):

A partir do momento em que a seguradora deixou de providenciar de forma prévia a devida análise do local de circulação do veículo, não solicitando de modo preciso essa informação ao consumidor, a mesma perdeu o direito de alegar esse argumento caso fosse pretendida a indenização do seguro, o que efetivamente ocorreu.

Ora, se a seguradora não se preocupou em saber se o veículo circularia de forma habitual em outra localidade não coincidente exclusivamente com o endereço de domicílio do segurado, não pode agora, depois que o veículo foi furtado em outro local, sustentar o não pagamento da indenização por omissão dessa circunstância pelo segurado.

Eventual cláusula de limitação da área de abrangência do seguro deveria ser apresentada de forma clara e precisa (CDC, art. 54, § 4º), evitando-se interpretação equivocada por parte do consumidor, o qual acreditava, que independentemente da indicação do local de circulação habitual do veículo, o mesmo seria indenizado por eventual dano onde quer que o mesmo se encontrasse.

Tal interpretação pode ser facilmente atribuída ao primeiro parágrafo das disposições gerais da apólice, a qual estabelecida que ‘o veículo segurado está coberto em todo o território brasileiro e nos países do Mercosul (Argentina, Paraguai e Uruguai)’.

A fraude tarifária somente se configura na hipótese de existir comprovada má-fé por parte do segurado, o que não ocorre na presente situação, em que se verifica de forma evidente a residência do requerente nesta cidade de Campo Grande-MS, conforme informado no contrato, dirigindo-se o mesmo à cidade de São Paulo-SP apenas para fins profissionais, sendo que essa informação não restou indicada no contrato por mera desídia da seguradora.

Sendo assim, não me parece correta a conclusão tomada pela apelante no âmbito administrativo, ao negar o pagamento do seguro.

Com a reconstrução do direito privado levada a efeito mundialmente a partir da segunda metade do século passado, e no Brasil, especialmente após a Constituição Federal de 1988, o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil, noções como probidade, boa-fé objetiva e função social dos contratos, tornaram-se mais evidentes e de observância obrigatória.

Nesse sentido, é clara a abusividade e ilegalidade na conduta da apelante em recusar o pagamento de indenização ao apelado, restando inquestionável a infringência da boa-fé objetiva dos contratos e seus deveres anexos.

Não se deixa de reconhecer, infelizmente, que o fato descrito na exordial configura a perversa realidade do mercado a que são submetidos os consumidores brasileiros, desrespeitados todos os dias nos mais diversos setores pela nefasta atuação de poderosos grupos econômicos.

É inadmissível que uma empresa do porte, patrimônio e pressuposta organização, como a apelante, se negue a cumprir uma obrigação contratual livremente pactuada, obrigando o recorrido a ajuizar uma demanda judicial para ver reconhecido um direito seu que desde o início apresentava-se inquestionável.

Para ilustrar o que até agora expendido, transcreve-se abaixo dispositivos do Código Civil relativos às disposições gerais dos contratos, e que foram simplesmente desconsiderados pela empresa apelante:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

No mesmo sentido, e de maior observância ainda no presente caso, são as disposições do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

§ 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

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

A jurisprudência se posiciona neste sentido:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – SEGURO – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – NÃO CONHECIDA – FURTO DE VEÍCULO – RECUSA AO PAGAMENTO DO PRÊMIO – CONTRATO DE ADESÃO – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – PRESUNÇÃO DA OCORRÊNCIA DO SINISTRO – RECURSO PROVIDO.

Diante da preclusão lógica e consumativa, não se conhece da preliminar de cerceamento de defesa, quando a parte deixa de alegá-la na audiência de instrução e, ademais, pugna pela apresentação de memorial, levando à presunção de que não tem interesse na produção de outras provas. O contrato de seguro deve ser interpretado à luz do Código de Defesa do Consumidor, vigorando a regra da inversão do ônus da prova em favor do segurado. Havendo registro do furto e não havendo prova contrária à ocorrência do sinistro, impõe-se à seguradora o dever de pagar o prêmio ao segurado. (TJMS, AC n. 2002.005379-1, Segunda Turma, Rel^a. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges, julgado em 11.4.2006).

APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO – DANOS MATERIAIS E MORAIS – SEGURO – FURTO DE VEÍCULO FINANCIADO – FRAUDE – SPC – SERASA – RELAÇÃO DE CONSUMO – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO. I – O contrato de seguro deve ser interpretado à luz do Código de Defesa do Consumidor, vigorando a regra da inversão do ônus da prova em favor do segurado. Havendo registro do furto e não havendo prova contrária à ocorrência do sinistro, impõe-se à seguradora o dever de pagar o prêmio ao segurado (AC n. 2006.005180-9, Rel^a. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges, julgado em 20.6.2006). II – Desacolhe-se pedido de indenização ante a falta de prova idônea de que a seguradora contratou a locação de veículo similar ao seu, em substituição ao que restou furtado, no período em que a Seguradora, injustificadamente, deixou de honrar a apólice. III – Inexistindo prova da ocorrência dos danos morais, indefere-se a pretendida indenização com base neste pedido. IV – O furto de veículo financiado não constitui justa causa para a interrupção do pagamento das parcelas à instituição financeira, a qual tem o direito legal de incluir o nome do inadimplente nos órgãos de restrição de crédito. (TJMS, AC n. 2007.027581-1, Primeira Turma, Rel^a. Des^a. Josué de Oliveira, julgado em 19.2.2008).

AGRAVOS INTERNOS – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA – CLÁUSULAS LIMITATIVAS – DEVER DE INFORMAÇÃO AO CONSUMIDOR – RECURSOS A QUE SE NEGAM PROVIMENTO. As informações prestadas ao consumidor devem ser claras e precisas, de modo a possibilitar a liberdade de escolha na contratação de produtos e serviços. Na linha do art. 54, § 4º, da Lei n. 8.078/90, devem ser redigidas em destaque as cláusulas que importem em exclusão ou restrição de direitos. Se havia exclusão de morte natural, cabia à seguradora deixar bem claro na cláusula denominada riscos excluídos. Não havendo razões que justifiquem a reforma do julgado, deve ser mantida a decisão agravada regimentalmente. (TJMS, AgRg em AC n. 2008.020623-5/0001-00, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade, julgado em 30.9.2008).

SEGURO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. EMBRIAGUEZ. NEXO DE CAUSALIDADE. COMPROVAÇÃO. CLÁUSULA LIMITATIVA DO DIREITO DO CONSUMIDOR. DESTAQUE EM NEGRITO. - A embriaguez do segurado, por si só, não exclui direito à indenização securitária. - Cláusula restritiva, contida em contrato de adesão, deve ser redigida com destaque a fim de se permitir, ao consumidor, sua imediata e fácil compreensão. O fato de a cláusula restritiva estar no meio de outras, em negrito, não é suficiente para se atender à exigência do Art. 54, § 4º, do CDC. - A lei não prevê - e nem o deveria - o modo como tais cláusulas deverão ser redigidas. Assim, a interpretação do Art. 54 deve ser feita com o espírito protecionista, buscando sua máxima efetividade. (STJ, REsp n. 774.035/MG, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 21.11.2006).

Portanto, considerada a hipossuficiência do apelado na relação de consumo, bem como a falha na prestação dos serviços pela apelante, no tocante às informações contratuais, é medida que se impõe a manutenção da sentença neste tópico.

A apelante alega ainda que, caso mantida a sentença de primeiro grau, os juros legais devem incidir a partir da citação e não do evento danoso, como decidiu o juiz singular. Aduz também que a correção monetária deve incidir a partir da data da propositura da ação e não da data do evento danoso, como ficou consignado na sentença.

Assiste razão em parte à apelante

No caso dos autos não se aplica a Súmula n. 54 do STJ, por estarmos diante de responsabilidade contratual. Logo, a incidência dos juros deverá ocorrer a partir da citação, nos termos do art. 405 do Código Civil, cujo capítulo trata justamente dos direitos das obrigações.

A respeito, cito precedente do STJ:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. BENEFICIÁRIO DE SEGURO. INDENIZAÇÃO RECONHECIDA. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. ÍNDICE E TERMO INICIAL. EMBARGOS ACOLHIDOS SEM MODIFICAÇÃO DE MÉRITO. I. Os juros de mora são devidos desde a citação, em caso de ilícito contratual (art. 406 do Código Civil). II. Correção monetária devida desde a contratação até o efetivo pagamento, de acordo com o pacto (Precedentes). III. Embargos de declaração providos. (ED no REsp n. 1012490/PR, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Jr., julgado em 17.6.2008).

Quanto à correção monetária, tenho que esta deva incidir a partir do momento em que foi a seguradora constituída em mora.

Não há nos autos documento comprobatório da data da comunicação do furto à seguradora. Há, no entanto, a data da resposta da seguradora (f.15) ao pedido administrativo do segurado. Logo, esta é a data em que ficou a seguradora constituída em mora, isto é, a data da recusa do pagamento.

Sendo assim, merece reforma a sentença de primeiro grau apenas quanto ao termo inicial para a aplicação dos juros, mantendo-se em relação à correção monetária.

Por fim, insurge-se a apelante contra o entendimento esposado pelo magistrado na sentença, de que desnecessária a intimação prévia para cumprimento, bastando para tanto o trânsito em julgado da decisão final condenatória, sob pena de incidir a multa de 10% sobre o montante do débito, aos termos do art. 475-J do CPC.

Afirma a recorrente que interpretação do dispositivo supra, ao contrário do que estabelecido na sentença, sugere que o prazo se inicia da intimação pessoal do devedor para cumprimento da decisão, mesmo porque a lei não especificou o seu termo inicial.

Sem razão, contudo, a apelante.

A despeito de opiniões em sentido contrário, comungo da orientação dada à matéria pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que desnecessária é a intimação da parte vencida, seja pessoalmente ou por seu advogado, para cumprir a sentença condenatória.

A propósito:

LEI n. 11.232/2005. ARTIGO 475-J, CPC. CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. MULTA. TERMO INICIAL. INTIMAÇÃO DA PARTE VENCIDA. DESNECESSIDADE. 1. A intimação da sentença que condena ao pagamento de quantia certa consuma-se mediante publicação, pelos meios ordinários, a fim de que tenha início o prazo recursal. Desnecessária a intimação pessoal do devedor. 2. Transitada em julgado a sentença condenatória, não é necessário que a parte vencida, pessoalmente ou por seu advogado, seja intimada para cumpri-la. 3. Cabe ao vencido cumprir espontaneamente a obrigação, em quinze dias, sob pena de ver sua dívida automaticamente acrescida de 10%. (REsp n. 954.859/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 27.8.2007).

No mesmo sentido já se posicionou este Colegiado, inclusive em julgado de minha relatoria:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – MULTA DE 10% – ART. 475-J DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – INTIMAÇÃO PRÉVIA DO DEVEDOR PARA, NO PRAZO DE 15 (QUINZE) DIAS, CUMPRIR A OBRIGAÇÃO EXTERNADA NA DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO – DESNECESSIDADE – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – CABIMENTO – ART. 20, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – RECURSO PROVIDO. A multa de 10% a que faz alusão o art. 475-J do Código de Processo Civil independe de prévia intimação do devedor ou de seu procurador para cumprir a obrigação externada na decisão condenatória transitada em julgado. É perfeitamente cabível o arbitramento de honorários advocatícios, a teor do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, na fase de cumprimento de sentença. (Ag n. 2008.028620-2, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, julgado em 25.11.2008).

AGRAVO DE INSTRUMENTO – ART. 475-J DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – MULTA DE 10% – INTIMAÇÃO PRÉVIA DO DEVEDOR PARA, NO PRAZO DE 15 (QUINZE) DIAS, CUMPRIR A OBRIGAÇÃO CONSTANTE DA DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO – DESNECESSIDADE – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – CABIMENTO – APLICAÇÃO DO ART. 20, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. A multa de 10% prevista no art. 475-J do Código de Processo Civil independe de prévia intimação do devedor ou de seu procurador para o cumprimento da obrigação constante da decisão condenatória transitada em julgado. É perfeitamente cabível o arbitramento de honorários advocatícios, a teor do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, na fase de cumprimento de sentença. Recurso conhecido e provido. (Ag n. 2008.036889-6, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins, julgado em 14.4.2009).

In casu, não havendo cumprimento espontâneo do acórdão na data de seu trânsito em julgado, tem-se que é cabível a multa de 10% incidente sobre o montante da condenação, de acordo com o art. 475-J do CPC, independentemente de intimação da parte vencida.

Diante do exposto, conheço do recurso de apelação interposto e dou-lhe parcial provimento, tão-somente para estabelecer que a incidência dos juros deverá ocorrer a partir da citação da apelante, mantendo no mais inalterada a sentença recorrida.

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. João Maria Lós.

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, 1º de setembro de 2009.

Apelação Cível n. 2008.038114-8 - Campo Grande
Quinta Turma Cível
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO – NEGLIGÊNCIA DO PROFISSIONAL QUE NÃO CUIDOU DO PROCESSO COM A DEVIDA PRESTEZA – OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR OS CLIENTES – CULPA CONCORRENTE – DESCARACTERIZADA – NÃO CARACTERIZAÇÃO DE DANO HIPOTÉTICO – RECURSO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 2 de julho de 2009.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

José Valeriano Fontoura e outro, inconformados com a sentença, f. 489-494, proferida pelo juízo da 2ª Vara Cível de Campo Grande-MS que, nos autos da ação de indenização, movida por Darci Bertogna Portugal e outros, julgou procedente o pedido para condenar os apelantes, solidariamente, a pagarem aos apelados os valores que deixaram de receber do Estado de Mato Grosso do Sul, tal importância corrigida monetariamente pelo IGPM-FGV, e acrescida de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do art. 406 do CC, bem como ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 15%, art. 20, §3º, do CPC.

Em suma, os apelantes foram contratados pelos apelados, como patronos, para ingressarem em juízo contra o Estado de Mato Grosso do Sul, através de ação ordinária de cobrança, o juízo extinguiu-o com base na ausência do art. 282, IV, do CPC.

Os apelantes alegam que o Sindicato pertencente aos apelados não teria enviado a documentação necessária para o correto desenvolvimento da demanda, fato este que teria ensejado na extinção do processo pelo juízo.

Assim, afirmam que a culpa seria exclusiva dos apelados, não havendo o nexo de causalidade, o que afastaria a ilicitude civil.

Alegam que a obrigação do advogado para com o cliente é de meio e não de resultado, bem como a lide versava sobre situação que caracterizava dano hipotético, assim, haveria somente uma expectativa quanto ao resultado.

Por fim, requerem a reforma da sentença, para julgar improcedente o pedido condenatório ou para reduzir a condenação pela metade, visto entenderem que no máximo haveria culpa concorrente.

Contrarrazões às f. 511-513, requerem o improvimento do recurso e manutenção integral da decisão.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator)

Conforme relatado, os apelantes, inconformados com a sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara Cível de Campo Grande-MS que, nos autos da ação de indenização, julgou procedente o pedido para o fim de condenar os apelantes, solidariamente, a pagarem aos apelados os valores que deixaram de receber do Estado de Mato Grosso do Sul, tal importância corrigida monetariamente pelo IGPM-FGV, e acrescida de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do art. 406 do CC, bem como ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 15%, art. 20, § 3º, CPC.

Os apelantes, em apertada síntese, alegam que o Sindicato pertencente aos apelados não teria enviado a documentação necessária para o correto desenvolvimento da demanda, o que afastaria a responsabilidade dos apelantes.

Tenho que razão não lhes assiste.

Trago a este *decisum* as fases processuais relevantes do processo 94.206.0650-3 (ação ordinária de cobrança).

Às f 165-167, o Estado de Mato Grosso do Sul contestou a exordial, aduzindo em preliminar, inépcia da inicial sobre os fundamentos de falta de exata qualificação dos autores e a especificação dos pedidos, inclusive com a falta do *quantum*.

Não houve manifestação dos autores, referente ao despacho do juízo *a quo*, f. 179, que permitia o saneamento das irregularidades, fato este evidenciado em f. 180-181, ou seja, mantiveram em silêncio.

Transcrevo parte da decisão do juízo, f. 189, *in verbis*:

[...] constando destes autos como pedido o “cumprimento do disposto legal”, ou, então, a condenação do Requerido no “pagamento do que é devido”, **sem especificar o número de dias de atraso e nem a época ou período em que o fato ocorreu, não há como prolatar sentença de mérito**, mormente para o fim de condenar em pagamento de correção monetária.

Assim, **ausente o requisito do art. 282, IV, do CPC**, com base no art. 295, I c/c art. 267, IV, do mesmo Código, julgo extinto o processo”. (grifei e negritei).

Conforme asseverado pelo juízo *a quo*, f. 493:

[...] **as falhas apontadas aos requeridos eram passíveis de correção**, pois poderiam ter ajuizado nova demanda antes de prescrever a pretensão dos requerentes e neste sentido não há que se falar em concorrência de culpas”. (grifei e negritei).

Pelo exposto, os apelantes deveriam ter emendado a inicial quando lhes foram dada tal oportunidade, quando do julgamento da primeira ação proposta, e não deveriam ter deixado diluir o prazo para tanto. Mesmo que tenham alegado que os apelados (Sindicato) não lhes entregaram a documentação devida, deveriam ter exposto esta dificuldade ao magistrado, por meio de uma simples petição, pede, então, prorrogação de prazo para adquirir os documentos.

De asseverar, ainda, que, sendo os apelados pessoas leigas, estas transferiram a seus procuradores o dever de cumprir satisfatoriamente toda e qualquer determinação judicial que a ela fosse direcionada. Logo, em razão da falta dos cuidados processuais, pois a emenda da inicial ou ajuizamento de nova ação era possível, caracteriza a presença do nexo de causalidade entre as suas condutas culposas e os danos causados aos apelados, o que torna imperiosa a condenação ao pagamento de uma indenização hábil a evitar que tais atos voltem a ser praticados.

Realmente, a perda de uma causa não torna necessária a responsabilização do patrono que nela atuou, visto que a sua aceitação não gera obrigação de resultados, mas, sim, de meios. Entretanto, a partir do momento em que uma causa é aceita, possui o procurador o dever de zelar da melhor forma pelos interesses de seu cliente, o que não ocorreu no presente caso.

Por tais razões, não pairando dúvidas quanto à conduta culposa dos apelantes, inaceitável tornam-se suas justificativas, conforme estabelece a norma contida no artigo 32 da Lei n. 8.906/94, *in verbis*: “Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa”.

Nesse sentido, tem decidido esse Tribunal de Justiça, *in verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO – DESÍDIA PROFISSIONAL CARACTERIZADA – OBRIGAÇÃO DO ADVOGADO DE MEIO – AUSÊNCIA DE CULPA CONCORRENTE – RECURSO IMPROVIDO.

Constatada a existência de negligência do advogado no manejo da ação que lhe foi confiada pelo cliente, o patrono será obrigado a indenizar a parte que o contratou em face dos prejuízos experimentados em razão de sua conduta culposa.

Apesar de a responsabilidade do advogado ser de meio e não de resultado, ele deve zelar da melhor forma pelos interesses de seu cliente, cuidando do processo para que este não acarrete prejuízo ao seu cliente.

A norma contida no artigo 32 da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB) estabelece que o advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.

Recurso improvido. (TJMS, AC n. 2005.006065-8, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 20.6.2005).

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO – NEGLIGÊNCIA DE ADVOGADO QUE NÃO CUIDOU DO PROCESSO COM A DEVIDA PRESTEZA – OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR O CLIENTE – OBRIGAÇÃO DO ADVOGADO É DE MEIO E NÃO DE RESULTADO – CULPA CONCORRENTE – DESCARACTERIZADA – RECURSO IMPROVIDO.

Constatada a existência de negligência do advogado no manejo da ação que lhe foi confiada pelo cliente, haverá a responsabilidade civil de indenizá-lo.

Apesar de a responsabilidade do advogado ser de meio e não de resultado, ele tem que cuidar do processo para que este não acarrete prejuízo ao seu cliente.

A culpa, no que se refere aos profissionais liberais, é sempre presumida. (TJMS, AC n. 2004.008547-8, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, Julgado em 27.9.2004).

No que diz respeito à inexistência dos danos materiais pleiteados pelos apelados, entendo que a conduta dos apelantes acarretou prejuízos a aqueles, pois em uma causa que teria mais do que simples expectativa do direito, porquanto se achava amparada por uma regra constitucional que assegura aos servidores públicos perceberem os vencimentos até o 5º quinto dia útil do mês subsequente ao mês de referência, conforme informações em f. 167-169.

Indenizar significa reparar o dano causado à vítima, integralmente. Se possível, restaurando o *status quo ante*, ou seja, devolvendo-a ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do ato ilícito. Todavia, nem sempre este desiderato torna-se possível, assim, busca-se uma compensação em forma de pagamento de uma indenização monetária.

De fato, na medida em que o direito de receber os valores referentes à correção dos salários pagos com atraso, inclusive, direito previsto no art. 28 da Constituição Estadual, foi impedido de forma inexorável pela negligência dos apelantes, caracterizando a ocorrência de danos materiais, *in verbis*:

Art. 28. Sempre que pagos com atraso, os vencimentos dos servidores públicos estaduais sofrerão atualização pela incidência do índice oficial de correção monetária, devendo o Estado, nesta hipótese, efetuar o pagamento desses valores no mês subsequente ao da referida ocorrência. (ver Lei n. 1552, de 13.12.94, DOMS de 14.12.94).

Portanto, não há falar em dano material hipotético, da mesma forma que não há falar em inexistência de sua delimitação, quando é evidente que os danos materiais estão restritos aos valores que deixaram de receber com a ação de cobrança, ou seja, as parcelas cobradas naqueles autos, e acertadamente fixadas na sentença proferida pelo juízo singular.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, conheço do recurso interposto, mas nego-lhe provimento, mantendo intacta a sentença objurgada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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 e Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 2 de julho de 2009.

Agravo n. 2009.013209-8 - Campo Grande
Quinta Turma Cível
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE EM QUE SE ARGÚI A IMPENHORABILIDADE DE IMÓVEL POR SER O ÚNICO BEM DE FAMÍLIA – CONTROVÉRSIA QUE EXIGE DILAÇÃO PROBATÓRIA, INCABÍVEL NO ÂMBITO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – ALEGAÇÃO PRÓPRIA DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO OU AÇÃO ORDINÁRIA – RECURSO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 16 de julho de 2009.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Sérgio Welbert Oliveira Rocha interpõe o presente recurso em face da decisão, prolatada pela juíza da Vara de Execução Fiscal da Fazenda Pública Estadual de Campo Grande, em ação de execução fiscal, que indeferiu o pedido, formulado em exceção de pré-executividade, de reconhecimento de impenhorabilidade do imóvel do ora agravante.

Alega, em síntese, que: o magistrado não poderia desconsiderar a certidão do oficial de justiça, onde se afirmou que o agravante morava no bem imóvel penhorado com sua família; o documento juntado pelo exequente não estaria atualizado, sendo que a companheira do agravante morou no imóvel constante na prova trazida pelo exequente somente no ano de 2000 e na atualidade ela residiria com o agravante no imóvel penhorado; o cadastro de veículos no Detran não retrataria a realidade, já que ele somente seria atualizado em razão da transferência de veículos; haveria demonstração de que o agravante residiu no imóvel penhorado por meio de conta de luz, fotos da família e da residência; a prova trazida pelo exequente seria imprestável, porque o casal não necessitaria morar no imóvel para ele ser considerado bem de família, na medida em que o imóvel poderia estar locado para terceiro e não perderia essa característica; o magistrado deveria ter mandado fazer constatação no local para aferir a impenhorabilidade do imóvel.

O agravado apresentou resposta, às f. 405-410, onde rebateu os argumentos do agravante.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator)

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Sérgio Welbert Oliveira Rocha em face da decisão, prolatada pela juíza da Vara de Execução Fiscal da Fazenda Pública Estadual de Campo Grande, em ação de execução fiscal, que indeferiu o pedido, formulado em exceção de pré-executividade, de reconhecimento de impenhorabilidade do imóvel do ora agravante.

Argumenta o agravante que o bem constritado na execução fiscal é impenhorável por ser seu único imóvel.

A exceção de pré-executividade não admite dilação probatória e através das provas constantes nos autos não é possível determinar se o imóvel constritado é o único bem de família do agravante.

Isto foi exatamente o que restou consignado pela magistrada *a quo*, *in litteris*:

É sabido que a questão da impenhorabilidade poderá ser reconhecida de ofício, porquanto se trata de nulidade absoluta, prevalecendo o interesse de ordem pública, podendo ser argüida em qualquer fase ou momento.

Porém, é indubitoso que quanto a - prova pré-constituída - o reconhecimento judicial da questão supracitada deve vir provado por meio de documentos insusceptíveis de gerar discussões, dispensando-se, assim, dilação probatória.

Nesse passo, as informações trazidas pelo executado foram ilididas pelos argumentos do exequente, que trouxe o documento de fls. 265, que informa o endereço da companheira do executado como outro que não o apontado como residência da unidade familiar, suscitando dúvidas, sendo necessária a comprovação, através de prova oral, que o bem constrito, além de ser o único bem imóvel do devedor, também serve de moradia para o executado e sua família.

Ademais, o agravante ao afirmar que o magistrado deveria ter mandado fazer constatação no local para aferir a impenhorabilidade do imóvel confessa que a questão necessita de dilação probatória, incabível na via estreita da exceção de pré-executividade.

Em sede doutrinária nos ensina Humberto Theodoro Júnior (*in Curso de Direito Processual Civil*, V. II, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 424) que:

Está assente na doutrina e jurisprudência atuais a possibilidade de o devedor usar da exceção de pré-executividade, independentemente de penhora ou depósito da coisa e sem sujeição ao procedimento dos embargos, sempre que sua defesa se referir a matéria de ordem pública e ligada às condições da ação executiva e seus pressupostos processuais.

O que se reclama para permitir a defesa fora dos embargos do devedor é versar sobre questão de direito ou de fato documentalmente provado. Se houver necessidade de maior pesquisa probatória, não será própria a exceção de pré-executividade. As matérias de maior complexidade, no tocante à análise do suporte fático, somente serão discutíveis dentro do procedimento regular dos embargos.

Nesse sentido é o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. NÃO-OCCORRÊNCIA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. MATÉRIA A SER ARGÜIDA EM EMBARGOS À EXECUÇÃO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. DESCABIMENTO. PRECEDENTES.

1. Não viola o art. 535, II, do CPC o decisório que está claro e contém suficiente fundamentação para solver integralmente a controvérsia, nos limites postos.

2. Incide a Súmula 211/STJ quando a matéria federal tida por violada não foi enfrentada no aresto *a quo* recorrido, malgrado a oposição dos aclaratórios.

3. É firme a jurisprudência formada no âmbito desta Corte no sentido de ser cabível o incidente de exceção de pré-executividade para discutir matérias de ordem pública na execução fiscal, não sendo permitida, entretanto, a sua interposição quando a apreciação da matéria articulada na defesa necessite de dilação probatória.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag n. 1105644/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 19.5.2009, DJ 1º.6.2009).

Sendo necessário dilação probatória para a análise da matéria posta a desate incabível a interposição de exceção de pré-executividade, devendo ser objeto de embargos ou mesmo ação ordinária, hipótese essa última a cabível no caso em tela.

Pelo exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, UNÂNIME.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Vladimir Abreu da Silva e Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 16 de julho de 2009.

Apelação Cível n. 2009.016659-4 - Campo Grande
Quinta Turma Cível
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

E M E N T A – APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – TRANSFERÊNCIA DE REGISTRO DE VEÍCULO DE OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO PARA O ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – VEÍCULO TRANSFORMADO PARA SE ADEQUAR AO CONSUMO DE DIESEL COMO COMBUSTÍVEL – INDEFERIMENTO DO LICENCIAMENTO – VIOLAÇÃO DO DIREITO ADQUIRIDO.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 6 de agosto de 2009.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Dirlei Luis Ferreira impetrou mandado de segurança contra ato tido como ilegal praticado pelo Presidente do Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul, que indeferiu o pedido de transferência de seu veículo para este Estado.

Aduz que a negativa do impetrado em transferir o automóvel é arbitrária e ilegal, pois a transformação do veículo de gasolina para diesel foi regularizada pelo DETRAN-SP.

Na sentença, de f. 83-90, a juíza *a quo* concedeu a segurança.

Inconformado, a autoridade coatora tirou apelação arrazoadada na inexistência de ato ilegal, afirmando que seu ato se baseou na Portaria n. 23/94, do extinto Departamento Nacional de Combustíveis DNC, que veda o consumo de óleo diesel como combustível nos veículos automotores de passageiros, de carga e de uso misto, com capacidade de transporte inferior a 1.000kg.

Afirma que a alteração de combustível promovida no veículo do impetrante e autorizada pelo DETRAN/SP foi um erro e não pode ser obrigado a ratificar em seu registro ato errado praticado por órgão de trânsito de outro Estado da Federação.

Foram ofertadas contrarrazões em f. 105-111.

O parecer da Procuradoria de Justiça apresentado em f. 117-124, foi pelo conhecimento e improvimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso (Relator)

Trata-se de apelação interposta pelo Presidente do Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul contra a sentença que, em mandado de segurança, interposto por Dirlei Luis Ferreira, concedeu a segurança para afastar o óbice da mudança do combustível que era alegado pela autoridade coatora para indeferir o pedido de transferência do veículo do impetrante para este Estado.

A autoridade coatora alega que seu ato não foi ilegal, afirmando que se baseou na Portaria n. 23/94, do extinto Departamento Nacional de Combustíveis DNC, que veda o consumo de óleo diesel como combustível nos veículos automotores de passageiros, de carga e de uso misto, com capacidade de transporte inferior a 1.000kg.

Afirma que a alteração de combustível promovida no veículo do impetrante e autorizada pelo DETRAN-SP foi um erro e não pode ser obrigado a ratificar em seu registro ato errado praticado por órgão de trânsito de outro Estado da Federação.

Tenho que não assiste razão ao apelante.

Conforme se depreende dos autos, a transformação do veículo foi concluída há um bom tempo, além de ter sido aprovada pelo DETRAN-SP, conforme demonstra o licenciamento de fl. 25, cujo ato administrativo foi proferido por órgão que tem a atribuição para tanto.

Assim, o ato da autoridade coatora realmente foi ilegal, uma vez que não poderia ter indeferido a transferência do veículo com base na Resolução 23/94, pois a transformação do veículo não era objeto de análise. Tal transformação já havia sido analisada e deferida pelo DETRAN-SP e não pode ser revista pelo DETRAN-MS, sob pena de ofensa ao direito adquirido.

Nesse sentido já decidiu este Sodalício:

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA – IMPEDIMENTO NA TRANSFERÊNCIA DE REGISTRO DE VEÍCULO DE OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO PARA O ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – VEÍCULO ALTERADO PARA TRAFEGAR COM O COMBUSTÍVEL ÓLEO DIESEL – EXIGÊNCIAS LEGAIS CUMPRIDAS PELO PROPRIETÁRIO PARA REALIZAR A ALTERAÇÃO – DIREITO ADQUIRIDO VIOLADO. (AC - Lei Especial - n. 2004.014466-5, Camapuã, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Atapôa da Costa Feliz, julgado em 10.1.2006)

MANDADO DE SEGURANÇA – TRANSFERÊNCIA DE REGISTRO DE VEÍCULO DE OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO PARA O ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – VEÍCULO TRANSFORMADO PARA SE ADEQUAR AO CONSUMO DE DIESEL COMO COMBUSTÍVEL – REVISÃO DO LICENCIAMENTO – VIOLAÇÃO DO DIREITO ADQUIRIDO PELO FATO CONSUMADO.

Todo veículo automotor, elétrico, articulado, reboque ou semi-reboque, deve ser registrado perante o órgão executivo de trânsito do Estado ou do Distrito Federal, no Município de domicílio ou residência de seu proprietário, na forma da lei (art. 120 do CTB - Lei Federal n. 9503/97). Portanto, viola o direito líquido e certo a negativa de o proprietário de veículo obter a transferência do registro de seu automotor para o Estado de Mato Grosso do Sul e continuar a gozar de licenciamento oriundo de outra unidade federativa, verificado que o óbice oposto a tal desiderato se prendeu à observância de regulamentos infralegais (Resolução n. 775/93, Portaria n. 16/93, Portaria n. 23/94 e Resolução n. 25/98) que não guardam consonância com a pretensão do impetrante, considerando que a transformação do veículo para se adequar ao consumo de combustível diesel revelou-se como direito adquirido decorrente de fato consumado por órgão de trânsito do mesmo nível hierárquico a que pertence a autoridade impetrada. (AC - Lei Especial - n. 2003.003882-5, Jardim, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, julgado em 29.6.2004)

Ademais, verifica-se que a antiga proprietária do veículo em questão, Marlene Jeremias Guarezi, também havia enfrentado o mesmo problema no Estado de Santa Catarina, através do Mandado de Segurança n. 2006.035008-2, tendo o Poder Judiciário daquela unidade da federação concedido a segurança para determinar a remoção da restrição que incidia sobre o veículo em questão, conforme ementa que transcrevo:

MANDADO DE SEGURANÇA - REEXAME NECESSÁRIO - VEÍCULO OBJETO DE INVESTIGAÇÃO E MAÇÃO PENAL - CARACTERÍSTICAS ORIGINAIS DO COMBUSTÍVEL ALTERADAS - MODIFICAÇÃO PROMOVIDA SOB A INSPEÇÃO DA AUTORIDADE DE TRÂNSITO DE SÃO PAULO - PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DO ATO - EMISSÃO DE LICENCIAMENTO COM GRAVAME "RESTRIÇÃO ADMINISTRATIVA" - IMPOSSIBILIDADE - INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA - TERCEIRO DE BOA-FÉ.

Se já constava do Certificado de Registro de Veículo a alteração, pressupõe-se que o antigo proprietário tomou todas as precauções que lhe competiam para modificar a alimentação do seu veículo.

Nessa hipótese, até prova em contrário, o licenciamento não pode ser negado e, tampouco, o direito de propriedade ser restringido pela imposição do gravame 'restrição administrativa', sem que a irregularidade seja efetivamente comprovada, mediante a deflagração do processo administrativo pertinente. (TJSC, Reexame Necessário em MS n. 2006.035008-2, Primeira Câmara de Direito Público Rel. Des. Volnei Carlin, julgado em 26.4.2007).

Diante disso, conforme o parecer, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento, mantendo incólume a sentença prolatada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. DECISÃO COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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 e Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 6 de agosto de 2009.

Apelação Cível n. 2007.027271-2 – Amambai
Segunda Turma Cível
Relator Designado Des. Julizar Barbosa Trindade

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA C.C. REINTEGRAÇÃO DE POSSE – INADIMPLEMENTO DO COMPRADOR – RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

O não cumprimento das obrigações assumidas enseja, além da extinção do contrato, a responsabilidade por perdas e danos e demais consectários, nos termos do artigo 389 do NCC/2002.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, vencido o relator, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do vogal. A revisora reconsiderou seu voto para acompanhar o vogal.

Campo Grande, 1º de setembro de 2009.

Des. Julizar Barbosa Trindade – Relator Designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto

Antônio Lanzoni Filho e Cecília Grochowski Lanzoni interpõem recurso de apelação contra a sentença (f. 429-439) que, nos autos da ação de rescisão parcial de contrato de compromisso de compra e venda c.c. reintegração de posse e perdas e danos que lhes movem Anísio Tormena, Ilda Marisete Curioni Tormena, Nelson Tormena, Dilce Forlani Tormena, Norberto Tormena e Doraci Schiavon Tormena, julgou procedentes os pedidos para o fim de rescindir parcialmente o contrato de compra e venda celebrado entre as partes e, diante disso, tornou sem efeito a alienação no que se refere a área representada pela matrícula n. 1.261 do CRI da Comarca de Amambai, determinando a consequente reintegração dos autores na posse do imóvel e, bem assim, condenando-os ao pagamento das perdas e danos equivalente à renda rural de pecuária do imóvel correspondente ao período do desapossamento, a ser apurado em liquidação de sentença.

Sustentam os apelantes, em síntese, que o negócio jurídico *sub judice* envolveu a compra e venda da “Fazenda Santa Inês”, na modalidade *ad corpus*, não possuindo respaldo a tese dos apelados, acolhida pelo juízo *a quo*, no sentido de que o contrato em tela englobaria diversos negócios jurídicos distintos, eis que não houve a estipulação de preço e forma de pagamento específicos para cada matrícula, não sendo possível identificar qual a parte do contrato remanesce inadimplida, tampouco a que área se refere o inadimplemento. Assim, aduzem que não seria admissível a rescisão parcial do contrato, cabendo somente a rescisão total com devolução de parte do preço ou, alternativamente, a execução do valor inadimplido. Adiante, asseveram que, considerando o valor do contrato (R\$ 6.400.000,00) e a área vendida (781ha), a maior parte do imóvel objeto do pedido de reintegração foi efetivamente paga. Ademais, afirmam que foram realizadas diversas benfeitorias na gleba de 450 ha representada pela matrícula de n. 1.261, que, aliás, cuida-se da área mais nobre do imóvel, por abrigar a sede da fazenda.

Além disso, afirmam os apelantes que a demora no pagamento do preço foi ocasionada pelos apelados, que alienaram área efetivamente menor do que a indicada no contrato, e que, uma vez deferida a reintegração, poderiam eles, de toda sorte, exercer o seu direito à retenção por benfeitorias.

Contrarrazões pela manutenção da sentença (f. 480-489).

VOTO (EM 28.8.2009)

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (Relator)

Trata-se de apelação cível tirada contra sentença que, nos autos da ação de rescisão contratual c.c. reintegração de posse e perdas e danos que Anísio Tormena e outros movem em face de Antônio Lanzoni Filho e Cecília Grochowski Lanzoni, julgou procedentes os pedidos deduzidos na inicial, para o fim de, rescindindo parcialmente o compromisso de compra e venda firmado pelas partes, reintegrar os autores, ora apelados, na posse da gleba de terras representada pela matrícula n. 1.261 do CRI da Comarca de Amambai, correspondente a parte do imóvel rural denominado “Fazenda Santa Inês”.

Sobre a reintegração dos autores, ora apelados, na posse de parte da referida área, assim decidiu o magistrado da instância singela:

Aceito que o imóvel foi alienado como um todo e que não foi efetivada uma compra e venda ad mensuram, como se determinar que apenas o imóvel de matrícula nº 1.261 não foi quitado, ainda mais, não é possível se determinar seu preço. Contudo, outro ponto do contrato auxilia na solução do problema. Os pactuantes estipularam que, conforme fossem efetivados os pagamentos parciais, as escrituras seriam lavradas, como consta da cláusula terceira do contrato (f. 24).

Logo, a resolução parcial deve incidir sobre a matrícula 1.261 de 450 hectares, até porque os requeridos pagaram menos da metade do preço convencionado, com aplicação do art. 184 do Código Civil (f. 436).

Contudo, de uma análise detida do instrumento particular de compra e venda de imóvel rural de f. 21-27, verifica-se que, conquanto as cláusulas primeira, parágrafo único e terceira estabeleçam que a transferência dominial das glebas que compõem a área total da “Fazenda Santa Inês” se daria “*proporcionalmente aos pagamentos a serem realizados*” (f. 24), estas não estabelecem qual seria a razão dessa proporção.

Em outras palavras, embora o item “3.0” do contrato relacione todas as glebas que fazem parte do “corpo” denominado “Fazenda Santa Inês”, e malgrado as cláusulas em questão se refiram à paulatina escrituração, conforme fossem sendo efetuados os pagamentos elencados no item “7”, não se observa qualquer relação direta entre os pagamentos previstos e as áreas de terras enumeradas, de modo que se mostra impossível inferir, estreme de dúvidas, que pagamento se referiria a determinada parte do imóvel vendido - conforme reconhecido na sentença - como um todo uno e indivisível. Tampouco há nos autos elemento probatório capaz de indicar, com segurança, qual o valor de cada gleba individualmente considerada, de modo a possibilitar, assim, um juízo preciso de correspondência entre os valores inadimplidos e área que se busca ver reintegrada.

Assim está redigida a cláusula contratual alusiva aos pagamentos, *verbis*:

7. REPRESENTAÇÃO DO PAGAMENTO: O valor acima será pago da seguinte forma:

a) O primeiro pagamento, a vista, no valor de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), no ato da assinatura do presente contrato;

b) O segundo pagamento, no valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), a ser pago em cheque ou dinheiro, até a data de 10 de NOVEMBRO/2003.

c) O terceiro pagamento, até a data de 30 de MAIO/2004, que será representado pela quantidade de 30.000 (TRINTA MIL SACOS), de 60 (sessenta) quilos, que será convertido ao preço de balcão do dia do vencimento, cotado na COCAMAR-Cooperativa dos Cafeicultores de Maringá, para fins de pagamento aos Vendedores.

d) O quarto pagamento, até a data de 10 de SETEMBRO/2004, que será feito em sacas de soja, em quantidade de 28.571 (VINTE E OITO MIL QUINHENTOS E SETENTA E UM SACOS), de 60 (sessenta) quilos, que será convertido ao preço de balcão do dia, cotado na COCAMAR-Cooperativa dos Cafeicultores de Maringá, para fins de pagamento aos Vendedores.

e) O sexto pagamento, até a data de 10 de SETEMBRO/2005, que será feito em sacas de soja, em quantidade de 28.571 (VINTE E OITO MIL QUINHENTOS E SETENTA E UM SACOS) de 60 (sessenta) quilos, cotado na COCAMAR-Cooperativa dos Cafeicultores de Maringá, que será convertido ao preço de balcão do dia, cotado na COCAMAR-Cooperativa dos Cafeicultores de Maringá, para fins de pagamento aos Vendedores.

Por sua vez, quanto à escrituração das glebas alienadas, dispõem as cláusulas primeira e terceira do contrato:

CLÁUSULA PRIMEIRA: DA TRANSFERÊNCIA DO DOMÍNIO: O título de domínio dos imóveis (Área de terras no imóvel rural denominado de Sítio Santa Inês, situado no Município de Amambaí – MS, com área de 104 has, 1.039 (cento e quatro hectares e hum mil e trinta e nove metros quadrados, objeto da matrícula n. 175 do 1º Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Amambaí-MS, a Área de terras do imóvel rural denominado de Fazenda Alegrete, situado no Município de Amambaí – MS, com área de 160 has (cento e sessenta) hectares, objeto da matrícula n. 1.769 do 1º Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Amambaí-MS), será outorgada NESTE ATO, MEDIANTE A REALIZAÇÃO DE ESCRITURA PÚBLICA.

CLÁUSULA TERCEIRA: DA ESCRITURAÇÃO: A escritura definitiva, em relação aos imóveis descritos nas matrículas números 10.465, 10.351, 1.261, 10.347, 9.261, será realizada, proporcionalmente a cada uma dos pagamentos a serem realizados, conforme estipulado no item 7 do presente contrato, comprometendo-se os vendedores a providenciar toda documentação (ITR, CCIR e certidão do IBAMA) necessários à transferência, até o presente momento.

Como se vê, torna-se até possível estabelecer uma relação de correspondência, ainda que virtual, entre o primeiro pagamento (alínea “a” do item “7” do instrumento contratual – f. 23) e a transferência dominial referida na cláusula primeira (f. 24). Todavia, quanto aos demais pagamentos (alíneas “b” a “e” do contrato), malgrado o contido na cláusula terceira, não é possível afirmar, exatamente, a qual matrícula corresponderia cada pagamento parcial.

Com efeito, considerando o valor total da venda (R\$ 6.400.000,00 – f. 22), e tomando-se como base o valor da saca de soja que teria sido utilizado na época da contratação (R\$ 35,00, conforme depoimento testemunhal de f. 324-325), as parcelas inadimplidas representariam o montante aproximado de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), equivalentes cerca de 31% (trinta e um por cento) do valor da alienação. Com isto, é desarrazoado o argumento contido na sentença de que “*os requeridos pagaram menos da metade do preço convencionado*” (f. 436), o que conduziria a aplicação do art. 184 do Código Civil, com a resolução parcial do contrato.

De outra face, a área total alienada, conforme recibo de f. 259, teria a extensão de 781,70ha, enquanto que a área cuja reintegração se pretende (matrícula n. 1.261 do CRI da Comarca de Amambai – f. 212-213) possui 450 ha, correspondentes a mais ou menos 57% (cinquenta e sete por cento) do “corpo” denominado “Fazenda Santa Inês”, percentual este que equivaleria, em tese, a cerca de R\$ 3.648.000,00 (três milhões, seiscentos e quarenta e oito mil reais) do total da venda.

Assim, diante da aparente disparidade entre os valores das parcelas inadimplidas e o valor da área objeto do pedido de reintegração, para que pudesse ser admitida a solução adotada pelo magistrado *a quo*, far-se-ia imprescindível a realização de prova pericial, o que tornaria possível aquilatar, com precisão, qual o exato valor inadimplido, e qual o valor da área de terras objeto da matrícula n. 1.261 do CRI da Comarca de Amambai, sob pena de, à míngua de elementos técnicos suficientes, causar substancial prejuízo a uma das partes e, assim, incorrer-se em qualificada injustiça, mormente se levada em conta a alegação dos apelantes no sentido de que na referida área se encontra estabelecida a sede da fazenda.

Todavia, embora tenha a prova pericial sido genericamente requerida na contestação (f. 177) e reiterada, por ocasião da audiência preliminar (f. 257), foi ela indeferida pelo juízo monocrático às f. 257, o que implica em insofismável cerceamento de defesa e violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa garantidos constitucionalmente.

A propósito, colhem-se os seguintes arestos:

Faz-se imprescindível a realização de perícia quando a questão de mérito depender única e exclusivamente do exame pericial (TJMS, AC – Lei Especial – n. 2006.003996-8, Rio Brilhante, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, Terceira Turma Cível, julgado em 31.3.2008, Unânime).

Mostrando-se a realização da prova pericial imprescindível para o deslinde da questão, o julgamento antecipado da lide importa cerceamento de defesa (TJMS, AgRg em AC, Lei Especial, n. 2007.026506-1, Campo Grande, Relª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Segunda Turma Cível, julgado em 13.11.2007, Unânime).

Existindo necessidade de dilação probatória para aferição de aspectos relevantes da causa, o julgamento antecipado da lide importa em violação do princípio do contraditório, constitucionalmente assegurado às partes e um dos pilares do devido processo legal (STJ, REsp n. 7004/AL, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, julgado em 21.8.1991, DJ de 30.9.1991, p. 13489).

Evidenciando-se a necessidade de produção de provas, pelas quais, aliás, protestou o autor, ainda que genericamente, constitui cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide, fundado exatamente na falta de prova do alegado na inicia (STJ, REsp n. 7.267/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, julgado em 20.3.1991, DJ de 20.3.1991, p. 3887).

Ademais, em que pesem os princípios da celeridade, da razoável duração do processo e da livre admissibilidade da prova (momento, meios e objeto), em caso de dúvida sobre sua necessidade, deve o julgador produzi-la, a fim de solucionar, com segurança, o litígio.

Nesse sentido são os ensinamentos de Rui Portanova:

Não há negar, a aplicação prática do princípio em comento traz à baila o dilema entre justiça e economia: fazer bem ou fazer depressa? Incide em erro tanto quem nega produção da prova essencial em nome da celeridade como quem admite a prova sem qualquer resguardo de economia.

Na dúvida entre fazer a prova ou demorar o andamento do processo a melhor solução é permitir a produção da prova e só restringir em casos de excessiva demora (PORTANOVA, Rui. Princípios do Processo Civil. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 211).

Dessarte, ante o manifesto *error in procedendo*, impõe-se a anulação da sentença proferida pelo juízo *a quo*.

Ora, não agiu com acerto o magistrado singular ao indeferir a produção de prova pericial, pois, conforme demonstrado, a realização da referida prova assume primordial relevância no caso em tela, como único meio de estabelecer, com segurança, qual a efetiva representatividade das parcelas inadimplidas e qual a real necessidade e justiça de – considerando os princípios da conservação contratual e da boa-fé objetiva, bem como a moderna teoria do adimplemento substancial – rescindir parcialmente a avença e reintegrar os autores, ora apelados, na posse da área pretendida.

Diante do exposto, diante da flagrante relevância, *in casu*, da produção de prova pericial, anulo, *ex officio*, a sentença de f. 429-439, determinando o retorno dos autos ao Juízo *a quo* para o regular prosseguimento do feito, com a realização de perícia técnica necessária.

A Sr^a. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges (Revisora)

De acordo com o revisor.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA PARA A PRÓXIMA SESSÃO EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO VOGAL, APÓS O RELATOR E A REVISORA ANULAR O FEITO E DETERMINAR A REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL.

VOTO (EM 1º.9.2009)

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Vogal)

Pedi vista destes autos por dois motivos principais. O primeiro é porque conheço muito bem o trabalho do ilustre juiz prolator da decisão invectivada e sei do seu zelo, prudência, conhecimento do direito posto e probidade na condução e no julgamento das causas que lhe são afetas e, segundo, porque havia recebido memoriais a respeito da questão.

De início, peço vênias para fazer um preâmbulo da situação fática elencada nos autos.

O recorrido-varão hoje é um idoso, nascido em 4.11.1943 e que, portanto, na época da negociação (setembro de 2003) já contava com quase sessenta anos de idade.

A experiência mostra que é próprio do ser humano, quando se propõe a dispor de seu patrimônio ou de parte dele, ter uma programação para o futuro, ou seja, aquisição de outro bem, mudança de atividade, ou mesmo o pagamento de compromissos assumidos.

No caso dos autos, o autor/recorrido prometeu à venda um imóvel denominado Fazenda Santa Inês composto de várias matrículas e de alto valor, basta ver que a venda foi de R\$. 6.400.000,00, ou seja, o correspondente a pouco mais de vinte e seis mil e seiscentos salários-mínimos da época (R\$ 240,00).

Pois bem, o comprador, após ter pago apenas 54% desse valor, deixou de cumprir com as duas últimas parcelas da avença e correspondentes a 46% do total da compra e vem se utilizando do imóvel na produção de soja em sua integralidade.

Logo, se de um lado o vendedor faz uma projeção para o futuro, a boa-fé e a lealdade do comprador que, segundo o artigo 422 do Código Civil Brasileiro, devem ser mantidas tanto na elaboração quanto na manutenção dos contratos, impõem que ele, ao concretizar um negócio para pagamento futuro, deve ter a previsão orçamentária segura de cumprir com a avença que, voluntária e espontaneamente assumiu.

Não foi isto que ocorreu no caso vertente. Com efeito, o vendedor era proprietário e possuidor de todo o imóvel, cuja posse foi transferida para os compradores de imediato e no ato da transação. Todavia, está até hoje, quando já decorridos quase seis anos da data da venda e do desapossamento do imóvel, sem receber quase metade do valor da venda, enquanto o comprador continua usufruindo de todo o bem.

Por essas razões, ilustre Presidente e relator deste feito, com a devida vênia de V. Exa. e da digna Revisora, penso que, se mantido o voto, haverá uma enorme inversão de valores, consubstanciando-se em flagrante injustiça, com a devida vênia. Explica-se, o devedor inadimplente que adquiriu um bem de alto valor e pagou apenas pouco mais da metade de seu preço - recebendo a transferência do domínio mais ou menos correspondente aos valores pagos, - mercê dos inúmeros recursos previstos na legislação processual e do revelado desinteresse de sua parte na solução final do litígio, certamente ficará por vários outros anos, a exemplo do que ocorreu até o momento, na tranquila condição de possuidor e de usufruidor da área, sem pagar o preço que voluntariamente anuiu quando da aquisição.

Por outro lado e no que se refere à decisão que determina a realização de perícia, é relevante observar que na contestação dos recorridos apenas houve um protesto comum e corriqueiro para a produção genérica de provas, aliás, uma exigência do artigo 330 do CPC, sem que houvesse qualquer justificativa ou motivação para a realização da prova pericial, fato que não se deu também em momento posterior e antes do saneamento do feito (f. 256-8) e muito menos quando das razões do recurso de apelação de f. 457-476, e tanto isso é verdade que ela foi determinada *ex officio* por V. Exa.

Assim, com a devida vênia, penso que a decisão adotada desborda dos limites estabelecidos no artigo 460 de nosso Diploma Procedimental Civil e, portanto, se revela *extra petita*.

Acerca da determinação acima, a despeito de revelar a nobre preocupação de V. Exa. em evitar eventuais prejuízos para os réus/recorrentes, impõe-se observar o teor dos artigos 389 e 395 do Código Civil Brasileiro, ao determinarem que não cumprida a obrigação na forma e prazo avençados, o devedor é quem deve responder por perdas e danos e pelos prejuízos que der causa.

Logo, restando incontestado nos autos que foram unicamente os recorrentes que deram causa ao descumprimento do contrato, penso que está havendo uma verdadeira inversão de valores, ou seja, os réus que descumpriram o contrato e unicamente deram causa à sua rescisão, estão sendo beneficiados com a demora na solução da lide, em detrimento dos direitos dos autores que continuam, e, com a decisão, não se sabe até quando, quiçá outros seis anos, sem receber o produto da venda e nem ter de volta a parte de seu imóvel.

Penso, data vênia, e isso decorre de nossa Lei Civil, que os réus/recorrentes sim, são os que devem sofrer as consequências de seu inadimplemento.

A respeito, Orlando Gomes observa que: *“A resolução por inexecução culposa não produz apenas o efeito de extinguir o contrato para o passado. Sujeita ainda o inadimplente ao pagamento de perdas e danos. A parte prejudicada pelo inadimplemento pode pleitear a indenização dos prejuízos sofridos, cumulativamente com a resolução.”* (in *Contratos*, 8ª edição – Forense, p. 205).

E mais:

2. Inadimplemento da obrigação. É o não cumprimento dos deveres obrigacionais por aquele que tinha o dever de fazê-lo. A infração de dever legal ou de dever contratual poderá levar ao desfazimento da relação jurídica originada pelo contrato... A consequência teoricamente normal para o inadimplemento é responder o inadimplente por perdas e danos. (Código Civil Comentado, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, 4. ed, p. 382).

Se, eventualmente, após a solução da lide e restituição do bem aos vendedores, eles entenderem que sofreram prejuízos, deverão utilizar da medida judicial que entenderem adequada e com isso evitar eventual enriquecimento sem causa dos recorridos e não o contrário, como está ocorrendo, visto que, em decorrência unicamente de sua desídia, quem está sofrendo todos os prejuízos são os vendedores que nada fizeram ou contribuíram para a atual situação.

Tanto é verdade que, em situação semelhante, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

PROMESSA DE VENDA E COMPRA. RESILIÇÃO. DENÚNCIA PELO COMPROMISSÁRIO COMPRADOR EM FACE DA INSUPORTABILIDADE NO PAGAMENTO DAS PRESTAÇÕES. RESTITUIÇÃO.

- O promissário comprador que deixa de cumprir o contrato em face da insupportabilidade da obrigação assumida tem o direito de promover ação a fim de receber a restituição das importâncias pagas.

Embargos de divergência conhecidos e recebidos, em parte. (REsp n. 59.870/SP, Segunda Seção, Rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 10.4.2002). (destaquei)

Ademais, na sentença houve condenação dos recorrentes em perdas e danos a serem apuradas em liquidação de sentença, momento que, segundo penso, eles poderão alegar eventuais prejuízos com a solução da lide e obterem o pretendido abatimento.

E aqui, abre-se um parêntese para observar que não possui a menor procedência a alegação dos réus de que o imóvel adquirido possui quantidade menor de terras do que aquela vendida. Na verdade, está se fazendo uma leitura errônea ou equivocada da matrícula da n. 1.769 (f. 35), visto que, apesar de constar em seu intróito que se trata de cento e sessenta hectares, a verdade é que em seu registro de n. 15 consta a venda de parte do

imóvel correspondente a 68ha e 5.447m² para Antonio da Silva Bastos, e no registro de n. 21 a aquisição pelos autores da outra parte do imóvel e correspondente a 82ha e 075m², esta sim a área vendida para os réus e que se refere a letra “d” da cláusula 3ª do contrato.

Portanto, conforme afirmou o corretor e vizinho da área Márcio José Nicodemo (f. 324), a quantidade correta e real da venda foi de 323 alqueires paulistas que correspondem justamente aos 781 hectares constante do contrato, bastando fazer um cálculo aritmético para se chegar a esta conclusão. De fato, 781 hectares multiplicados por 10.000m² que contém um hectare e dividindo-se o total obtido por 24.200m² que corresponde a um alqueire paulista, encontrar-se-ão os 323 alqueires paulistas objeto real da venda e compra.

Destarte, a alegação de que houve venda de área a menor não possui a menor procedência, até mesmo porque ela se deu pela forma *ad corpus*, ou seja como coisa certa e determinada, nos termos do § 3º do artigo 500 do atual Código Civil.

Também não prospera a alegação de que houve frustração de safra, visto se tratar de fato perfeitamente presumível a todos que militam na agricultura, posto ser sabido que o resultado da colheita sempre depende do fator tempo, até porque, este fato, ainda que ocorrido, não se revela suficiente para autorizar o descumprimento de obrigação voluntariamente assumida, especialmente em se tratando de pessoas experientes no ramo da agricultura.

Pretendessem os adquirentes/réus a incidência deste fato, deveriam fazer constar do contrato que, em caso de frustração de safra, as parcelas seriam prorrogadas, fato comum nesta espécie de transação. Não o prevendo, não pode agora alegar tal fato como justificativa para seu inadimplemento.

Finalmente, não se pode olvidar que, além da reconhecida capacidade e probidade do juiz que bem decidiu o feito, a verdade é que ele está próximo da localização do imóvel e a experiência indica que possui melhores condições de saber os detalhes e a realidade fática que deu ensejo ao litígio.

Conclusão

Destarte, com a devida vênia ao i. Relator e à d. Revisora, voto no sentido de se negar provimento ao recurso, mantendo a bem lançada sentença objurgada em todos seus termos.

A Sr^a. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges

Ouvindo os argumentos expendidos pelo ilustre detentor do pedido de vista, mais me convenci de que cometi um equívoco quando acompanhei o relator.

A primeira preocupação que me veio foi a decisão do relator de anular a sentença e determinar a realização de perícia para avaliação de toda a área.

Recordo que, dos termos do contrato, constava que a cada pagamento efetuado seriam transferidas, realizadas as escrituras de compra e venda de determinada matrícula que seria acordada entre os interessados naquele momento.

Considerando todos os demais argumentos trazidos pelo Des. Julizar, essa sentença merece ser mantida.

Deve-se negar provimento ao recurso posto, e é neste sentido que voto.

Nego provimento ao recurso

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

A TURMA, POR MAIORIA, VENCIDO O RELATOR, NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO VOGAL. A REVISORA RECONSIDEROU SEU VOTO PARA ACOMPANHAR O VOGAL.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Hildebrando Coelho Neto, Tânia Garcia de Freitas Borges e Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 1º de setembro de 2009.

Agravo Regimental em Agravo n. 2009.012732-7/0001-00 - Fátima do Sul
Segunda Turma Cível
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

EMENTA – AGRAVO INTERNO – AGRAVO DE INSTRUMENTO – PRAÇA – IMÓVEL IMPENHORÁVEL – BEM DE FAMÍLIA – ÚNICO BEM – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO – DEVEDOR QUE NÃO RESIDE NO IMÓVEL – PROCESSO RECEBIDO NO GABINETE APÓS A REALIZAÇÃO DA PRAÇA – PERDA DE OBJETO – FUNDAMENTOS QUE NÃO JUSTIFICAM A REFORMA DA DECISÃO RECORRIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Não havendo razões que justifiquem a reforma do julgado, deve ser mantida a decisão agravada regimentalmente.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 28 de julho de 2009.

Des. Julizar Barbosa Trindade – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

José Pereira de Jesus Filho interpõe *agravo regimental* contra decisão monocrática (f. 53-4) que negou seguimento ao agravo de instrumento interposto em face do Banco Mercantil do Brasil S.A., mantendo o despacho que rejeitou a alegação de impenhorabilidade do imóvel rural.

Aduz que o presente agravo foi interposto no dia 15.5.2009 em caráter de urgência e, ao contrário do alegado na decisão objurgada, foi concluso ao relator no dia 18.5.2009, ou seja, no dia da realização da praça e não no dia posterior, donde se conclui que o mesmo poderia ter sido julgado a tempo de suspender a praça designada.

Alega que a adjudicação do imóvel não foi autorizada até o presente momento pela juíza *a quo*, pelo que não há falar em perda de objeto do agravo de instrumento. Reitera que o imóvel é impenhorável porque serve de moradia aos familiares do agravante que dela tiram o sustento, bem como trata-se de uma pequena propriedade rural.

Ao final, requer a reconsideração do entendimento exarado ou a remessa do recurso à Turma.

A decisão foi mantida (f. 77 v.), razão pela qual é submetida a este Colegiado.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator)

Diante da interposição deste regimental, tive oportunidade de novamente analisar o processo, porém, não me convenci da necessidade de modificar a decisão atacada, que ora reafirmo:

Decisão

Conforme despacho de f. 48-v, o presente agravo chegou a este gabinete no dia 19.05.2009, ou seja, um dia após a designação da praça, na qual o credor adjudicou o bem penhorado (f. 50).

Destarte, revela-se inócuo apreciar o pedido de suspensão da praça ocorrida há mais de um mês, razão pela qual, neste ponto, falta interesse processual superveniente e que resulta na perda de seu objeto.

Quanto impenhorabilidade do imóvel, vislumbra-se que a magistrada singular analisou a questão acertadamente, não merecendo reparos o seu posicionamento.

Com efeito, a certidão juntada aos autos (f. 29) revela apenas que o imóvel rural penhorado é o único registrado naquele cartório em nome do agravante. Entrementes, como se trata de um advogado atualmente residindo em Imperatriz/MA (f. 19), deveria ter colacionado certidão negativa dos cartórios de registros de imóveis daquela cidade, bem como dos CRIs da Comarca de Dourados, local onde já residiu (f. 16).

Outrossim, chama a atenção o fato de o agravante não habitar o imóvel penhorado, quando se sabe que uma das características do bem de família é sua efetiva utilização como moradia da entidade familiar e, em se tratando de pequena propriedade rural, que dela retire sua subsistência. Do mesmo modo, o recorrente não demonstra necessidade de utilização do bem para pagar o aluguel onde reside.

Os julgados a seguir vêm a calhar com o entendimento aqui exposto, verbis:

‘EMBARGOS À EXECUÇÃO - PENHORA - EMBARGANTE - RESIDÊNCIA NÃO COMPROVADA - BEM DE FAMÍLIA - NÃO CONFIGURAÇÃO. Segundo a legislação específica - art. 1º da Lei n. 8.009/90 - é impenhorável o único bem imóvel utilizado pelo devedor como moradia. Se o devedor não reside no imóvel penhorado, nem utiliza comprovadamente de sua renda para locar o imóvel em que reside, não há como considerá-lo bem de família, tornando-se legítima a constrição judicial.’ (TJMG, Proc. n. 1.0024.06.994879-2, Relª. Desª. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, julgado em 12.2.2008).

‘APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIROS – PENHORA SOBRE IMÓVEL RURAL INFERIOR A UM MÓDULO RURAL – DEVEDOR QUE NÃO RESIDE NO IMÓVEL COM SUA FAMÍLIA – POSSIBILIDADE DA PENHORA – RECURSO IMPROVIDO.

Se a embargante confessa que não reside no imóvel rural e que não extrai dele, com o seu labor, o sustento de sua família, não há falar em sua impenhorabilidade, por não se enquadrar nas hipóteses previstas pelo art. 5º, inciso XXVI, da Constituição Federal, c.c. art. 649, inciso VIII, do Código de Processo Civil e Lei n. 8.009/90. (TJMS, AC n. 2005.005478-5, Quinta Turma, Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, julgado em 30.10.2008).

Por sua vez, a discussão acerca do módulo rural é irrelevante, pois não restou demonstrado que o imóvel se trata de bem de família, nele residindo ou dele tirando seu sustento, até porque o simples fato de ser pequena a propriedade rural não desautoriza a penhora.

Conclusão

Ante o exposto, com assento no *caput* do artigo 557 do Código de Processo Civil e por manifesta improcedência, nega-se seguimento ao recurso, ficando mantida a decisão agravada.

Campo Grande, 18 de junho de 2009.

Des. Julizar Barbosa Trindade

Relator

Esclareça-se que a Secretaria fez conclusão do agravo de instrumento a este Relator no dia 18.5.2009, às 16h53min, conforme andamento processual (f. 69). Ocorre, entretanto, que a conclusão não significa que o processo esteja fisicamente em mão do Relator e sim que foi encaminhado ao seu gabinete.

Em verdade, são distribuídos vários processos por dia no Tribunal de Justiça, os quais são conclusos e remetidos aos gabinetes dos desembargadores, via malote, após às 18h. Assim, um processo distribuído no dia e cuja conclusão é feita na mesma data, somente será recebido no gabinete no dia seguinte, pois inexigível e impraticável o recebimento imediato de cada feito distribuído.

E para que não parem dúvidas, junta-se nesta oportunidade o relatório dos processos recebidos no dia 19.5.2009, entre os quais o presente agravo de instrumento.

Porém, ainda que o processo estivesse no gabinete deste relator no exato momento de sua conclusão, ou seja, no dia 18.5.2009, às 16h53min, de nada adiantaria, pois a praça fora realizada às 13h daquele dia.

Quanto ao mais, as razões apresentadas neste recurso foram devidamente analisadas na decisão investida, sendo desnecessárias maiores considerações, razão pela qual, voto por se negar provimento ao agravo interno.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

A TURMA, POR UNANIMIDADE, NEGOU PROVIMENTO AO REGIMENTAL

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Julizar Barbosa Trindade, Hildebrando Coelho Neto e Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 28 de julho de 2009.

Agravo Regimental em Apelação Cível n. 2009.013026-9/0001-00**Campo Grande - Segunda Turma Cível****Relator Des. Julizar Barbosa Trindade**

E M E N T A – AGRAVO INTERNO – APELAÇÃO CÍVEL – UNIÃO ESTÁVEL – PARTILHA DE BENS ADQUIRIDOS DURANTE O CONVÍVIO DE QUASE VINTE ANOS – ESFORÇO COMUM PRESUMÍVEL – FUNDAMENTOS QUE NÃO JUSTIFICAM A REFORMA DA DECISÃO RECORRIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Não havendo razões que justifiquem a reforma do julgado, deve ser mantida a decisão agravada regimentalmente.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 21 de julho de 2009.

Des. Julizar Barbosa Trindade – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

Alexandra Aparecida Andrade e Aleonor de Andrade interpõem *agravo regimental* contra decisão monocrática (f. 286-8) que negou seguimento à apelação interposta em face de Manoel Gama dos Santos, mantendo a sentença que declarou a união estável entre o autor e a Sr^a Zenira Martins Calisto, determinando a partilha dos bens comuns.

Reitera que, para os bens serem partilhados, é imprescindível a comprovação do esforço comum dos companheiros, o que não se constata no caso em apreço, pois o agravado nunca trabalhou, e que a falecida Zenira pagava sozinha as prestações da casa e todas suas despesas.

Pondera que a partilha não decorre da simples convivência entre um homem e uma mulher, mas do esforço comum para a construção do patrimônio. Ao final, requer a reconsideração do entendimento exarado ou a remessa do recurso à Turma.

A decisão foi mantida (f. 297 v.), razão pela qual é submetida a este Colegiado.

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Relator)

Diante da interposição deste regimental, tive oportunidade de novamente analisar o processo, porém não me convenci da necessidade de modificar a decisão atacada, que ora reafirmo:

Decisão

Em que pese a insurgência dos apelantes com a declaração de união estável entre o apelado e a Sr^a Zenira Martins Calisto, com início em junho de 1986 e término com o falecimento dela em 04 de agosto de 2005, a sentença deve ser mantida sem reparos.

É que a convivência do casal restou amplamente demonstrada através da inclusão do apelado como dependente da falecida junto ao INSS (f. 21-4), da declaração assinada por duas testemunhas dando conta de que eles viviam maritalmente (f. 20), da redação escrita pela menor Jéssica, filha de criação do casal (f. 26-7) e, ainda, pelo fato de o endereço constante na certidão de óbito da Sr^a Zenira é o mesmo em que reside o apelado (f. 15 e 18).

Além disso, verifica-se que os próprios apelantes reconheceram a existência da união estável em audiência de conciliação realizada no dia 23.10.2008 (f. 231).

Assim, sopesando-se o conjunto probatório produzido nos autos, infere-se comprovada a existência da união estável do Sr. Manoel e da Sr^a Zenira, sendo inequívoco que conviviam como se casados fossem, pelo que os bens adquiridos na constância da vida em comum devem ser partilhados, nos termos do Código Civil e da Lei n. 9.278/9, respectivamente:

Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

Art. 5º - Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

Consigne-se que a união estável gera direitos e obrigações, pois é um fato jurídico, e, como tal, deve ser amparada pela proteção estatal. Deste modo, com a morte do companheiro, o outro participará de sua sucessão, conforme preceitua o Estatuto Civil:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes.

Lado outro, é inexigível, para configuração da sociedade de fato, a demonstração de que ambos os conviventes contribuíram diretamente para a constituição do patrimônio amealhado, isso porque o esforço mútuo é presumível diante da vida em comum, que, no caso, perdurou por quase vinte anos. Nesse sentido, o julgado do Superior Tribunal de Justiça:

‘UNIÃO ESTÁVEL. DISSOLUÇÃO. PARTILHA DO PATRIMÔNIO. REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA. SÚMULA n. 377 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTES DA CORTE.

1. [...]

2. As Turmas que compõem a Seção de Direito Privado desta Corte assentaram que para os efeitos da Súmula n. 377 do Supremo Tribunal Federal não se exige a prova do esforço comum para partilhar o patrimônio adquirido na constância da união. Na verdade, para a evolução jurisprudencial e legal, já agora com o art. 1.725 do Código Civil de 2002, o que vale é a vida em comum, não sendo significativo avaliar a contribuição financeira, mas, sim, a participação direta e indireta representada pela solidariedade que deve unir o casal, medida pela comunhão da vida, na presença em todos os momentos da convivência, base da família, fonte do êxito pessoal e profissional de seus membros.

3. [...] (REsp n. 736627/PR, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 11.4.2006).

Logo, diante da inexistência de dúvida de que os bens deixados pela falecida foram adquiridos na constância da união estável, o apelado faz jus à partilha dos mesmos, tal qual determinado pelo magistrado singular.

Conclusão

Diante do exposto, com assento no caput do artigo 557 do Código de Processo Civil e por manifesta improcedência, nega-se seguimento ao recurso

Campo Grande, 23 de junho de 2009.

Des. Julizar Barbosa Trindade - Relator

Em que pese a insurgência dos agravantes, reafirma-se que, para partilha dos bens adquiridos na constância da união estável, dispensa-se a prova do esforço comum, o qual se presume. Nestes casos, leva-se em conta o convívio dos companheiros e não a contribuição financeira de cada um na aquisição do patrimônio amealhado.

Diante da inexistência de argumentos capazes de alterar as razões da decisão ora agravada, voto por se negar provimento ao agravo interno, mantendo-se integralmente a decisão investiva.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

A TURMA, POR UNANIMIDADE, NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Julizar Barbosa Trindade, Luiz Carlos Santini e Hildebrando Coelho Neto.

Campo Grande, 21 de julho de 2009.

Agravo n. 2009.000394-8 – Dourados
Segunda Turma Cível
Relator Des. Luiz Carlos Santini

E M E N T A – AGRAVO – AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS – LEGITIMIDADE ATIVADO SÓCIO DE REQUERER A PRESTAÇÃO DE CONTAS – EMPRESA DE APENAS DOIS SÓCIOS – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO DE DECLARAÇÃO SALDO CREDOR – PREVISÃO LEGAL – ART. 918 DO CPC – PRESCRIÇÃO – AFASTAMENTO – ARTIGO 206, §3º, INCISO VII, DO CC – INAPLICABILIDADE AO CASO – IMPROVIMENTO.

Um dos sócios, cuja empresa possui apenas dois, tem legitimidade para requerer a prestação de contas judicialmente do outro sócio administrador, pois não há o que falar em convocação de assembléia de sócios tal fim.

Há previsão expressa no art. 918 do credor de houver, não havendo o que falar em impossibilidade jurídica do pedido CPC no sentido de que a sentença na ação de prestação de contas declarará o saldo.

Não se aplicado ao caso o prazo prescricional previsto no art. 206, §3º, inciso VII, do CC, pois o autor não alega violação de lei ou estatuto contra administrador ou sócio da empresa, sua pretensão é tão somente de prestação de contas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar as preliminares e, por igual votação, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 8 de setembro de 2009.

Des. Luiz Carlos Santini – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini

Trata-se de agravo interposto por Jorge Luiz Zenatti nos autos da ação de prestação de contas que lhe move Juarez Antonio Zenatti.

Alega-se a ilegitimidade do agravado, ao argumento de que existe uma via administrativa para a tomada de contas dos administradores da empresa e existindo esta possibilidade não pode o sócio pretender obter prestação de contas por intermédio de ação judicial.

Aduz-se a impossibilidade jurídica do pedido formulado pelo agravado na ação de prestação de contas, pois este na inicial pediu somente a prestação de contas, não tendo feito qualquer menção quando a declaração do saldo credor a que se refere o art. 918 do CPC.

Sustenta-se a falta de interesse processual em decorrência da perda do objeto superveniente à interposição da ação, haja vista que com o julgamento de procedência da ação de dissolução parcial de sociedade empresária, nesta deverá ser ventilada a matéria objeto desta.

Afirma-se que no caso se aplica o prazo prescricional previsto no §4º do art. 1.078 do Código Civil ou o prazo previsto no art. 206, § 3º, VII, b do Código Civil.

Argumenta-se que resta evidente a desnecessidade de nomeação de perito-contador para informar quais os documentos a serem eventualmente juntados pelo agravante.

Pugna pelo provimento do recurso para que seja reformada a decisão para que se extinga o feito sem conclusão do mérito, por ausência de legitimidade ativa *ad causam*, ou por impossibilidade jurídica do pedido ou pela falta de interesse processual decorrente da prolação de sentença na ação de dissolução parcial de sociedade empresária ou que seja cassada a decisão na parte que nomeou o perito-contador, de sorte a que seja a suficiência da documentação juntada pelo agravante, para fins de prestação de contas, analisada tão-só ao lume da legislação pertinente.

O agravado embora intimado não apresentou contrarrazões.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini (Relator)

O agravante se insurge contra a decisão singular proferida na ação de prestação de contas movida pelo agravado que não acolheu as preliminares arguidas de ausência de legitimidade ativa *ad causam*, de impossibilidade jurídica do pedido e de prescrição.

Passo ao exame de tais preliminares.

DA PRESCRIÇÃO.

O agravante alega primeiramente a aplicação ao caso do prazo previsto no § 4º, do art. 1.078 do Código Civil, vejamos o que estabelece este dispositivo.

Art. 1.078. A assembléia dos sócios deve realizar-se ao menos uma vez por ano, nos quatros meses seguintes ao término do exercício social, com o objetivo de:

[...]

§3º. A aprovação, sem reserva, do balanço patrimonial e do de resultado econômico, salvo erro, dolo ou simulação, exonera de responsabilidade os membros da administração e, se houver, os do conselho fiscal.

§4º. Extingue-se em dois anos o direito de anular a aprovação a que se refere o parágrafo antecedente.

Observa-se que se trata de prazo decadencial para de anular a aprovação feita por assembléia dos sócios do balanço patrimonial e de resultado econômico.

É incontroverso que não é esse o caso dos autos em que o agravado a prestação de contas da empresa Taurus Distribuidora de Petróleo Ltda. referente ao período compreendido entre o dia 1º de junho de 2001 até a data da citação da presente ação.

Da mesma forma não é caso de aplicação do art. 206, §3º, inciso VII, alínea *b* que estabelece:

§3º Em três anos:

[...]

VII – a pretensão contra as pessoas em seguida indicadas por violação da lei ou estatuto, contado o prazo:

[...]

b) “para os administradores, ou fiscais, da apresentação, aos sócios, do balanço referente ao exercício em que a violação tenha sido praticada, ou da reunião ou assembléia geral que dela deva tomar conhecimento;”

O agravado no presente caso não alega violação de lei ou estatuto contra administrador ou sócio da empresa, sua pretensão é tão somente de prestação de contas.

Assim sendo, rejeito a preliminar de prescrição.

DA ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*

O agravante argumenta que existe uma via administrativa para a tomada de contas dos administradores da empresa, qual seja, se os administrados retardarem a convocação de assembleia pode o sócio fazer tal convocação.

Aduz que se existe esta possibilidade o sócio deve a ela recorrer, não podendo obter prestação de contas por intermédio de ação judicial.

Ocorre que no caso presente trata-se de sociedade de apenas dois sócios, o autor/agravado com 49% do capital social e o réu/agravante com 51%.

Ao que consta o agravante era o administrador, logo, não há o que falar em o agravado convocar assembleia de sócios, se não havia outros sócios, para tomada de conta daquele.

Logo, o agravado possui legitimidade ativa para a ação de prestação de contas.

DA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.

O agravante traz dois fundamentos para a alegação de impossibilidade jurídica do pedido.

Primeiro diz que o autor agravado não requereu na inicial que houvesse declaração de valor de saldo credor; e segundo, diz que o magistrado não poderá fazer tal declaração porque que o ordenamento jurídico exige deliberação dos sócios para distribuição de lucros.

Pois bem. Quanto à falta de pedido verifica-se que o art. 915 do CPC menciona apenas que aquele que pretende exigir a prestação de contas requererá a citação do réu para apresentá-la ou contestar.

Vê-se que o dispositivo não menciona que deve haver pedido explícito de declaração de saldo credor.

Como bem colocou o magistrado singular ao pedir a prestação de contas fica implícito o pedido de declaração de saldo em razão da natureza dúplice desse tipo de ação.

Quanto à declaração do saldo credor na sentença trata-se de previsão expressa no artigo 918 do CPC, não havendo o que falar em pedido juridicamente impossível.

Nestes termos, não merece qualquer reparo a decisão singular que afastou a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido.

DA FALTA SUPERVENIENTE DE INTERESSE PROCESSUAL.

O agravante argumenta que houve perda do objeto superveniente à interposição da ação, haja vista que, com o julgamento de procedência da Ação de Dissolução Parcial de Sociedade (autos n. 002.07.014063-6) houve a determinação de apuração de haveres do ora agravado, sócio excluído e com isso será possível aferir a regularidade das contas.

Verifica-se na sentença proferida nos autos referidos que o magistrado determinou que os haveres deverão ser apurados com base em balanço especialmente elaborado para tal fim, devendo refletir a real situação patrimonial da sociedade, considerando o valor dos bens corpóreos, do fundo da empresa e demais bens incorpóreos.

O objeto desta ação é diferente, nestes autos o autor/agravado pede a prestação de contas da origem fiscal e econômica de todos os investimentos aplicados nas unidades econômicas que compõem o Grupo Econômico Taurus.

Assim sendo, afasto a preliminar de falta de interesse processual.

DA NOMEAÇÃO DO PERITO-CONTADOR.

O agravante diz que é desnecessária a nomeação de perito-contador para que informe os documentos a serem eventualmente juntados, pois em contestação juntou os balanços e a demonstração das contas de resultado referentes aos exercícios de 2005, 2006 e 2007, bem como juntou o Livro Diário atinentes a tais exercícios.

Ocorre que como bem esclareceu o magistrado singular, sendo este leigo em assuntos de contabilidade/administração, não tem condições de dizer quais são os documentos necessários para a análise das contas, devendo socorrer-se de perito contábil para tal fim.

Além disso, o artigo 915, §3º, segunda parte, do CPC permite isso ao magistrado ao estabelecer que: “[...] *sendo as contas julgadas segundo o prudente arbítrio do juiz, que poderá determinar, se necessário, a realização do exame pericial contábil.*”

Logo, não merece qualquer reparo a decisão também nesta parte.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

A TURMA, POR UNANIMIDADE, REJEITOU AS PRELIMINARES E, POR IGUAL VOTAÇÃO, NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Santini.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Luiz Carlos Santini, Hildebrando Coelho Neto e Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 8 de setembro de 2009.

Mandado de Segurança n. 2009.013183-8 – Capital
Terceira Seção Cível
Relator Des. Luiz Carlos Santini

E M E N T A – MANDADO DE SEGURANÇA – ICMS – ENERGIA ELÉTRICA –
CONTRATO DE DEMANDA RESERVADA DE POTÊNCIA – INCIDÊNCIA SOBRE O VALOR
CONSUMIDO – SEGURANÇA CONCEDIDA.

Em caso de demanda contratada, o ICMS - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação deve incidir somente sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e com o parecer, conceder a segurança. Ausente, por férias, o 1º vogal.

Campo Grande, 20 de julho de 2009.

Des. Luiz Carlos Santini – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini

Mecxil Mercantil Exportadora e Importadora Ltda. impetra mandado de segurança com pedido de liminar em face de ato ilegal do Secretário de Fazenda do Estado do Mato Grosso do Sul, argumentando que se utiliza de grande quantidade de energia elétrica, razão pela qual firmou contrato de reserva de demanda com a empresa fornecedora de energia elétrica.

Alega, em síntese, que o critério material da hipótese de incidência, isto é, o fato gerador que enseja a cobrança da exação fiscal do ICMS não encontra amparo legal quando se trata de contratação de demanda reservada, pois a operação que dá ensejo à imposição tributária é a entrada da energia na unidade consumidora e somente essa deveria ser tributada.

Sustenta que o fato gerador do ICMS é a transmissão de mercadorias, o que não ocorre quando a energia elétrica, mesmo que contratada, não é utilizada. Dessa forma, a hipótese descrita na lei não se amolda ao fato expresso no contrato, tornando-a insuscetível de imposição tributária.

Requer a concessão de liminar, diante da possibilidade de dano caso a impetrante continue a se ver compelida ao pagamento da exação do ICMS sobre a demanda contratada de energia. Alternativamente, pugna que a Enersul seja oficiada para que proceda ao depósito dos valores cobrados mensalmente na fatura de energia elétrica do impetrante.

Às f. 51-2, o relator substituto indeferiu o pedido de liminar pleiteado por ausência do perigo na demora.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça opinando pela concessão da segurança (f. 71-7).

VOTO

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini (Relator)

Conforme relatado, trata-se de mandado de segurança com pedido de liminar impetrado por Mecxil Mercantil Exportadora e Importadora Ltda. em face de ato ilegal do Secretário de Fazenda do Estado do Mato Grosso do Sul, consistente na cobrança de ICMS sobre a demanda contratada de energia elétrica, a qual não consubstancia fato gerador do referido tributo estadual.

Segundo a impetrante, a simples demanda contratada ou reserva de potência não autoriza a incidência de ICMS, pois nesse caso não há circulação, entrega ou consumo de energia elétrica, devendo o imposto incidir sobre o que efetivamente foi utilizado pela unidade consumidora.

É cediço que o § 3º do artigo 155 da Constituição Federal considera a energia elétrica como mercadoria para fins de incidência do ICMS, cuja hipótese de incidência é a circulação de mercadorias que, no caso, ocorre com o efetivo consumo da energia elétrica.

Portanto, o contrato de demanda reservada de potência firmado pela impetrante com a concessionária de energia elétrica visa, tão somente, garantir potência e demanda de energia elétrica em determinada quantidade, só havendo fornecimento quando a energia elétrica for efetivamente entregue, conforme contrato de fornecimento de energia elétrica (f. 30-43) isto é, utilizada pela unidade consumidora, quando aí sim ocorrerá fato gerador capaz de ensejar a exação do ICMS.

Ausente a circulação da energia elétrica, carece de legalidade a exação do referido tributo, resultando na impossibilidade de sua cobrança sobre a demanda reservada de potência.

Nesse sentido entende o Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. ICMS. ENERGIA ELÉTRICA. CONTRATO DE DEMANDA RESERVADA DE POTÊNCIA. FATO GERADOR. INCIDÊNCIA.

1 - O valor da operação, que é a base de cálculo lógica e típica no ICMS, como era no regime de ICM, terá de consistir, na hipótese de energia elétrica, no valor da operação de que decorrer a entrega do produto ao consumidor (Gilberto Ulhôa Canto).

2 - O ICMS deve incidir sobre o valor da energia elétrica efetivamente consumida, isto é, a que for entregue ao consumidor, a que tenha saído da linha de transmissão e entrado no estabelecimento da empresa.

3 - O ICMS não é imposto incidente sobre tráfico jurídico, não sendo cobrado, por não haver incidência, pelo fato de celebração de contratos.

4 - Não há hipótese de incidência do ICMS sobre o valor do contrato referente a garantir demanda reservada de potência.

5 - A só formalização desse tipo de contrato de compra ou fornecimento futuro de energia elétrica não caracteriza circulação de mercadoria.

6 - A garantia de potência e de demanda, no caso de energia elétrica, não é fato gerador do ICMS. Este só incide quando, concretamente, a energia for fornecida e utilizada, tomando-se por base de cálculo o valor pago em decorrência do consumo apurado.

7 - Recurso conhecido e provido por maioria.

8 - Voto vencido no sentido de que o ICMS deve incidir sobre o valor do contrato firmado que garantiu a “demanda reservada de potência”, sem ser considerado o total consumido. (REsp n. 222.810/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, julgado em 14.3.2000, DJ 15.5.2000, p. 135).

Assim, não se reveste de legalidade a incidência de ICMS sobre a demanda reservada de potência por ausência de fato gerador, qual seja a circulação de energia elétrica, pois a incidência deste imposto só ocorre sobre a demanda efetivamente consumida.

Pelo exposto, concede-se a segurança para afastar a incidência do ICMS - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - sobre os valores da demanda contratada. Custas na forma da lei, sem sucumbência.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, CONCEDERAM A SEGURANÇA. AUSENTE, POR FÉRIAS, O 1º VOGAL.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Santini.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Luiz Carlos Santini, João Maria Lós, Julizar Barbosa Trindade e Rubens Bergonzi Bossay.

Campo Grande, 20 de julho de 2009.

Apelação Cível n. 2009.020115-9 – Corumbá
Segunda Turma Cível
Relator Des. Luiz Carlos Santini

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA – POLÍCIA CIVIL – CUSTÓDIA DE PRESOS – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE DEVER FUNCIONAL – RISCO À SEGURANÇA PÚBLICA – PRESERVAÇÃO DO INTERESSE COLETIVO – PROVIDO.

Apesar de a custódia de presos não estar alinhada especificamente às funções dos policiais civis, ainda assim não lhe é totalmente estranha e restando constatada que seu não desempenho acarretaria risco à sociedade, deve prevalecer a supremacia do interesse coletivo sobre o interesse de um grupo restrito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, reformar a sentença e julgar improcedente o pedido, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 22 de setembro de 2009.

Des. Luiz Carlos Santini – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini

Trata-se de recurso de apelação interposto por SINPOL-MS – Sindicato dos Policiais Civis do Estado de Mato Grosso do Sul nos autos da ação ordinária que moveu em face do Estado de Mato Grosso do Sul.

Alega-se que uma simples análise na inicial leva a perceber que o apelante não pretende nenhum controle de inconstitucionalidade de lei, mas sim obter do Poder Judiciário uma decisão reconhecedora de que os policiais representados não têm a obrigação de atuarem como custodiadores de presos.

Sustenta-se que os policiais civis estão exercendo uma função que não é sua por falta de previsão legal, como se verifica na inicial, essa função legal dos Agentes Penitenciários que são treinados de acordo com o que determina a Lei da Execução Penal.

Argumenta-se que o policial civil não ganha nenhuma vantagem para exercer tal função, mas responde disciplinarmente quando alguma coisa de anormal acontece relativamente aos presos, como fuga, maus tratos, contaminação, insalubridade.

Pugna-se pelo provimento do recurso para que seja reformada a sentença, afastando a preliminar de ausência de interesse de agir e inadequação da via eleita e seja julgada a lide conforme art. 515, §3º, do CPC.

O Estado de Mato Grosso do Sul apresentou contra-razões às f. 271-286.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Carlos Santini (Relator)

O recurso merece prosperar em parte.

O Sindicato dos Policiais Cíveis deste Estado ajuizaram ação declaratória em face do Estado de Mato Grosso do Sul para que fosse reconhecida a inexistência de dever funcional dos Policiais Cíveis da Comarca de Corumbá em custodiar presos daquelas unidades.

O magistrado singular entendeu que a demanda não era adequada ao fim a qual se destinava, o que somente poderia ser realizado mediante a interposição de ação direta de inconstitucionalidade.

Ocorre que a um exame da inicial verifica-se que se alega a inexistência de obrigação legal dos policiais civis quanto à custódia de presos e em momento algum se argumenta qualquer inconstitucionalidade na legislação estadual que rege a matéria.

Vê-se, portanto, que a ação declaratória não é meio processual inadequado para a consecução dos fins almejados pelo autor/apelante.

Assim sendo, dou provimento parcial ao recurso para anular a sentença que extinguiu o feito sem julgamento do mérito por falta de interesse de agir.

Como a causa versa questão exclusivamente de direito e está em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 515, § 3º, do CPC, passo ao exame do mérito.

Primeiramente convém destacar que no direito, especialmente na seara pública, existem situações em que é preciso diferenciar o ideal do real ou do possível.

Certo é que seria ideal que fossem atribuídos a todos os policiais civis somente as atividades de investigação e que a custódia de presos fosse realizada exclusivamente por servidores capacitados especificamente para a função.

Entretanto, a realidade comprova que os policiais civis são indispensáveis à custódia dos presos.

Reafirmo que essa situação não é ideal, mas diante da notória falência do sistema prisional, não vislumbro outra alternativa.

Além disso, a custódia de presos, especialmente a provisória, está diretamente relacionada ao dever da polícia civil de efetuar prisões e buscar provas.

A própria Lei Orgânica da Polícia Civil dispõe expressamente que lhe incumbe a preservação da ordem e segurança pública e da incolumidade das pessoas, bem como da repressão à violência. (artigos 1º, 3º, I, 7º, VI, 153, III da Lei Complementar n. 114/2005)

A Polícia Civil tem, ainda, como função institucional “apoiar e cooperar, de forma integrada, com os órgãos municipais, estaduais e federais de segurança pública, de maneira a garantir a eficácia de suas atividades” (art. 7º, XVI, LC 114/2005).

A mencionada lei dispõe, também, que compete aos delegados de polícia coordenar as ações de busca, captura e transferência de presos (art. 235, II, i) e ao investigador de polícia realizar o recolhimento, a movimentação e a escolta de presos (art. 250, VII).

É de ressaltar que um dos preceitos éticos do policial civil é “servir a sociedade como obrigação fundamental” (art. 153, I), não sendo possível, tampouco, ético afirmar que a custódia de presos é estranha à função policial.

Embora, como já dito, parece não ser a solução ideal, certo é que essa vem sendo a política adotada, não se sabe se por opção ou por indisponibilidade de recursos (a mais provável), pelas autoridades do Poder Executivo, não podendo o Judiciário nela ingerir.

Por fim, cumpre acrescentar que a declaração da inexistência do dever funcional, como requerido na inicial, logicamente, traria um benefício aos policiais civis, porém poderia gerar graves consequências haja vista que os encarcerados nas delegacias da comarca teriam que ser transferidos para presídios ou funcionários que estão lotados nos presídios teriam que ser transferidos para delegacias, o que, pela notória situação de lotação e falta de pessoal nos presídios, poderia provocar situações de extremo risco à segurança pública, como por exemplo fugas e rebeliões.

Tenho que assim o interesse coletivo deve ser preservado.

Ante o exposto, julgo improcedente o pedido inicial.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

A TURMA, POR UNANIMIDADE, REFORMOU A SENTENÇA E JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Santini.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Luiz Carlos Santini, Hildebrando Coelho Neto e Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 22 de setembro de 2009.

Apelação Cível n. 2007.014010-9 - Campo Grande**Quinta Turma Cível****Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva**

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO COM O OBJETIVO DE SER IMPEDIDA A COBRANÇA DA TARIFA DE ESGOTO – PRELIMINAR DE DECADÊNCIA – ATO COMISSIVO CONTINUADO CUJO PRAZO RENOVA MÊS A MÊS – PREJUDICIAL AFASTADA – SERVIÇO PÚBLICO DE COLETA DE ESGOTO – CONTRATO DE CONCESSÃO – ASSUNÇÃO DOS RISCOS DO EMPREENDIMENTO PELA CONCESSIONÁRIA – EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO – NÃO-SUJEIÇÃO DA REMUNERAÇÃO DO SERVIÇO AO REGIME TRIBUTÁRIO – CONTRAPRESTAÇÃO MEDIANTE TARIFA – MENSURAÇÃO POR ESTIMATIVA – LEGALIDADE DA COBRANÇA – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO AMPARÁVEL PELA VIA MANDAMENTAL – RECURSOS PROVIDOS.

Em se tratando de ato omissivo continuado, o prazo decadencial para se impetrar a ação mandamental renova mês a mês, visto que envolve obrigação de trato sucessivo.

O serviço público de coleta de esgoto, objeto de exploração por pessoa jurídica de direito privado possui regime jurídico de remuneração diverso do tributário, visto que, para ser mantido o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, é imperioso existir um sistema de pronta recomposição patrimonial, independentemente da necessidade de lei específica e de cobrança postergada ao exercício financeiro seguinte, razão pela qual a contraprestação correspondente deve ser feita mediante tarifa ou preço público.

Há precedente do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a cobrança pelos serviços de água e esgoto não se submete ao princípio da legalidade estrita, segundo o qual é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributo sem que o estabeleça, pelo que deve ser reformada a sentença, para permitir a cobrança do serviço de esgoto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, rejeitar a preliminar, unânime. Deram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator, unânime, com o parecer.

Campo Grande, 16 de julho de 2009.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Trata-se de recurso de apelação interposto por Águas Guariroba S.A contra sentença que, ao julgar procedente o pedido formulado por Benedita Aparecida Braga Benites, nos autos do Mandado de Segurança n. 001.06.044232-9, não permitiu, por suposta inconstitucionalidade, a cobrança da taxa de esgoto.

Sustenta a apelante, em preliminar, que ocorreu a decadência, haja vista que o mandado de segurança foi impetrado após o prazo de cento e vinte dias do ato coator, que, no caso, ocorreu em 1999. No mérito alega: a) que a Lei Federal n. 8.987/95 autoriza expressamente a cobrança de serviço de esgoto, por meio de tarifas (preços públicos), uma vez que se trata de serviços prestados por terceiros, garantindo, assim, a inaplicabilidade do regime tributário estabelecido no ordenamento jurídico; b) que aludida Lei federal é constitucional porque deu aplicação ao artigo 175 da Constituição Federal, que manda que os serviços públicos delegados por meio de concessão ou permissão serão remunerados por meio de tarifa e c) que está autorizado a cobrar o serviço de esgoto pela Prefeitura Municipal, conforme cláusula 6.4, do contrato n. 104, de 18.10.2000.

O magistrado *a quo* submete a sentença concessiva do presente *writ* a reexame necessário.

A Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer opinando pelo conhecimento e provimento da apelação interposta e, via de consequência, pelo conhecimento e provimento da remessa compulsória.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Águas Guariroba S.A. e pelo Diretor Presidente da Empresa Águas Guariroba S.A., contra a sentença que, nos autos do mandado de segurança impetrado por Benedita Aparecida de Oliveira Braga Benites, julgou procedente o pedido formulado na inicial, isentando a autora-apelada do recolhimento da denominada “taxa de esgoto”.

Antes de apreciar o mérito, passo a analisar a preliminar de decadência suscitada pelo recorrente.

DA PRELIMINAR DE DECADÊNCIA

Sustenta o recorrente que a tarifa de esgoto foi inicialmente cobrada através da Portaria Sanesul n. 144/99, e que, decorridos praticamente cinco anos, o ato considerado ilegal não poderia ser impugnado pela via mandamental, haja vista que o prazo para ingressar com a ação de mandado de segurança é de cento e vinte dias contados a partir da data do ato coator.

Tenho que não lhes assiste razão.

Isso porque, em se tratando de ato comissivo ou omissivo continuado, o prazo decadencial para impetrar a ação mandamental se renova mês a mês, visto que envolve obrigação de trato sucessivo.

Nesse sentido, trago à colação entendimento jurisprudencial proveniente do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO - RECURSO ESPECIAL - VIOLAÇÃO A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - ART. 1º DA LEI N. 1.533/51 - REEXAME DE PROVAS – DECADÊNCIA - ATO OMISSIVO CONTINUADO - DISSÍDIO PRETORIANO NÃO CONFIGURADO.

1 - A apreciação da alegação de contrariedade a dispositivos constitucionais refoge à competência desta Corte, a quem a Carta Política confia a missão de unificar o direito federal.

2 - A análise de violação do art. 1º da Lei n. 1.533/51, ou seja, dizer se existe ou não direito líquido e certo capaz de ensejar a impetração de mandado de segurança, pressupõe reexame da matéria fático-probatória, exercício inviável de ser realizado em sede especial, a teor do disposto no verbete sumular n. 7/STJ.

3 - O prazo decadencial para impetrar o *mandamus*, cuidando a espécie de ato omissivo continuado, se renova mês a mês, por importar em obrigação de trato sucessivo. Precedentes.

4 - Malgrado a tese de dissídio jurisprudencial, há necessidade, diante das normas legais regentes da matéria (art. 541, parágrafo único do CPC c/c o art. 255 do RISTJ), de confronto, que não se satisfaz com a simples transcrição de ementas, entre o acórdão recorrido e trechos das decisões apontadas como divergentes, mencionando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. Ausente a demonstração analítica do dissenso, incide o óbice da súmula 284 do Supremo Tribunal Federal.

5 - Recurso não conhecido. (STJ/PA, REsp n. 426868, (200200442390), Sexta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 24.2.2003).

Por tais razões, rejeito a preliminar de decadência.

MÉRITO

Compulsando os autos, verifico que a parte apelada embasou sua pretensão no argumento de que a taxa de esgoto exigida no município de Campo Grande estaria irregularmente instituída quanto à divisibilidade, especificidade e legalidade, não sendo, portanto, possível exigir a contraprestação pretendida pela concessionária, muito embora do serviço pretenda continuar utilizando, o que demonstra contra-senso.

De outro lado, o apelante sustentou que o serviço público em questão é remunerado por meio de tarifa e que, estando esta regularmente instituída, não há óbice à sua pronta exigência, sob pena de ferir-se o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão.

Ao decidir esta questão, posicionou-se o magistrado *a quo* pela inexigibilidade do valor cobrado a título de coleta de esgoto, afirmando que se trata de serviço compulsório remunerado por taxa, mas que não está devidamente instituído por lei.

Daqui se segue que o cerne da questão debatida está centrado em saber se o serviço de esgoto é remunerado mediante taxa ou tarifa, se é mensurável e se, a despeito dessas questões, é possível ou não se valer de tal benesse sem que para tanto se exija contraprestação.

Entendo que a razão esta com a Procuradoria de Justiça, que, ao emitir o parecer, sustentou que a o montante cobrado a título de ressarcimento pela prestação do serviço de esgoto caracteriza-se como tarifa.

Neste sentido, transcrevo parte do parecer ministerial, *in verbis*:

O *punctum saliens* da questão reside em saber se o montante cobrado a título de ressarcimento pela prestação do serviço de esgoto caracteriza-se como taxa, espécie de tributo, ou como tarifa.

A resposta adequada é a que considera a remuneração por tal serviço modalidade tarifária, ou seja, preço público, e não modalidade de tributo, qual seja, taxa.

É que a partir do momento em que o serviço público, mesmo sendo de prestação obrigatória, como o é o de esgotos, passa a ser prestado por uma concessionária, a forma da respectiva remuneração, não obstante pudesse anteriormente efetivar-se mediante a cobrança de taxa, transmuda-se em tarifária, como é das essências dos serviços concedidos, a teor do que dispõe o art. 175, II, da *Lex Mater*.

Se assim não fosse, estaria comprometido o equilíbrio financeiro daquelas entidades, que não podem depender da promulgação de lei sempre que quiserem fazer ajustes aos valores tarifários. As concessionárias, assim, prestam serviços cuja remuneração sempre se efetuará mediante pagamento de preços públicos, nunca de taxas, sob pena de se desvirtuar a natureza jurídica da concessão.

O Administrativista José Cretella Júnior, com precisão, abordou o tema, nos moldes que se seguem:

No conjunto das rendas públicas, taxa e preço público são conceitos distintos, espécies autônomas de remuneração de serviços públicos.

Taxa é a síntese, o custeio de serviços jurídico-administrativos, tipicamente estatais. Preço público é o pagamento de serviços que, embora exercidos pelo Estado, não lhe são, em tese, privativos.

Os serviços industriais e comerciais do Estado não são retribuídos mediante taxas, mas mediante preços públicos, ou mesmo preços semi-privados.

Como se há de denominar essa mesma remuneração, quando o serviço público deixa de ser administrado pelo próprio Estado e se converte à gestão privada, sem perder a sua condição intrínseca do serviço público? As tarifas dos serviços públicos concedidos são, em sua, taxa ou preços?

A resposta parece evidente. Se preço público é a contribuição paga pelo usuário à empresa, ente ou serviço do Estado, não se transfigurará a sua natureza jurídica, para inculcá-la a feição de taxa, quando o Estado se ausente de sua execução, deferindo-a à entidade concessionária ou permissionária. (**Curso de Direito Administrativo**, 17 ed. Forense. Rio de Janeiro, 200, p. 380).

O egrégio Supremo Tribunal Federal, a respeito, decidiu: “As contraprestações cobradas pelo Departamento Sanitário do Estado pelos usuários das redes de águas e esgotos [...] são preço público, pois nem toda a contribuição por serviços prestados é taxa” (REsp n. 54.491, Min. Hermes Lima).

Na mesma toada, *mutadis mutandis*, o seguinte aresto, também do excelso Pretório: “Preço público. Essa a natureza jurídica da tarifa cobrada pelo fornecimento de água” (REsp n. 77.612, Min. Leitão de Abreu). (Parecer Ministerial- f. 344-346).

Da lição acima exposta, é lícito concluir que a contraprestação pelo serviço de coleta de esgoto efetuado pela concessionária deve ser submetida a um regime jurídico de direito privado e remunerado mediante tarifa, sendo possível a sua instituição e revisão do preço a qualquer tempo e independentemente de lei específica.

Ademais, em se tratando de pessoa jurídica de direito privado, não se pode admitir seja ela destinatária de tributos, receita essa de exclusiva percepção por parte do Estado, como é a taxa.

Deveras, a própria Constituição Federal de 1988, ao tratar da concessão de serviços públicos no artigo 175, parágrafo único, inciso III, referiu-se à remuneração da atividade concedida mediante tarifa, *in verbis*:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

[...]

III - política tarifária.

Ante o que foi acima exposto, concludo, enfim, que o preço exigido pela apelante em razão do serviço público de coleta de esgoto possui natureza jurídica de tarifa e que, portanto, a forma pela qual esta vem sendo hodiernamente exigida dos destinatários não se reveste de ilegalidade, estando de pleno acordo com as disposições legais atinentes à matéria.

Outrossim, quanto ao argumento de que o serviço de esgoto não pode ser cobrado por não ser passível de mensuração, tenho que igualmente não assiste razão ao magistrado *a quo* que também submete a sua sentença ao reexame necessário.

Isso porque, embora o serviço de esgoto não possa ser medido com instrumentos mecânicos, tal circunstância não afasta a possibilidade de ter seu montante calculado pela utilização média de cada unidade consumidora e ponderada com base em estudos circunstanciados, em que se apure a quantidade de matéria despejada, conforme critérios específicos, tal como é feito em todo o país.

De fato, é sabido que os esgotos provenientes das unidades consumidoras não são expelidos com pressão que possibilite a averiguação de seu volume com precisão tal como ocorre com o registro da água que passa pelo hidrômetro, razão pela qual não se torna possível a utilização de mecanismo de medição similar ao utilizado para verificar o consumo de água, sendo certo que o único sistema hoje existente no mercado possui um custo elevadíssimo e inviável.

Com a implantação desse medidor em cada uma das residências beneficiadas pela rede de esgoto estar-se-ia onerando em muito a tarifa a ser paga pelos usuários, sendo, portanto, prejudicial ao interesse coletivo, circunstância excepcional que justifica e autoriza a medição desse serviço por estimativa.

Não se pode perder de vista que na composição dos esgotos expelidos têm-se uma carga enorme de outros elementos além da água que os conduz, tais como: restos alimentares, dejetos, águas servidas e, até mesmo, águas pluviais coletadas.

Dessa forma, não considero que a parte autora esteja sendo prejudicada ou excessivamente onerado pelo serviço que lhe está sendo cobrado, motivo qual não há falar em irregularidade de medição ou mesmo em ausência desta.

Caso ainda discorde do valor da contraprestação que lhe é exigida, deve promover uma análise particular e minudente do esgoto expelido por seu imóvel, e proceder conforme lhe autoriza o ordenamento jurídico vigente.

O que lhe é defeso é dispor de um serviço que representa uma benesse incomensurável, por importar em saneamento básico, sem a devida contraprestação pecuniária.

Por outro lado, deve ser destacado nesse ponto que o município de Campo Grande conta com estações de tratamento de esgoto, não havendo, portanto, afronta ao artigo 138, da Lei Orgânica Municipal.

É oportuno ressaltar que o Supremo Tribunal Federal ratificou o posicionamento ora esposado ao considerar lícita a exigência de contraprestação no Município de Campo Grande por meio de tarifa, o que é possível observar através da leitura da decisão monocrática a seguir colacionada: (www.stf.gov.br)

DECISÃO: 1. Trata-se de recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul e assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA – COBRANÇA DE SERVIÇO DE COLETA DE ESGOTO MEDIANTE TARIFA – IMPOSSIBILIDADE – COBRANÇA MEDIANTE TAXA – IMPOSSIBILIDADE – SERVIÇO NÃO MENSURÁVEL. A coleta de esgoto é serviço essencial, e como tal não pode ser cobrado mediante preço público. Resta, outrossim, obstada a cobrança por meio de taxa por impossibilidade de se auferir a quantidade de serviço utilizado. Confirma-se a sentença concessiva de segurança para impedir a cobrança do serviço de esgoto ao impetrante. Recurso conhecido e não provido. (f.224)

1. Sustenta o recorrente, com fundamento no art. 102, III, a, ter havido violação ao art. 175, da Constituição Federal.

2. Consistente o recurso. Em caso análogo, no Agravo de Instrumento n. 225.143, bem lembrou o eminente relator Ministro Marco Aurélio, que a “Jurisprudência desta Corte é no sentido de ter como preço público e, portanto, tarifa, o quantitativo cobrado a título de água e esgoto. Confirma-se com os seguintes precedentes: Recursos Extraordinários n. 54.194, 54.491 e 77.162, relatados pelos Ministros Luis Gallotti, Hermes Lima e Leitão de Abreu, com acórdãos publicados nos Diários da Justiça de 28 de novembro e 17 de dezembro, ambos de 1963 e 24 de maio de 1977, respectivamente.

Diante do exposto, e com fundamento no art. 557, § 1º-A, do CPC, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para julgar improcedente a ação, invertidos os ônus da sucumbência. (STF, REsp n. 447972/MS, Rel. Min. Cezar Peluzo, DJU n. 160 de 21.8.06, Águas Guariroba x Cond. Edif. Mediterrâneo).

Essa matéria, como dito, gradativamente vem sendo pacificada neste sodalício, na linha de raciocínio do Supremo Tribunal Federal, consoante se vê da ementa do seguinte acórdão:

E M E N T A – REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIÇO DE ESGOTO – TERCEIRIZAÇÃO MEDIANTE REGIME DE CONCESSÃO – CONTRAPRESTAÇÃO – NATUREZA – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA – REGIME TRIBUTÁRIO – INAPLICABILIDADE – EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO – GARANTIA CONSTITUCIONAL – RECURSO E REEXAME PROVIDOS.

A formalização de contrato administrativo de concessão de serviço público, por meio do qual será transferida a execução de um serviço público ao particular (concessionário), tem por fim permitir ao Estado a boa prestação do serviço e ao concessionário um meio pelo qual possa obter o fim almejado (lucro). A lucratividade mirada pelo particular é viabilizada por meio da cobrança da tarifa, que é o preço público pago pelo usuário como contraprestação do serviço público prestado pela concessionária.

O regime tributário é incompatível com o regime jurídico da remuneração do concessionário de serviços públicos, a quem deve ser garantido o princípio consagrado na Constituição Federal, que assegura o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos desse jaez firmados com o Poder Público.

Segundo precedentes do Supremo Tribunal Federal, a cobrança pelos serviços de água e esgoto não se submete ao princípio da legalidade estrita, segundo o qual é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributo sem que o estabeleça. Recurso e reexame providos. (TJMS, AC - Lei Especial - n. 2005.009075-0, Campo Grande, Terceira Turma Cível, Rel. Designado Des. Oswaldo Rodrigues de Melo).

Dos precedentes acima citados, bem se vê que o recurso de apelação merece provimento, para a reforma da sentença que decidiu pela ilegalidade da chamada “taxa de esgoto” cobrada pela concessionária que, como acima demonstrado, não se trata de taxa, mas sim de tarifa.

CONCLUSÃO

Pelas razões acima expostas, conheço de ambos os recursos, voluntário e obrigatório, dou-lhes provimento para, em concordância com o posicionamento da Procuradoria-Geral de Justiça e reconhecendo a legalidade da cobrança da tarifa de esgoto, negar a segurança pleiteada, tendo em vista a não-comprovação de existência de direito líquido e certo em usufruir de um serviço ofertado por particular sem a devida contraprestação financeira.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

PRELIMINAR REJEITADA, UNÂNIME. DERAM PROVIMENTO AOS RECURSOS, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, UNÂNIME, COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Luiz Tadeu Barbosa Silva, Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 16 de julho de 2009.

Apelação Cível n. 2007.023342-8 - Campo Grande
Quinta Turma Cível
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO – ABORDAGEM PÚBLICA E DESPROPORCIONAL POR SEGURANÇA DE SUPERMERCADO – IMPUTAÇÃO DE CONDUTA CRIMINOSA – ATO ILÍCITO CONFIGURADO – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO FIXADO EM VALOR RAZOÁVEL – TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA – PROIBIÇÃO DO *REFORMATIO IN PEJUS* SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Adolescentes que indevidamente foram submetidos ao constrangimento de serem abordados de forma desproporcional por segurança de estabelecimento comercial que, imprudentemente, e sob mera suspeita não confirmada de furto, os expôs a atenção e curiosidade do público em geral, é evento apto a gerar reparação pecuniária por dano moral.

A indenização por danos morais deve atender simultaneamente a dois critérios: o compensatório ao ofendido e o punitivo ao ofensor. Entre esses dois limites, a indenização fixada apresenta-se em valor razoável.

Na hipótese de obrigação proveniente de ato ilícito, os juros são computados desde o evento, conforme Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça, regra não aplicável nestes autos, em obediência ao princípio da proibição da *reformatio in pejus*, já que o juiz *a quo* os fixou a contar da citação, sem recurso da parte vencida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Decisão de acordo com o parecer.

Campo Grande, 17 de setembro de 2009.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Companhia Brasileira de Distribuição interpõe recurso de apelação em face da sentença que julgou procedentes os pedidos formulados na ação de indenização por ato ilícito ajuizada por Nailda Aparecida de Campos, Otávio Augusto da Silva e Wagner Augusto da Silva.

Narra a sentença que os menores autores foram surpreendidos no interior do veículo de sua mãe, a primeira autora, no estacionamento do estabelecimento comercial da apelante, por um segurança privado desta última, na suposição de que os menores estivessem *assaltando* a proprietária do automotor, quando a progenitora, naquela momento, se encontrava fazendo compras no interior do referido estabelecimento comercial. Na abordagem o segurança agiu com manifesta culpa, advindo então sentença condenatória contra a apelante, de R\$ 15.000,00 para cada menor, mais R\$ 10.000,00 para a progenitora, a título de dano moral, totalizando R\$ 40.000,00 a condenação, além de custas e honorários fixados em 20% sobre o valor da condenação.

Em suas razões (f. 219-233), a apelante alega que no caso em tela os menores contribuíram para o evento considerado danoso e que a referida situação teria trazido mero incômodo a eles, não gerando, segundo seu entendimento, danos morais passíveis de indenização.

Sustenta que não houve ação ou omissão de caráter ilícito, existindo, portanto simples risco da atividade.

Subsidiariamente, alega que o *quantum* fixado pelo juízo *a quo* estaria em desacordo com os fatores de fixação de indenização por dano moral, requerendo a redução do *quantum* fixado.

Assevera que os juros moratórios deveriam ter como termo inicial a data da fixação da indenização, ou seja, a data da prolação da sentença.

Assim considerando, requer o total provimento.

Em contrarrazões, pugnam os apelados pela manutenção *in totum* da sentença recorrida.

O parecer da Procuradoria-Geral de Justiça é pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator)

Trata-se de apelação interposta por Companhia Brasileira de Distribuição em relação à sentença de procedência do pedido proferida nos autos da ação ordinária de indenização por ato ilícito.

Colhe-se dos autos que no dia 22.9.2004, por volta das 21h30m, os apelados Otávio e Wagner, menores de idade, se encontravam no interior do estabelecimento comercial da apelante, aguardando a chegada da progenitora Nailda. Com a chegada da mãe, os menores foram até o seu veículo, no estacionamento da apelante. Os menores adentraram no veículo estacionado, enquanto a mãe se dirigia para o interior da loja, para efetuar suas compras.

Passados alguns instantes, os menores ouviram alguém gritar, ordenando que eles saíssem do veículo. Esse alguém era o segurança particular da apelada, que apontava uma arma para os menores, determinando que eles se deitassem com as mãos na cabeça e o rosto para o chão.

Tratava-se de uma suspeita de furto no veículo. Na dúvida, o segurança determinou que Wagner fosse ao interior do supermercado, para chamar sua mãe, mantendo o apelado Otávio deitado no chão. Com a vinda da mãe houve a constatação da negligência do segurança, de nome Samil Batista, por sinal soldado da Polícia Militar, que fazia a segurança privada em favor da apelante, pessoa que relatou esses fatos em seu depoimento (f. 151-152).

Isso redundou na sentença condenatória submetida a reexame. O magistrado singular, considerando a existência de dano moral por força da humilhação e constrangimento sofridos pelos recorridos, condenou a recorrente a pagar R\$ 15.000,00 para cada menor (Otávio Augusto da Silva e Wagner Augusto da Silva), mais R\$ 10.000,00 para a progenitora deles, Nailda Aparecida de Campos, totalizando **R\$ 40.000,00** a condenação, além de custas e honorários fixados em 20% sobre o valor da condenação.

Da prática do ato ilícito

A apelante recorre pugnando pela assertiva de que não houve ato ilícito e que os menores haviam despertado fundadas suspeitas no segurança da loja, pois vagavam de maneira injustificada pelas dependências do supermercado.

Como relatado, a apelante contratou os serviços do policial militar Samil Batista, para que este, no horário de folga, fosse o segurança do estabelecimento comercial, inclusive na área do estacionamento de veículos.

No caso versando há de se aplicar a teoria da responsabilidade objetiva, em que o patrão se torna responsável pelo ato praticado por seu preposto.

O preposto, portando arma, ao abordar dois menores no interior de um veículo, agiram de forma imprudente e negligente.

Para que se configure o ato ilícito, imprescindível que haja: a) **fato lesivo** voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência (RT 443:143, 450:65, 494:35, 372:323, 440:74, 438:109, 440:95, 477:111 e 470:421); b) ocorrência de um **dano patrimonial ou moral**; c) **nexo de causalidade** entre o dano e o comportamento do agente (RT 477:247, 463:244, 480:88, 481:211, 479:73 e 469:84).¹

Fácil imaginar a dor, o sofrimento e a humilhação, mormente da mãe, que vê dois filhos submetidos ao constrangimento da suspeita de furto, revistados e deitados com as mãos na cabeça e o rosto para o chão, sob a mira de arma de fogo, à mercê de um segurança, quando, naquele momento, nada de anormal acontecia no estabelecimento comercial.

A abordagem foi desastrosa. Os menores não representavam perigo algum para a incolumidade pública naquela circunstância. Daí a desproporção na abordagem, capaz de gerar danos.

Previsível o dano moral sofrido por aquele que de forma imoderada e desproporcional é chamado a se deitar no chão, sob mira de revólver, por segurança de estabelecimento comercial, sem qualquer razão plausível, já que no momento da abordagem não havia sinal nenhum de perigo à incolumidade pública. Pela abordagem ficaram os menores e sua mãe expostos à curiosidade do público.

Com peculiar precisão, anota Arnaldo Rizzardo², que ***considera ato ilícito a revista de pessoas pela abordagem indevida, inculcando desconfiança e implícita suspeita da prática de delito; o jurista abona a indenização por dano moral, porque o cliente se sente humilhado.***

No caso dos autos, tem-se que a situação vexatória a que foram submetidos os menores, foi agravada pelo fato de terem sido obrigados a deitar-se no chão, com as mãos na cabeça, sendo exposta a atenção de todas as pessoas que transitavam pelo estacionamento do supermercado, sugerindo-lhes a idéia de que se tratavam de delinquentes presos em flagrante.

¹ Vide a respeito Maria Helena Diniz, in **Código Civil Anotado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 169.

² RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 253.

É evidente que uma pessoa detida por segurança portando arma de fogo, de forma imoderada, num local público, sofre dano moral, haja vista quem passa por temor incalculável, principalmente ao ser acusado de forma injusta da prática de tentativa de furto, sobretudo no caso dos autos, em que os acusados são menores de idade.

É inegável que a reputação das pessoas envolvidas no mal-entendido ficou maculada no local do fato, pois foram tratadas e expostas ao público ali presente como meliantes presos em flagrante.

Vale destacar que embora o ato ilícito tenha sido praticado pelo preposto do estabelecimento comercial apelante, é dever deste reparar o dano sofrido pelos lesados, haja vista a disposição do art. 932, III, do CC/2002, que determina ser o empregador responsável objetivamente, isto é, independentemente de culpa, pela conduta praticada por seus funcionários, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele.

Embora Samil Batista seja soldado da Polícia Militar, no momento dos fatos, encontrava-se exercendo função de segurança privada no supermercado, saliente-se que de forma ilícita. Assim, ao abordar os adolescentes agia no exercício do trabalho que lhe havia sido solicitado pela apelante, o de salvaguardar os veículos dos clientes. Assim, resta evidenciado que a Companhia Brasileira de Distribuição Extra Hipermercados responde pela conduta lesiva do agente.

Sobre o tema, é pacífica a jurisprudência desta Corte de Justiça:

ACÇÃO INDENIZATÓRIA DE DANOS MORAIS – CLIENTES ABORDADAS E REVISTADAS POR SEGURANÇA SOBRE SUSPEITA INFUNDADA DE FURTO – DANO MORAL CONFIGURADO – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA CONFIRMADA – RECURSO DA RÉ – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA DE UMA DAS AUTORAS – REJEITADA – RECURSO ADESIVO DAS AUTORAS – PRETENSÃO DE MAJORAÇÃO DO VALOR DA CONDENAÇÃO – REJEITADA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS.

Se da inicial, da procuração e dos elementos constantes dos autos fica evidenciado que a pretensão indenizatória é movida pela mãe e filha, esta última representada pela primeira, por ser menor púbere, é evidente que ambas são as legitimadas para a causa, rejeitando-se a preliminar que arguiu suposta e inexistente ilegitimidade da mãe.

É devido a indenização por dano moral quando a empresa, por via de seus funcionários, atua de maneira abusiva, abordando as autoras, consumidoras, sob mera suspeita de furto, que não resultou comprovado.

A conduta de forçar as autoras a lhes acompanhar a um depósito existente nos fundos do estabelecimento, e ali compeli-las à revista pessoal e forçada, viola a dignidade, a intimidade, a liberdade de locomoção do ser humano, causando abalo moral passível de indenização.

No que se refere à fixação do valor do dano moral, se para estabelecer o quantum o douto magistrado sentenciante levou em consideração a situação econômica das partes, o grau de culpa do causador do dano, e a relevância do dano causado, estabelecendo um valor que é correspondente ao que a jurisprudência tem fixado em casos de idêntica natureza, o quantitativo correspondente deve ser mantido.

Recursos de apelação e adesivo conhecidos, mas improvidos, mantendo-se a sentença, de acordo com o parecer. (TJMS, AC n. 2009.006094-8, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Dorival Renato Pavan, julgado em 28.4.2009).

APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – IMPUTAÇÃO DE CONDUTA CRIMINOSA – FURTO – RECURSO DO REQUERENTE – ARBITRAMENTO ÍNFIMO – CONDENAÇÃO MAJORADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO – RECURSO DO REQUERIDO – IMPROVIDO.

Julga-se procedente o pedido de indenização por dano moral, se as provas apontam no sentido de ter o funcionário da ré imputado injustificadamente fato que denigre a honra do cliente, quando, na verdade, não tinha certeza de sua autoria, o que constitui ato lesivo à honra, ensejando a reparação dos danos morais.

A indenização por danos morais deve ser fixada em valor compatível com a dor e o sofrimento experimentado pela vítima, sem tornar-se meio de enriquecimento de quem o reclama, além de inculcar no obrigado o receio de não incidir no mesmo fato. (TJMS, AC n. 2003.011494-7, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Hildebrando Coelho Neto, julgado em 14.12.2004).

Deste modo, resta comprovado que o segurança da recorrente agiu com imprudência ao imputar aos recorridos um crime de furto, expondo-os a uma situação constrangedora e vexatória, passível de dano moral.

Do quantum indenizatório

A apelante alega que o valor fixado a título de indenização por danos morais encontram-se desproporcional ao dano que esta teria causado.

O magistrado singular condenou a empresa recorrente em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) para cada menor e R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para a genitora, num total de R\$ 40.000,00.

A tarefa de quantificar a indenização por dano moral é difícil e árdua, pois, ao mesmo tempo em que não se admite a fixação de uma quantia irrisória e que não atinja os fins almejados, tornando inócuo e vazio o instituto, é inconcebível que essa forma de indenização venha a se tornar uma maneira fácil de obter lucro.

De fato, em tema de indenização por danos morais, tem-se firmado na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que o valor arbitrado não pode ser extremamente elevado a ponto de promover o enriquecimento sem causa, tampouco desprezível, que não sirva para minimizar a dor resultante do dano causado.

Este o posicionamento do STJ:

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DEVOLUÇÃO DE CHEQUE. DANO MORAL. VALOR. REDUÇÃO. Configurado o dano moral resultante da indevida devolução de cheque por insuficiência de fundos, devida indenização por danos morais, a qual, todavia, deve ser feita em valor razoável, para evitar enriquecimento sem causa.” (STJ, AGA n. 446122/AM, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJU 24.3.2003).

No que concerne à alegação de que o valor arbitrado pelo juízo singular implicaria na verdade em imposição de pena ao apelante, vale ressaltar o duplo caráter da reparação pecuniária do dano moral, ou seja, a compensação da vítima e a punição do ofensor.

Conforme destacou o Magistrado do conhecimento original:

Segundo o princípio da reparação pelo equivalente em dinheiro, a indenização deve ser, tanto quanto possível, proporcional ao interesse ofendido. Portanto, levando-se em consideração tal princípio, bem como a capacidade financeira dos ofendidos e do ofensor, já que a indenização não pode constituir em enriquecimento indevido e deve servir como desestímulo à repetições de situações como essa, entendo, não obstante o parecer do ilustre representante do Ministério Público, que a quantia de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) para o requerente Otávio; R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) para o requerente Wagner e R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para a requerente Nailda, atende, satisfatoriamente, aos interesses destes, compensando-lhes o constrangimento sofrido e representando sanção à requerida. (f. 210-211).

Nesse passo, considerando as peculiaridades do caso concreto e em observância ao grau de culpa, a lesividade do ato e a gravidade da ofensa, assim como a condição econômica de ambas as partes, tenho como justa a manutenção do *quantum* no patamar fixado de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) repartido entre os lesados.

Tenho que o valor fixado não se mostra irrisório, tampouco exorbitante; logo, não vislumbro qualquer reparo a ser feito da sentença impugnada.

No que se refere ao termo inicial para contagem dos juros de mora, o art. 398, do Código Civil dispõe que “*Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou.*”

Este é o posicionamento do STJ, consolidado pela Súmula 54 que dispõe que “*os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual*”.

A princípio, portanto, os juros moratórios devem ser computados desde o evento que gerou o referido dano. No entanto o juízo *a quo* fixou como termo inicial para a contagem dos juros a data da citação, ou seja, 18.2.2005, conforme certidão às f. 79.

Em atenção ao princípio da proibição da *reformatio in pejus*, deixo de modificar a sentença nesse ponto, pois os juros contados a partir do evento danoso, traria prejuízos ao próprio recorrente, o que é inadmissível no nosso ordenamento jurídico.

Portanto não merece qualquer reparo a sentença.

Do cumprimento de sentença

A apelante alega ainda que na sentença teria ocorrido julgamento *extra petita*, em face da parte final em que o julgador fixa o prazo de 15 dias para cumprimento de sentença, contados do trânsito em julgado, sob pena de incidir multa de 10% sobre a condenação.

Sob a ótica da apelante, a fase de cumprimento de sentença teria de ser requerida pela parte vencedora, não podendo o juiz determinar essa providência sem que lhe tenha sido requerido.

Vê-se do pedido de reforma da decisão que a apelante, em momento algum, vindicou a reforma do *decisum* nesse particular.

De fato, o incidente de cumprimento da sentença (art. 475-J, do CPC) deve ser provocado pelo credor. Isso, no entanto, não impede: a) que o juiz, na própria sentença condenatória, estabeleça a forma procedimental, atendendo aos princípios constitucionais da celeridade e economia processual, deixando a parte sucumbente de sobreaviso quanto a obrigação imposta; b) que a parte vencida efetue o depósito regulamentar, para se desonerar da obrigação.

Portanto, inconsistente a argumentação da apelante no que tange ao suposto julgamento *extra petita*, pois ao contrário do que alega, encontra-se entre as obrigações do juiz da causa tornar o processo menos moroso possível. Assim, determinar forma procedimental para o cumprimento da sentença na parte final do *decisum*, constitui-se inegável praticidade para o processo.

Deixo, no entanto, de examinar a questão de fundo quanto ao termo inicial para a fixação da multa, posto não ter a apelante solicitado a reforma da sentença nesse aspecto, como lhe incumbia.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, com o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento, mantendo-se a integralidade da sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. DECISÃO DE ACORDO COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Luiz Tadeu Barbosa Silva, Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 17 de setembro de 2009.

Agravo Regimental em Agravo n. 2009.012025-1/0001-00 - Nova Andradina**Quinta Turma Cível****Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva**

EMENTA—AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO—EXECUÇÃO – TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL – CONSTRUÇÃO – IMÓVEL – ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE – BEM DE FAMÍLIA – NÃO OCORRÊNCIA – IMÓVEL QUE SERVE DE RESIDÊNCIA E COMÉRCIO – POSSIBILIDADE DE CONSTRUÇÃO SOBRE A PARTE COMERCIAL DO BEM, QUANDO EM NADA PREJUDICA O LIVRE ACESSO DA FAMÍLIA NA RESIDÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE DE DIVISÃO DO BEM – PENHORA QUE RECAI OU SOBRE A POSSE OU SOBRA A FRAÇÃO IDEAL DO BEM (22,5%) – RECURSO IMPROVIDO.

Se o auto de constatação declara que no imóvel de 400,00m², de matrícula única, há um prédio comercial de 90,00m² separado da residência, admite-se a penhora da área comercial. Se impossível a divisão material do imóvel, ainda assim se admite a penhora da posse ou da fração ideal de 22,5% do imóvel objeto da matrícula, a critério do juízo.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 16 de julho de 2009.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Lúcia Reverte Pavanelli interpõe agravo regimental contra a decisão monocrática de f. 45-47 que negou seguimento ao agravo de instrumento.

Em seu arrazoado (f. 52-56), alega que o imóvel em questão é impenhorável, por se tratar de bem de família, sendo impossível a penhora da parte utilizada comercialmente.

Afirma que a pequena parte comercial do imóvel não pode ser desmembrada, pois possui 90m², quando o mínimo da área para desmembramento é de 125m², conforme determina o inciso II do artigo 4º da Lei n. 6.766/79.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva (Relator)

Cuida-se de agravo regimental interposto contra a decisão monocrática de minha relatoria que negou seguimento ao agravo de instrumento.

Na execução originária houve a penhora de um imóvel com a área de 400,00m², matriculado sob o n. 6.600, do Serviço Registral de Imóveis (f.16-17). Constatado que o imóvel serve tanto de residência quanto de comércio, determinou o juízo *a quo* que a penhora recaísse apenas sobre a área comercial, que mede 90,00m² e não interfere na casa residencial.

Isso foi o que motivou o agravo, improvido monocraticamente.

A discussão se resume na possibilidade ou não de se penhorar parte do imóvel de uma matrícula imobiliária.

Entendo que a penhora é possível, pois como bem salientou o juízo *a quo*, “conforme se denota do teor da certidão de f.129 e das fotografias das fls.129-130 fica perceptível que parte do imóvel não é destinado à residência, já que destinada exclusivamente a atividades empresariais (peixaria e bar), sem qualquer vinculação com a residência que existe no mesmo terreno.”

Ademais, a certidão da Oficiala de Justiça (f. 32), foi enfática ao certificar que “é possível eventual divisão do imóvel, sendo que o acesso para a residência não necessita de servidão, conforme fotos.”

A questão da possibilidade de desmembramento ou não do imóvel escapa do âmbito de discussão da matéria posta em juízo. É que, medindo o imóvel 400,00m² e destinando-se tanto à moradia quanto ao comércio, nada impede a penhora sobre a **posse** da área onde está edificado o comércio, em 90,00m², o que corresponde a 22,5% da área objeto da matrícula imobiliária.

Desse modo, como não há confundir domínio com posse. Se de todo impossível um futuro desmembramento da matrícula, nada impede a penhora da posse onde se encontra edificado o comércio, porquanto viável o desmembramento. Esse é o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

Execução. Bem de família. Preclusão. Penhora de parte comercial do imóvel. Precedentes da Corte.

1. A Corte já assentou que indeferida a impenhorabilidade em decisão não atacada por recurso, sobre esta desce o manto da preclusão.

2. É possível a penhora da parte comercial do imóvel, guardadas as peculiaridades do caso, mesmo sem que haja matrículas diferentes.

3. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp n. 515122/RS, Terceira Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 16.12.2003, DJ 29.3.2004).

PROCESSUAL CIVIL. LEI N. 8.009/90. BEM DE FAMÍLIA. IMÓVEL RESIDENCIAL. **DESMEMBRAMENTO. POSSIBILIDADE.** CIRCUNSTÂNCIAS DE CADA CASO. DOCTRINA. PRECEDENTE. RECURSO DESACOLHIDO.

I - Como residência do casal, para fins de incidência da Lei n. 8.009/90, não se deve levar em conta somente o espaço físico ocupado pelo prédio ou casa, mas também suas adjacências. A própria lei afirma que ‘a impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza[...]’ II – **Admite-se, no entanto, a penhora de parte do imóvel quando possível o seu desmembramento**

sem descaracterizá-lo, levando em consideração, com razoabilidade, as circunstâncias e peculiaridades do caso. (STJ, REsp n. 326171/GO, Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgado em 28.8.2001, DJ 22.10.2001, p. 331).

Assim, possível a penhora da parte comercial do imóvel, que em nada prejudica o livre acesso na residência da executada.

Registrada a penhora da área de 90,00m² à margem da matrícula imobiliária, onde está edificado o prédio comercial, a discussão quanto ao desmembramento ou não da matrícula fica projetada para a fase de registro de possível arrematação ou adjudicação.

Também na esteira da jurisprudência, tem-se que:

EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA. IMÓVEL RESIDENCIAL E PRÉDIO COMERCIAL DISTINTOS EDIFICADOS SOBRE TERRENO TRANSCRITO EM UMA ÚNICA MATRÍCULA. A Lei n. 8.009/90 tem por finalidade garantir a moradia da família. Se edificado, no mesmo terreno, prédio distinto com destinação comercial, pode recair penhora sobre este, sendo o caso, em havendo venda judicial, de promover ao respectivo desmembramento, mormente se a extensão da área comporta o procedimento. Apelação improvida. Decisão. A turma, por unanimidade, negou provimento à apelação. (TRF/RS Quarta Região, AC n. 301123, Proc. 1999.04.01.095500-4, Primeira Turma, Rel^a. Juíza Eloy Bernst Justo, DJU 29.11.2000, p.160).

EMBARGOS À EXECUÇÃO - IMPENHORABILIDADE - MATRÍCULA UNA - POSSIBILIDADE DE PENHORA DE PARTE DO BEM - CASO CONCRETO - MATÉRIA DE FATO - DESMEMBRAMENTO DE IMÓVEL RESIDENCIAL - POSSIBILIDADE - É possível a penhora de parte do imóvel que abriga residência de família, quando possível o seu desmembramento sem descaracterizá-la. Recurso desprovido. (AC n. 70003343704). Apelo desprovido. (TJRS, AC n. 70006157259, Décima Quinta Câmara Cível, Rel. Des. Vicente Barrôco de Vasconcellos, julgado em 4.6.2003).

Nessa ordem de ideias, não havendo fato novo a ensejar a mudança do entendimento externado na decisão recorrida, nego provimento ao agravo regimental.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, UNÂNIME.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Luiz Tadeu Barbosa Silva, Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 16 de julho de 2009.

Apelação Cível n. 2008.032301-2 - São Gabriel do Oeste
Terceira Turma Cível
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS – ABORDAGEM POR SEGURANÇA A CONSUMIDOR DENTRO DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL – FALTA DE CAUTELA DO FUNCIONÁRIO SEGUIDA DE TOM AMEAÇADOR – OFENSA À HONRA DO CONSUMIDOR – DEVER DE INDENIZAR POR RESPONSABILIDADE CIVIL CARACTERIZADO – ART. 333, I, DO CPC – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – PECULIARIDADES DA CAUSA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Embora seja legítimo o exercício do direito de vigilância e segurança de estabelecimentos comerciais, certo é que tal direito não pode ser exercitado em desrespeito aos direitos individuais de seus clientes. Assim, ao proceder à abordagem de consumidores, devem os prepostos dos estabelecimentos comerciais agirem com cautela, de forma a não serem grosseiros ou exporem os clientes ao ridículo em frente a outras pessoas, tampouco exigirem em tom ameaçador qualquer comportamento de seus clientes.

Para a caracterização do dever de indenizar por dos danos morais, exige-se a presença de três requisitos, quais sejam, conduta culposa ou dolosa do agente, nexo causal e dano.

Deve o julgador, ao arbitrar o dano moral, encontrar um meio termo para a sua determinação, vale dizer, estipular um valor que seja capaz de amparar e diminuir a dor sofrida pela vítima, porém, sem que lhe sirva de fonte de enriquecimento sem causa, levando-se em conta também as peculiaridades da causa, tais como repercussão e extensão do dano e o comportamento da vítima no desenrolar dos fatos.

Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 24 de junho de 2009.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

Comércio de Alimentos São Gabriel Ltda. apela da sentença que julgou procedentes os pedidos contidos na ação de reparação de danos morais contra si proposta por Cremilda dos Santos.

Aduz que o julgador valorizou em demasia as testemunhas da requerente e desprezou os depoimentos prestados pelas testemunhas da requerida.

Esclarece que logrou comprovar não ter havido culpa sua quanto aos fatos narrados na exordial, tanto que a própria testemunha da autora elucidou ter ouvido do segurança envolvido um convite para que o acompanhasse, o que demonstra sua cautela ao abordar a apelada.

Enfatiza haver incerteza quanto aos depoimentos colhidos, porquanto se o segurança abordou a apelada solicitando que a mesma o acompanhasse sem tornar público o que queria falar com a mesma não há que se falar em constrangimentos passíveis de indenização.

Acrescenta que se houve divulgação dos fatos que eventualmente tenham ocorrido, tal divulgação foi feita pela própria apelada, não restando comprovados os danos alegados.

Defende que acaso se entenda por presente o dever de indenizar, que seja reduzido o *quantum* arbitrado pelo magistrado sentenciante, qual seja, R\$ 20.000,00, mostrando-se exorbitante, notadamente levando-se em conta a capacidade econômica da apelante e o padrão de vida da apelada.

Por fim, pugna pelo provimento do recurso para que sejam julgados improcedentes os pedidos iniciais. Caso assim não se entenda, pugna para que seja reduzida a verba indenizatória.

A apelada, em contrarrazões, rebate os fundamentos do apelo, pugnando pela manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Comércio de Alimentos São Gabriel contra a sentença que julgou procedentes os pedidos formulados na exordial referente à ação de reparação de danos morais contra si proposta por Cremilda dos Santos.

Aduz que o julgador valorizou em demasia as testemunhas da requerente e desprezou os depoimentos prestados pelas testemunhas da requerida.

Esclarece que logrou comprovar não ter havido culpa sua quanto aos fatos narrados na exordial, tanto que a própria testemunha da autora elucidou ter ouvido do segurança envolvido um convite para que o acompanhasse, o que demonstra sua cautela ao abordar a apelada.

Enfatiza haver incerteza quanto aos depoimentos colhidos, porquanto se o segurança abordou a apelada solicitando que a mesma o acompanhasse sem tornar público o que queria falar com a mesma não há que se falar em constrangimentos passíveis de indenização.

Acrescenta que se houve divulgação dos fatos que eventualmente tenha ocorrido, tal divulgação foi feita pela própria apelada, não restando comprovados os danos alegados.

Defende que, acaso se entenda por presente o dever de indenizar, que seja reduzido o *quantum* arbitrado pelo magistrado sentenciante, qual seja, R\$ 20.000,00, mostrando-se exorbitante, notadamente levando-se em conta a capacidade econômica da apelante e o padrão de vida da apelada.

Por fim, pugna pelo provimento do recurso para que sejam julgados improcedentes os pedidos iniciais. Caso assim não se entenda, pugna para que seja reduzida a verba indenizatória.

A apelada, em contrarrazões, rebate os fundamentos do apelo, pugnando pela manutenção da sentença.

A questão a ser dirimida no presente recurso cinge-se em saber se estão ou não presentes os requisitos para a concessão de indenização por danos morais, por responsabilidade civil, à autora, ora apelada.

O caso reclama alguns esclarecimentos.

Segundo se infere da exordial, a autora, ora apelada, no dia 26 de junho de 2005, foi ao Supermercado São Gabriel, empresa requerida, ora apelante, para fazer compras juntamente com sua filha. Informa que dentro do estabelecimento lembrou-se que não havia colocado seu cartão dentro de sua carteira, motivo pelo qual abriu sua bolsa e o guardou, sendo que desse momento em diante percebeu que o segurança passou a observá-la.

Ainda, defendeu na exordial que, enquanto estava na fila do açougue para comprar carne, fora abordada pelo segurança com a seguinte frase “a Senhora me acompanha”, num gesto grosseiro e rude, o que ensejou indagação acerca de quais seriam os motivos para tal acompanhamento, quando novamente o funcionário disse “eu estou pedindo para a Senhora me acompanhar, porque será melhor para você”.

Assim, a autora o acompanhou até a adega, mas lá chegando negou-se a entrar querendo esclarecimentos quanto ao ocorrido, o que foi presenciado por cerca de trinta pessoas, a deixando muito nervosa e fazendo com que abrisse a bolsa e perguntasse “vocês estão pensando que estou roubando pode olhar minha bolsa”.

Já a requerida, em contestação, afirmou que o fato ocorrido no interior de seu estabelecimento foi causado pela própria requerente, não refletindo nos aspectos profissional e social de sua personalidade.

O douto julgador entendeu por bem em julgar procedentes os pedidos iniciais, condenando a requerida, ora apelante, ao pagamento do valor de R\$ 20.000,00 a autora, ora apelada, a título de indenização por danos morais.

Conforme adverte o artigo 186, do Código Civil, aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

Já o artigo 927 do citado *codex* disciplina que “*aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*”.

Vale dizer, para que haja dever de indenizar por responsabilidade civil, é necessário o preenchimento de certos requisitos, quais sejam: a) conduta dolosa ou culposa do agente (ação ou omissão); b) relação de causalidade e; c) dano. Contudo, nos casos de responsabilidade objetiva basta a prova do dano e do nexo de causalidade.

Há ressaltar também que, em nosso ordenamento jurídico brasileiro existe uma regra geral dominante no sistema probatório, qual seja, à parte que alegar a existência de determinado fato para dele derivar a existência de algum direito incumbe o ônus de demonstrar sua existência.

O Código de Processo Civil, em seu 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.

Sobre o assunto, confrimam-se as lições de Candido Rangel Dinamarco:

Ônus da prova é o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo. No processo civil dispositivo, em que não é prioritariamente do Estado-juiz a função de diligenciar e trazer as provas ao processo, ao ônus de afirmar fatos segue-se esse outro, de provar as próprias alegações sob pena de elas não serem consideradas verdadeiras¹.

Consoante se infere, a controvérsia recai sobre o seguinte ponto, qual seja, se o segurança da empresa apelante, ao proceder a abordagem da autora agiu de modo a causar-lhes os danos alegados na inicial.

Do exame dos autos e do conjunto probatório, infere-se que no dia dos fatos, realmente, a autora fora abordada pelo segurança da empresa requerida, ora apelante, fato presenciado por várias pessoas.

A testemunha Claudio Nunes Melo que presenciou os fatos e declarou, após firmar compromisso, que:

[...] se recorda que estava na fila do açougue, próximo a autora quando viu o segurança do supermercado abordar a mesma dizendo paara ela acompanhar-lhe, foi quando a autora perguntou o que estava acontecendo, e então o segurança disse que era para acompanhar senão ia ficar pior para ela. Que o depoente ouviu o segurança dizer aquelas palavras à autora. Que a autora pediu ao depoente que acompanhasse até onde o segurança estava chamando, o que foi atendido pelo depoente. Que a autora foi chamada apara entrar em uma sala, e a mesma disse que não iria entrar e então pediu que chamasse a responsável, e enquanto isso a autora e o segurança estavam discutindo, e neste momento começou a juntar gente. Que logo em seguida veio a responsável do supermercado, a esposa do proprietário, e a autora então abriu a bolsa e mostrou o que tinha dentro e então foi constatado que nada tinha do supermercado na bolsa da autora. Que depois a autora foi converar com o Sr. Horácio, proprietário do supermercado.

[...]

que ouviu o segurança dizer ‘dá para senhora me acompanhar? O que está acontecendo, foi respondido pela autora e então o segurança disse ‘é melhor a senhora me acompanhar senão vai ficar pior para a senhora’ (f. 81-82).

Também, a testemunha presencial e compromissada, Sra. Elaine Pereira Del Colli corroborou os fatos narrados na exordial, *in verbis*:

[...] a depoente estava no supermercado requerido no dia dos fatos. Que estava na fila da padaria, quando ouviu o segurança falar à autora: deixa o carrinho aí e entra. Que a autora disse então que não iria entrar e perguntou ao segurança se ele achava que ela estava roubando. Que novamente o segurança pediu que ela entrasse, e a autora disse que não iria entrar e então pediu para falar com o Sr. Horacio, e nesse momento também passou a mostrar o que no interior da bolsa que não tinha nada do supermercado na bolsa da autora, sendo que inclusive a mesma virou a bolsa para mostrar ao segurança. Que todos na fila do açougue como da padaria começaram a olhar o que estava acontecendo com a autora, contudo disse à mesma que era para ela entrar senão ia ser pior para ela. [...] o segurança falou à autora em um tom grosseiro (f. 83).

Assim, resta evidente a ofensa a honra da autora, ora apelada, sendo desproporcional a conduta do segurança da empresa apelante.

¹ *in* Instituições de Direito Processual Civil. 4. ed. São Paulo: Editora Malheiros, v. III. p. 71

Por outro lado, não se infere tenha a apelante se desincumbido do ônus processual que lhe incumbia, qual seja, comprovar fatos impeditivos, extintivos ou modificativos dos direitos da autora.

Das três testemunhas arroladas pela empresa recorrente, infere-se que duas foram ouvidas como meras informantes do juízo, ante o vínculo existente, além do que não presenciaram os fatos. E, a terceira testemunhas, qual seja, o Sr. Mauro, embora tenha prestado compromisso é pessoa que possui interesse no deslinde da causa, como bem asseverou o douto julgador de instância singela.

Mas, em todo o caso, infere-se do depoimento por ele prestado que “*não viu a autora colocar nada dentro da bolsa*” (f. 114).

Assim, resta evidenciada que sua ação, notadamente por não ter elementos suficientes que justificassem qualquer abordagem da autora, deveria ter sido mais cautelosa. No entanto, ao contrário, além de insistir, na frente de diversas pessoas, para que a autora o acompanhasse a “*adeiga*” do estabelecimento, ainda a ameaçou dizendo expressamente que seria melhor para ela.

Portanto, entendo que restaram sobejamente demonstrados os danos alegados na exordial.

Esclareça-se, por oportuno, que acaso tenha a autora, ora apelada, de alguma forma, contribuído para as consequências advindas da abordagem grosseira por parte do segurança da empresa requerida, tal fato, por si só, não a exime do dever de indenizar por responsabilidade civil.

Em casos assemelhados, já decidiu o STJ, monocraticamente, *in verbis*:

[...] 1. É indiscutível que os estabelecimentos comerciais podem se utilizar de expedientes diversos visando à proteção do seu patrimônio (câmeras escondidas ou não, detectores anti-furto, seguranças uniformizadas ou não, etc.). O limite para o exercício (legítimo) de tal direito, no entanto, é o respeito aos direitos individuais de seus clientes. E dentre estes direitos destacam-se a honra, a imagem, a intimidade e a vida privada.

2. A discricão ou escândalo, a abordagem educada ou grosseira, o conhecimento de maior ou menor quantidade de pessoas, a eventual contribuição da apelada para a divulgação dos fatos, entre outros fatores, não elide o dever de indenizar, mas tem relevo para fins de fixação do quantum indenizatório.

3. Na fixação do quantum indenizatório a título de dano moral, deve-se aferir peculiaridades de cada caso, a repercussão do dano, a conduta das partes e a condição econômica de ambas. Tais variáveis devem ser ponderadas em consonância com os princípios da moderação e razoabilidade, visando sempre ao caráter pedagógico em relação à parte ofensora, coibindo-a assim de reincidir na conduta danosa, e também compensando a parte ofendida dos efeitos do evento danoso, mas sem proporcionar-lhe enriquecimento indevido e sem causa.

4. Os juros moratórios devem ser regulados, até a data da entrada em vigor do novo Código, pelo artigo 1.062 do diploma de 1916, e, depois dessa data, pelo artigo 406 do atual Código Civil, na razão de 1 % ao mês.” (STJ, AgRg no Ag n. 766.853/MG, Terceira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 19.9.2006, DJU 16.10.2006, p. 367) 2.- Sustenta a Recorrente ofensa aos artigos 159 e 160 do Código Civil de 1916, bem como divergência jurisprudencial, alegando que não restou configurada sua culpa e que agiu no exercício do seu direito na abordagem e revista à consumidora. Aduz, ainda, que o valor fixado a título de danos morais é exagerado para o caso concreto e, assim, requer sua redução.

É o relatório.

3.- O Colegiado a quo concluiu que “a tese da apelante, de que não agiu com culpa, mas sim dentro de um padrão de normalidade, não encontra amparo no contexto probatório” (fl. 173). Dessa forma, a desconstituição das conclusões a que chegaram as instâncias ordinárias em relação à culpabilidade da Recorrente, como propugnado, ensejaria nova incursão no acervo fático-probatório da causa, o que é vedado à luz da Súmula 7/STJ 4.- De outro lado, como é sabido, a indenização por danos morais tem como objetivo compensar a dor causada à vítima e desestimular o ofensor de cometer atos da mesma natureza. Não é razoável o arbitramento que importe em uma indenização irrisória, de pouco significado para o ofendido, nem uma indenização excessiva, de gravame demasiado ao ofensor. Por esse motivo, a jurisprudência deste Superior Tribunal orienta que o valor da indenização por dano moral não escapa ao seu controle, devendo ser fixado com temperança.

5.- Verifica-se que o valor fixado no presente caso, R\$ 10.000,00 (dez mil reais), destoa da extensão do dano presente na hipótese e também dos valores aceitos por esta Corte para casos de pequena repercussão.

6.- Na verdade as circunstâncias da lide apresentam peculiaridades que justificam a redução do quantum indenizatório. Na espécie, o próprio Acórdão recorrido consigna que a conduta da Recorrente foi cautelosa e almejou evitar constrangimentos à Recorrida. Mesmo não alcançado o intento e configurado o dano moral, o proceder da Recorrida deve ser levada em conta para atenuar sua responsabilidade.

7.- Desta forma, tendo em vista as circunstâncias e peculiaridades da causa, conclui-se que a indenização deve ser reduzida para o valor de R\$ 3.000,00 (três mil reais), quantia que cumpre, com razoabilidade, a sua dupla finalidade, isto é, a de punir pelo ato ilícito cometido e, de outra banda, a de reparar a vítima pelo sofrimento moral experimentado.

8.- Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao Recurso Especial interposto por VERONESE E CRUSCIAC LTDA, reduzindo o valor da indenização por danos morais para R\$ 3.000,00 (três mil reais), atualizados monetariamente a contar da data deste julgamento”. (REsp n. 1.073.502, PR (2008/0148552-0), Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 27.11.2008).

“O tribunal a quo decidiu acertadamente que a “abordagem de cliente por seguradoras em estabelecimento comercial, de forma imprudente e humilhante, por suspeita de furto, não comprovado, gera constrangimentos e causa dano moral a ser indenizado” (fl. 96).

O acórdão recorrido concluiu que a conduta dos seguradoras extrapolou o exercício regular de direito. A reforma do julgado demandaria o reexame da prova, o que é inviável em sede de recurso especial (Súmula n. 07 do Superior Tribunal de Justiça).

Já a alteração da quantia indenizatória arbitrada a título de danos morais apenas é possível, na instância especial, se o valor for irrisório ou abusivo - circunstâncias inexistentes no caso concreto.

Nego, por isso, provimento ao agravo”. (Ag n. 1.046.031, DF (2008/0096808-2), Rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 1º.7.2008).

“Trata-se de agravo de instrumento interposto por COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO contra decisão do Primeiro Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná indeferindo o processamento de recurso especial com fundamento no art. 105, inciso III, letras “a” e “c”, da Constituição Federal, manejado frente a acórdão, assim ementado: “DIREITO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ALARME DE SEGURANÇA ACIONADO. ABORDAGEM POR FUNCIONÁRIOS. CONSTRANGIMENTO.

DANOS MORAIS CONFIGURADOS. VALOR EXORBITANTE. REDUÇÃO.

1. Estão presentes os requisitos autorizadores da obrigação de indenizar, à medida que houve abordagem hostil pelos empregados da recorrente, expondo o recorrido à situação vexatória na presença de sua família e inúmeros transeuntes.

2. O quantum arbitrado pelo Juiz Monocrático no valor de R\$ 120.000, 00 (cento e vinte mil reais) mostra-se exorbitante, proporcionando enriquecimento sem causa, razão pela qual se impõe sua redução à quantia de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais). Precedentes do STJ.

3. Recurso conhecido e parcialmente provido. Sentença reformada apenas no tocante ao quantum indenizatório.” (fls. 09) Aduz a recorrente violação aos arts. 186, 927 e 944 do Código Civil, bem como dissídio jurisprudencial.

A irresignação não merece acolhida.

Com efeito, para que se infirmassem as conclusões do aresto impugnado no sentido da ocorrência de dano moral causado à agravada por culpa da agravante, seria necessária a incursão no campo fático-probatório da demanda, providência vedada em sede especial, ut súmula 07/STJ.

Ademais, em hipótese similar à dos autos, esta Corte já manifestou entendimento no sentido daquele versado pelo acórdão recorrido, conforme se colhe do seguinte precedente: “RESPONSABILIDADE CIVIL. Loja. Dispositivo de segurança. Mercadoria furtada. Alarme.

O soar falso do alarme magnetizado na saída da loja, a indicar o furto de mercadorias do estabelecimento comercial, causa constrangimento ao consumidor, vítima da atenção pública e forçado a mostrar os seus pertences para comprovar o equívoco. Dano moral que deve ser indenizado.

Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 327679/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 8.4.2002) De outro lado, consoante entendimento pacificado desta Corte, o valor da indenização por dano moral só pode ser alterado na instância especial quando ínfimo ou exagerado, o que não ocorre no caso em tela. Com efeito, a quantia fixada pelo Tribunal a quo a título de indenização por dano moral (R\$ 25.000,00 - vinte e cinco mil reais) não escapa à razoabilidade, nem se distancia do bom senso e dos critérios recomendados pela doutrina e jurisprudência, devendo, por isso, ser prestigiado o aresto hostilizado.

Confira-se: AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DANOS MORAIS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO. DESCABIMENTO. VALOR EXCESSIVO. INOCORRÊNCIA.

1. É entendimento deste Tribunal que o valor do dano moral deve ser fixado com moderação, considerando a realidade de cada caso, sendo cabível a intervenção da Corte quando exagerado ou ínfimo, fugindo de qualquer parâmetro razoável, o que não ocorre neste feito.

2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag n. 955.380/SC, de minha relatoria, DJ de 25.2.2008) Registre-se, por oportuno, pronunciamento do Min. Ruy Rosado de Aguiar em voto-vogal no REsp n. 269.407/RJ, verbis: [...] a intervenção do Superior Tribunal de Justiça há de se dar quando há o abuso, o absurdo: indenizações de um milhão, de dois milhões, de cinco milhões, como temos visto; não é o caso. Aqui, ficaríamos entre quinhentos, trezentos e cinquenta, duzentos, duzentos e cinquenta, cem reais a mais, cem salários a menos. Não é, portanto, um caso de abuso na fixação, é uma discrepância na avaliação. Temos que ponderar até que ponto o Superior Tribunal de Justiça deve interferir na fixação de um valor de dano moral, que é matéria de fato, para fazer uma composição mais ou menos adequada.

Não sendo abusiva ou iníqua a opção do tribunal local, não se justificaria a intervenção deste Tribunal'.

Nego provimento ao agravo. (Ag n. 1.058.919, CE (2008/0125379-3), Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 5.11.2008).

Demonstrada a conduta culposa do funcionário da empresa apelante, há que se esclarecer que para que esteja caracterizada a responsabilidade civil do ofensor, a parte ofendida não necessita comprovar o efetivo dano moral. Este se opera por força do simples fato da violação a um dos direitos da personalidade, *in casu*, a honra. Como já dito, trata-se do dano moral puro. Ocorrido o fato danoso e estando presentes os pressupostos legais que ensejam a responsabilidade civil, exsurge o dever de indenizar.

Com muita clareza, preleciona Carlos Roberto Gonçalves:

O dano moral, salvo casos especiais, como o de inadimplemento contratual, por exemplo, em que se faz mister a prova da perturbação da esfera anímica do lesado, dispensa prova em concreto, pois se passa no interior da personalidade e existe *in re ipsa*. Trata-se de presunção absoluta [...]².

O Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul assim se posicionou, *in verbis*:

Em relação à prova do dano moral, ela se torna desnecessária, pois a lesão em si já demonstra sua existência. É ilógico exigir a demonstração de algo imaterial; daquilo que habita a alma da pessoa. Exigir que o lesado prove seu dano moral equivale a uma sentença de improcedência, no mais das vezes. Faz prova do dano moral o fato que o originou e não do dano propriamente dito, pois este é presumido. (TJMS, AC n. 1000.064522-5, Rel. Des. Hamilton Carli, julgado em 23.6.2003).

Resta aferir agora, se o valor arbitrado pelo magistrado de instância singela a título de verba indenizatória mostra-se elevado devendo ser minorado, notadamente ante as peculiaridades dos autos.

Como é cediço, o nosso ordenamento jurídico não traz parâmetros jurídicos legais para a determinação do *quantum* a ser fixado a título de dano moral. Cuida-se de questão subjetiva que deve obediência somente aos critérios estabelecidos em jurisprudência e doutrina.

A respeito do tema, Arnaldo Rizzardo cita Carlos Roberto Gonçalves e faz o seguinte balizamento:

2 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 552.

Carlos Roberto Gonçalves aponta os seguintes critérios: 'a) a condição social, educacional, profissional e econômica do lesado; b) a intensidade de seu sofrimento; c) a situação econômica do ofensor e os benefícios que obteve com o ilícito; d) a intensidade do dolo ou o grau de culpa; e) a gravidade e a repercussão da ofensa; f) as peculiaridades de circunstâncias que envolveram o caso, atendendo-se para o caráter anti-social da conduta lesiva'³.

São esses os critérios comumente citados pela doutrina e jurisprudência. Portanto, a quantificação deve considerar os critérios da razoabilidade, ponderando-se as condições econômicas do ofendido e do ofensor, o grau da ofensa e suas consequências, tudo na tentativa de evitar a impunidade do ofensor bem como o enriquecimento sem causa do ofendido.

In casu, não se pode olvidar que o dano moral sofrido pela apelada, em decorrência do extrapolamento da conduta de funcionário da empresa apelante ocorreram.

No entanto, não se pode descurar do fato, explicitado desde a exordial, de que a própria autora, ora recorrida, contribui para que os fatos ocorridos com ela tomassem a repercussão que tomaram, exaltando-se e mostrando sua bolsa para todos os presentes no estabelecimento comercial da ré e, ainda, afirmando explicitamente que não estava “roubando”.

Assim, considerando tais parâmetros, bem como a conduta da empresa requerida, ora apelante, o seu porte, o fato de o dano ter ofendido à honra da apelada frente a terceiros, e ainda, a repercussão do dano alegado, entendo que a importância de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) mostra-se exacerbada, devendo ser minorada para R\$ 10.000,00 (dez mil reais) quantia que se mostra justa e razoável aos danos sofridos e à conduta da ré.

Ante todo o exposto, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento para o fim de, em reformando em parte a sentença, minorar o *quantum* relativo a indenização por danos morais devidos pela requerida em face da autora para o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), valor sobre o qual deverá incidir correção monetária pelo INPC e juros de mora de 1% ao mês, ambos a contar da prolação do acórdão. No mais, mantenho irretocável a 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. 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, Ildeu de Souza Campos e Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 24 de junho de 2009.

³ RIZZARDO, apud GONÇALVES, 2005, p. 270.

Apelação Cível n. 2008.032368-9 - Três Lagoas
Terceira Turma Cível
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – PRELIMINAR – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – COMODATO VERBAL – FALTA DE PROVA QUANTO AOS REQUISITOS ENSEJADORES DA USUCAPIÃO – PRETENSÃO NÃO ACOLHIDA – EDIFICAÇÃO E BENFEITORIAS – NÃO COMPROVAÇÃO – INDENIZAÇÃO – NÃO CABIMENTO – PREQUESTIONAMENTO – MATÉRIA SUFICIENTEMENTE DEBATIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

É de se afastar a preliminar de inadequação da via eleita por utilização da ação de reintegração de posse quando a matéria objeto dos autos for a posse do imóvel.

Quando a pessoa ocupar imóvel em comodato, não é de se reconhecer a usucapião. Ainda mais se não existir demonstração de preenchimentos dos pressupostos legais para aquisição da propriedade pela usucapião.

Não é devida a indenização por benfeitorias e edificações em imóvel de propriedade alheia quando não há comprovação de que suportou o labor e as despesas da construção.

Se a questão já foi suficientemente debatida, é desnecessária a manifestação expressa do acórdão sobre dispositivos legais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, afastar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 29 de junho de 2009.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

José Mariano da Silva, irredimido com a sentença que, nos autos referentes à ação de reintegração de posse c.c. perdas e danos, movida em seu desfavor por Fernando Cesar Pires Batiston, julgou parcialmente procedentes os pedidos encartados na exordial, interpõe recurso de apelação, objetivando a sua reforma.

No apelo de f. 189-200, o apelante entende que o magistrado sentenciante não observou o conjunto probatório carreado aos autos.

Primeiramente, argumenta que o feito deveria ser extinto sem julgamento do mérito, haja vista que o autor nunca esteve na posse do imóvel objeto dos autos, de maneira que deveria ter se valido de ação reivindicatória e não a possessória.

Enfatiza que não é crível que o pai do apelado tenha permitido, mediante contratação verbal e gratuita, a permanência de seu pai por 23 (vinte e três) anos na posse do imóvel objeto da presente demanda.

Menciona que: *“em certo momento, dentro de mencionado período, o proprietário da época, ou seja, pai do apelado vendeu na data de 22.3.1989 tal imóvel a um senhor chamado Rubens Domingues, que por sua vez, um homem dotado de divina bondade atendendo a um pedido do proprietário anterior permitiu que o pai do apelante permanecesse na posse do imóvel, sem que pagasse aluguel, sem quaisquer despesas, toda essa benevolência a título de favor ao pai do apelado.”* (f. 194)

Afirma que a recompra do imóvel pelo apelado se trata de “simulação de compra e venda” (f. 194). Argumenta o recorrente que seu pai recebeu o imóvel como pagamento por serviços devidamente prestados ao pai do autor/apelado.

Assevera que seu pai foi quem arcou com as despesas da construção da edificação no imóvel em questão. Ademais, realça que ele cultivou plantações, como bananas e mandiocas, acrescentando benfeitorias à propriedade.

Defende que preenche os requisitos exigidos pelo instituto da usucapião, eis que possui posse mansa, pacífica e ininterrupta do imóvel por lapso temporal superior a 10 (dez) anos, acrescentando que detém a posse de boa-fé.

Prequestiona os dispositivos infraconstitucionais mencionados no apelo.

Remata pugnando pelo conhecimento e provimento do recurso para o fim de reformar a sentença atacada, reconhecendo-se a usucapião. Alternativamente, requer a extinção do feito sem julgamento do mérito, pois alega que o autor deveria ter se valido de ação reivindicatória e não possessória.

Intimado, o recorrido apresentou contra-razões (f. 209-215), pugnando pela manutenção da decisão recorrida.

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral de Justiça afirmou não haver interesse por parte do Ministério Público Estadual (f. 224-225).

VOTO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Relator)

José Mariano da Silva, irressignado com a sentença que, nos autos referentes à ação de reintegração de posse c.c. perdas e danos, movida em seu desfavor por Fernando Cesar Pires Batiston, julgou parcialmente procedentes os pedidos encartados na exordial, interpõe recurso de apelação, objetivando a sua reforma.

No apelo de f. 189-200, o apelante entende que o magistrado sentenciante não observou o conjunto probatório carreado aos autos.

Primeiramente, argumenta que o feito deveria ser extinto sem julgamento do mérito, haja vista que o autor nunca esteve na posse do imóvel objeto dos autos, de maneira que deveria ter se valido de ação reivindicatória e não a possessória.

Enfatiza que não é crível que o pai do apelado tenha permitido, mediante contratação verbal e gratuita, a permanência de seu pai por 23 (vinte e três) anos na posse do imóvel objeto da presente demanda.

Menciona que: *“em certo momento, dentro de mencionado período, o proprietário da época, ou seja, pai do apelado vendeu na data de 22.3.1989 tal imóvel a um senhor chamado Rubens Domingues, que por sua vez, um homem dotado de divina bondade atendendo a um pedido do proprietário anterior permitiu que o pai do apelante permanecesse na posse do imóvel, sem que pagasse aluguel, sem quaisquer despesas, toda essa benevolência a título de favor ao pai do apelado.”* (f. 194)

Afirma que a recompra do imóvel pelo apelado se trata de “simulação de compra e venda” (f. 194). Argumenta o recorrente que seu pai recebeu o imóvel como pagamento por serviços devidamente prestados ao pai do autor.

Assevera que seu pai foi quem arcou com as despesas da construção da edificação no imóvel em questão. Ademais, realça que ele cultivou plantações, como bananas e mandiocas, acrescentando benfeitorias à propriedade.

Defende que preenche os requisitos exigidos pelo instituto da usucapião, eis que possui posse mansa, pacífica e ininterrupta do imóvel por lapso temporal superior a 10 (dez) anos, acrescentando que detém a posse de boa-fé.

Prequestiona os dispositivos infraconstitucionais mencionados no apelo.

Remata pugnando pelo conhecimento e provimento do recurso para o fim de reformar a sentença atacada, reconhecendo-se a usucapião. Alternativamente, requer a extinção do feito sem julgamento do mérito, pois alega que o autor deveria ter se valido de ação reivindicatória e não possessória.

Intimado, o recorrido apresentou contra-razões (f. 209-215), pugnando pela manutenção da decisão recorrida.

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral de Justiça afirmou não haver interesse por parte do Ministério Público Estadual (f. 224-225).

Embora requerido como pedido alternativo, passo a examinar a preliminar suscitada, por questão de prejudicialidade.

Pugna o recorrente pela extinção do feito sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, IV, do CPC, aduzindo que o recorrido deveria ter se utilizado de ação reivindicatória e não de ação possessória tal qual realizado, porquanto afirma que ele nunca tivera a posse do imóvel.

A preliminar foi afastada pelo magistrado *a quo* aos argumentos de que *“o proprietário (fls. 69) tem o direito de reaver a coisa do poder de quem quer que a injustamente a possua (CC/02, art. 1.228).”* (f. 179).

No mesmo sentido a lição de Fabrício Zamprogna Matiello:

14. Afora a lide reivindicatória, que objetiva exclusivamente tutelar a propriedade, ao proprietário é assegurado o direito de lançar mão de qualquer dos interditos possessórios contra quem esteja molestando a sua posse, sem discutir a questão relativa ao domínio. Os interditos não são instrumentos adequados para a proteção da propriedade, mas sim da posse, cabendo salientar, contudo, que o êxito da demanda dessa natureza estará na dependência da prova, pelo autor, de que tem melhor direito possessório sobre a coisa do que os oponentes. (**Código Civil comentado**: Lei n. 10.406, de 10.01.2002. São Paulo: LTr, 2007, p. 765)

A rigor, como é cediço, as ações possessórias têm por escopo a proteção da posse, ainda que sem vinculação ao domínio. O caso dos autos reflete essa discussão, tanto que o autor formulou pedido com o fito de “assegurar a posse do Autor” sobre o imóvel em questão.

Nesse sentir, vislumbro correta a apreciação da questão pelo juiz sentenciante, não merecendo prosperar a preliminar aventada, razão por que passo a apreciar o mérito recursal.

Melhor sorte não assiste ao apelante no mérito. Explico.

Pois bem, cumpre ressaltar que no ordenamento jurídico vige uma regra geral dominante no sistema probatório, qual seja, à parte que alega a existência de determinado fato para de ele derivar a existência de algum direito incumbe o ônus de demonstrar sua existência.

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.

Sobre o assunto, confrimam-se as lições de Candido Rangel Dinamarco:

Ônus da prova é o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo. No processo civil dispositivo, em que não é prioritariamente do Estado-juiz a função de diligenciar e trazer as provas ao processo, ao ônus de afirmar fatos segue-se esse outro, de provar as próprias alegações sob pena de elas não serem consideradas verdadeiras. (**Instituições de Direito Processual Civil**, vol. III, 4ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, p. 71).

Antonio Carlos Marcato ensina que:

Entende-se por ônus, enfim, a responsabilidade de prática de determinado ato como condição à produção de certo resultado dentro do processo, ou para a obtenção de um benefício em específico pelo interessado, quando não para evitar uma situação de desvantagem, enquadrando-se nessa categoria por exemplo o encargo da apresentação de defesa: o réu não está obrigado a se defender no processo civil, mas tem o ônus de fazê-lo caso queira ver criada controvérsia em torno dos fatos alegados pelo autor e caso queira ver consideradas pelo juiz circunstâncias que ele, réu, repete imprescindíveis à decisão da causa;

[...]

E é de ônus, enfim, que cuida o art. 333, ao dividir entre as partes o encargo de provar os fatos relevantes para a causa, conforme sua natureza; não estabelece a lei, aí, dever algum de prova, potencialmente sujeito a sanções, mas define a responsabilidade pela demonstração respectiva, caso queiram os interessados diretos vê-los considerados na decisão. (Código de Processo Civil interpretado. São Paulo: Atlas, 2004, p. 1001)

Nesse sentir, compulsando os autos, verifico ter o autor/recorrido comprovado a ele pertencer a propriedade do imóvel objeto da demanda através da juntada da matrícula do imóvel à f. 69, comprovando o fato constitutivo de seu direito de proprietário, requerendo o exercício de seu direito de posse sobre o bem.

Por outro lado, embora o recorrente alegue que (a) o bem imóvel em questão fora adquirido como pagamento realizado a seu pai pelo genitor do apelado; (b) estão preenchidos os requisitos legais exigidos para usucapir o bem; e (c) é possuidor de boa-fé e levantou edificações no imóvel, devendo ser reconhecido seu direito de retenção e indenização pelas benfeitorias realizadas; não conseguiu demonstrar o alegado.

As afirmações de que a recompra do imóvel pelo apelado se trata de “simulação de compra e venda” (f. 194) não possui amparo em qualquer tipo de prova, não passando de ilação lançada pelo apelante no bojo dos autos, sem nenhum amparo firme em prova documental ou testemunhal, *verbi gratia*.

O argumento relativo ao pai dele ter recebido o imóvel como pagamento por serviços devidamente prestados ao pai do autor/recorrido também não encontra supedâneo comprobatório.

No ponto, colaciono, por oportunos, excertos dos depoimentos testemunhais existentes no bojo dos autos:

a) depoimento de f. 124-125: “quando ‘Paineira’ [pai do recorrente] veio para a cidade; esse não [tinha] condições físicas de mexer com gado” (sic).

b) depoimento de f. 128: “Que o depoente coloca que ‘Paineira’ estava no imóvel até que ou melhorasse a sua situação ou ocorresse alguma outra coisa; que o depoente não sabe dizer quem teria construído a casa existente no terreno; que o depoente não sabe dizer [se] em alguma ocasião prestou serviço conduzindo gado para ‘Batiston’ [pai do apelado]”

c) depoimento de f. 130: “[...] que o depoente não sabe dizer à que título ‘Paineira’ fora morar no referido imóvel, se fora uma doação, se fora só um empréstimo ou alguma outra coisa [...] que não sabe do que ‘Paineira’ trabalhava, ou se esse trabalhava; [...] que o depoente não sabe dizer quem construiu a casa no referido imóvel [...] que se lembra que a quadra era de ‘Batiston’ e depois este ‘a cortou e vendeu’

d) depoimento de f. 132: “[...] que o depoente não sabe dizer à que título ‘Paineira’ estava no referido local, se havia comprado, se tinha ganho ou se tinham lhe emprestado o terreno” [...] que não sabe dizer, não tendo ouvido falar, se ‘Paineira’ [pai do recorrente] teria prestado algum tipo de serviço a ‘Batiston’ [pai do recorrido]; que não sabe dizer quem comprou o material para ‘Paineira’ construir a casa”

e) depoimento de f. 134: “[...] que o depoente não sabe dizer à que título ‘Paineira’ [pai do recorrente] teria ficado com o imóvel no Bairro Vila Nova, não sabe se fora compra, doação ou empréstimo”

Então, os testemunhos colacionados acima não servem de elementos de convicção aptos a militarem a seu favor. Ora, ressalte-se que os três últimos depoimentos transcritos foram realizados por testemunhas arroladas pelo próprio apelante, sendo que elas foram uníssonas em afirmar não saberem a que título o pai do recorrente exercia a posse do imóvel, isto é, se fora objeto de doação, de compra e venda ou de empréstimo.

Destarte, ausente qualquer outro tipo de prova e não fornecendo a prova testemunhal qualquer elemento apto a amparar a tese aventada de que seu pai recebeu o imóvel como pagamento por serviços devidamente prestados ao pai do autor/recorrido, vejo que não é de se acolher os argumentos trazidos pelo apelante.

De mais a mais, em que pese a irresignação do apelante, compulsando os autos, não verifico a presença de substrato probatório apto a reformar a sentença proferida e militar em favor do apelo manejado.

A tese de usucapião também não se sustenta. Conforme realçado, a matrícula do imóvel revela que a propriedade pertence ao recorrido (f. 69). De outro plano, não restando demonstrado que a posse do imóvel foi dada em razão de pagamentos pro serviços prestados pelo pai do recorrente ao pai do recorrido, é de se acatar a tese de que realmente houve um comodato verbal, tal qual afirmado na exordial, tratando-se de ato de altruísmo.

Imperioso destacar que a notificação do ocupante do imóvel, mesmo verbal, revela-se como oposição do titular. Outrossim, às f. 12-13 consta petição em que o recorrido requer a notificação do apelante para entregar o “imóvel objeto do comodato” (f. 13), restando clara, pois, a oposição à posse do recorrente.

Ademais, como bem delineado pelo magistrado sentenciante: “como poderia o pai do requerente [ora recorrido], José Pedro Batiston, ter dado o imóvel em questão, em 1983, como forma de pagamento por serviços prestados, se em 1989 fora o mesmo imóvel vendido para Rubens Domingues?” (f. 181). Referida informação é constatável na matrícula do imóvel, acostada à f. 69. No ponto, é de se realçar que apesar de o apelante ter alegado se tratar de simulação de compra e venda essa operação, não trouxe qualquer elemento buscando amparar o afirmado.

Portanto, não existindo demonstração de preenchimentos dos pressupostos legais para aquisição da propriedade pela usucapião, não merecem prosperar as razões recursais.

Neste sentido, colho precedente de minha relatoria, *in verbis*:

EMENTA—APELAÇÃO CÍVEL—AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA – FALTA DE PROVA QUANTO AOS REQUISITOS ENSEJADORES – PRETENSÃO NÃO ACOLHIDA – RECURSO IMPROVIDO.

De acordo com o art. 333, I, do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe ao autor quanto aos fatos constitutivos de seu direito. Assim, não tendo os requerentes apresentado provas quanto aos requisitos ensejadores da usucapião extraordinária, correta a sentença que julga improcedente o pedido inicial. (AC, Proc. Especiais, n. 2003.004736-0/0000-00, Campo Grande, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 25.10.2004).

Demais disso, quando a pessoa ocupar o imóvel a título de comodato, não é de se reconhecer a usucapião, senão vejamos julgado deste Tribunal:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE USUCAPIÃO – JUSTIÇA GRATUITA – INDEFERIMENTO – REVELIA – CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE – POSSE PRECÁRIA – COMODATO – AUSÊNCIA DO *ANIMUS DOMINI* – IMPROCEDÊNCIA – INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS – DESPESAS CONDOMINIAIS E IMPOSTOS – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

[...]

Se a requerida ocupava o imóvel a título precário, resultante de comodato, não há ser reconhecido o usucapião, mormente por não ter comprovado o decurso de tempo da prescrição aquisitiva.

[...] (AC, Ordinário, n. 2004.012792-0, Campo Grande, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, julgado em 29.11.2004).

Assim, vê-se que é de se manter a decisão que indeferiu o pleito para julgar procedente a usucapião requerida.

Insubsistentes também as alegações do recorrente de que seu pai foi quem arcou com as despesas da construção da edificação no imóvel em questão, realçando que ele cultivou plantações, como bananas e mandiocas, acrescentando benfeitorias à propriedade, devendo ser indenizado.

Mais uma vez, a prova carreada aos autos não tem o condão de ensejar o provimento do pedido do apelante. Conforme visto nos depoimentos colacionados acima, não há afirmação uníssona no sentido de ter sido o pai do recorrente quem construiu a edificação ou mesmo que ele tenha arcado com os custos da construção.

Ao contrário, o testemunho de f. 125 assevera que o pai do apelado é “quem teria pago o pedreiro para construir a casinha para ‘Paineira’”. Já a testemunha de f. 126 relata “que ‘Batiston’ [pai do apelado] lhe disse ainda que teria construído uma pequena casa em um terreno de sua propriedade e deixado ‘Paineira’ [pai do apelante] ficar lá morando”.

De outro vértice, a juntada de uma única nota fiscal em nome do pai do apelante (f. 62) não é elemento probatório suficiente a demonstrar que fora ele quem construiu as edificações no imóvel. Ora, por certo que a construção não se deu apenas com uma única compra.

A rigor, a prova dos autos não se revela segura e apta a firmar um juízo de convencimento que milite em favor do recorrente, razão por que não merece prosperar seu apelo.

Por fim, quanto ao prequestionamento formulado, faz-se mister destacar que o juiz não está adstrito à aplicação do direito de acordo com o que pretendem as partes, cabendo-lhe a incidência do brocardo da *mibi factum dabo tibi jus*.

Nesse sentido, adverte Rui Portanova:

No princípio em estudo está contido o brocardo narra *mibi factum, narro tibi ius*, que também demonstra bem o quanto de público se encerra no processo e na atividade jurisdicional: do fato dispõem as partes, mas do direito dispõe o Estado-juiz. (**Princípios do Processo Civil**. Livraria do Advogado, Editora Porto Alegre, 1995, p. 240.)

Com isso, se a questão já foi suficientemente debatida, é desnecessária a manifestação expressa do acórdão sobre dispositivos legais, conforme se pode conferir da seguinte ementa, transcrita apenas na parte que interessa:

O prequestionamento significa o prosseguimento do debate de matéria apreciada na decisão recorrida, não sendo necessária a manifestação expressa do acórdão sobre dispositivos legais (ED n. 58.630-5/01, Rel. Des. Atapôa da Costa Feliz, DJMS 24.2.1999).

A propósito, eis o escólio de Nelson Nery Júnior:

Para o cabimento dos recursos excepcionais é necessário que a matéria constitucional ou federal que se quer levar aos tribunais superiores tenha sido julgada, não bastando que pudesse tê-lo sido. De outra parte, não há necessidade de constar, expressamente, o artigo da CF ou da lei, na decisão recorrida para que se tenha a matéria como prequestionada. É suficiente, para tanto, que a questão tenha sido efetivamente decidida. (**Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outras Formas de Impugnação às Decisões Judiciais**. São Paulo: RT, 2001, p. 859.)

Diante do exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento, mantendo-se inalterada a decisão monocrática.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, AFASTARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, Ildeu de Souza Campos e Rubens Bergonzi Bossay.

Campo Grande, 29 de junho de 2009.

Agravo n. 2009.014483-5 – Naviraí
Terceira Turma Cível
Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

E M E N T A – AGRAVO – EXECUÇÃO – PENHORA – BLOQUEIO DE NUMERÁRIOS EXISTENTES EM CONTA-CORRENTE – PRÓ-LABORE – NATUREZA SALARIAL – ART. 7º, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – ART. 649, IV, DO CPC – ACÚMULOS PERIÓDICOS – IMPROVIDO.

A impenhorabilidade dos salários tem sua razão de ser na natureza alimentar que se lhes agrega. Nos termos do que prescreve a Constituição Federal, pode-se identificá-la nas necessidades vitais básicas com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, a qual, todavia, não circunscreve a extensão dessa garantia.

A fluidez do texto constitucional conduz a uma real impossibilidade de se estabelecer o seu exato alcance para fins de penhora, apresentando-se como conceito jurídico indeterminado. Sabe-se, apenas, pela ordem natural das coisas, que as necessidades vitais básicas que caracterizam a natureza alimentar dos salários acaba por se revelar invariavelmente nas demandas do cotidiano, nas exigências do dia a dia.

Desse modo, a expressão monetária dos salários é que, de ordinário, acaba por circunscrever o alcance de sua natureza alimentar, em que pese para uns mais, para outros menos.

De acordo com entendimento doutrinário, “*O objetivo central que comanda todas as impenhorabilidades é o de preservar o mínimo patrimonial indispensável à existência decente do obrigado, sem privá-lo de bens sem os quais sua vida se degradaria a níveis insuportáveis*”.

É possível a penhora sobre valores depositados em conta-corrente quando se referir a saldo restante de pró-labores pretéritos, pois, assim, já perdeu, referido numerário, a sua natureza alimentar, uma vez que fruto de acúmulos periódicos, sem utilização do devedor, o que leva à conclusão de que era desnecessário à sua subsistência.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 3 de agosto de 2009.

Des. Oswaldo Rodrigues de Melo – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo

Sakae Kamitani, com qualificação nos autos, agrava da decisão do Juiz de Direito da 1ª Vara da comarca de Naviraí, proferida em ação de execução promovida em relação ao recorrente por Credival Participações, Administração e Assessoria Ltda., igualmente identificada nos autos.

Alega, em suma, o recorrente, que o bloqueio de numerários existentes em sua conta-corrente mantida no Banco do Brasil S.A. e a consequente penhora dos respectivos valores contraria o disposto no art. 7º, X, da CF, bem a regra do art. 649, IV, do CPC, uma vez que as verbas salariais são impenhoráveis.

Na hipótese, aduz que o saldo existente na mencionada conta-corrente é proveniente de pró-labore que recebe a cada mês.

A decisão recorrida, no que aqui interessa, assim foi lançada:

De outra banda, já no pertinente ao numerário constrito perante o Banco do Brasil S/A, uma particularidade deve ser observada. É que conquanto também inexistia prova de possuir a mesma natureza de conta-poupança (o que de plano exclui a aplicação da regra de impenhorabilidade prevista no art. 649, X, do CPC), houve regular comprovação de que seu pró-labore é nela depositado (f. 75/77).

Portanto, no entender deste juízo, nesse caso específico, intangível é o valor referente ao pró-labore de competência do mês da apreensão do numerário (novembro de 2008), isso porque, como sabido, ressalvadas situações especiais, vedada é a penhora de salário. Contudo, o restante não é protegido por qualquer regra de impenhorabilidade.

Explico.

A uma porque, como já frisado, não houve comprovação de se tratar de conta-poupança (não se aplica pois a regra do art. 649, X, do CPC). A duas porque, ainda que se trate o saldo restante de pró-labores pretéritos, já perdeu referido numerário a sua natureza alimentar, vez que fruto de acúmulos periódicos, sem utilização do executado, o que redundou na conclusão de que era desnecessário à sua subsistência.

Dessa forma, do valor total apreendido junto ao Banco do Brasil S/A, defiro o levantamento em favor do co-executado Sakae Kamitani somente da quantia de R\$ 10.409,26 (dez mil, quatrocentos e nove reais e vinte e seis centavos), correspondente ao valor líquido do pró-labore daquele mês de referência, por se tratar de verba de natureza salarial, devendo o restante, por não se revestir da qualidade alimentar, permanecer constrito (f. 16-7).

O agravo foi recebido tão somente no efeito devolutivo (f. 110-11)

O recorrido bate-se pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo (Relator)

Sakae Kamitani, com qualificação nos autos, agrava da decisão do Juiz de Direito da 1ª Vara da comarca de Naviraí, proferida em ação de execução promovida em relação ao recorrente por Credival Participações, Administração e Assessoria Ltda., igualmente identificada nos autos.

A impenhorabilidade dos salários, prevista no art. 649, IV, do CPC, isto como uma decorrência da norma contida no art. 7º, X, da CF, tem sua razão de ser na *natureza alimentar* que se lhes agrega.

Nos termos do art. 7º, IV, da CF, pode-se identificar a *natureza alimentar* dos salários nas necessidades vitais básicas com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.

A Constituição Federal, todavia, não circunscreve a extensão dessa garantia. A fluidez do texto conduz uma real impossibilidade de se estabelecer o seu exato alcance, o que culmina por revelar ela um conceito indeterminado para fins de penhora.

De fato, segundo MARCELO LAMY, *verbis*:

Há institutos estabelecidos em lei que se apresentam positivados em sua delimitação completa. Ou seja, apresentam-se definidos (definidos: revelam completamente as fronteiras limítrofes do que são e do que não são). Em seus próprios enunciados, delimitam suas exatas extensões e compreensões, de modo unívoco, em dado contexto. Diversos outros, no entanto, explicitam apenas parcialmente esses limites ou extensões. Ou seja, apresentam-se, na forma como foram enunciados, como conceitos.

Todos os conceitos revelam uma zona fixa (um núcleo) e uma zona periférica. No domínio do núcleo conceitual são estabelecidas as certezas; onde se inicia a zona periférica, as dúvidas começam.

A doutrina¹, debruçando-se sobre este problema, identificados como indeterminados quando suas zonas periféricas apresentam-se de forma extensa e difusa e as zonas nucleares de forma reduzida (assim ocorre, em nosso sistema, v. g., com notória especialização, notável saber, significativa degradação do meio ambiente, conduta irrepreensível, etc.).

Segundo o estágio atual da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados², possibilidade de controle jurídico sobre os mesmos existe, mas este se dá apenas junto ao núcleo do conceito, não junto a zona periférica, pois recusar a possibilidade de controle sobre esses seria convertê-los em algo despropositado, seria o mesmo que manifestamente não aplicar a lei que os haja formulado. Admitir, no entanto, o controle absoluto como se estivessemos perante uma definição também seria desvirtuar os limites do que foi positivado.

Ou seja, diante de qualquer conceito jurídico indeterminado, apesar de sua indeterminação, há sempre uma zona de certeza negativa (o que não é) e positiva (o que é) onde é possível o controle para afastar as interpretações e aplicações incorretas, embora sempre permaneça uma zona de penumbra, de incerteza, que é insindicável.

Nesse sentido, afirma Gustavo Binenbojm:

1 CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 120.

2 BINENBOJM, Gustavo **Uma teoria do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Quando é possível identificar os fatos que, com certeza, se enquadram no conceito (zona de certeza positiva) e aqueles que, com igual convicção, não se enquadram no enunciado (zona de certeza negativa), o controle jurisdicional é pleno. Entretanto, na zona de penumbra ou incerteza, em que remanesce uma série de situações duvidosas, sobre as quais não há certeza sobre se se ajustam à hipótese abstrata, somente se admite controle jurisdicional parcial³.

E, mais adiante, esclarece:

O controle parcial pode se dar unicamente pelo eventual conflito com as normas principiológicas (o que, a nosso ver, é uma forma de construção da zona de certeza pela técnica da interpretação sistemática, tão propugnada pela hermenêutica; e não hipótese de controle da zona de penumbra)” (in “Conceitos indeterminados: limites jurídicos de densidade e controle”, Escola Superior de Direito Constitucional – ESDC; http://www.esdc.com.br/diretor/artigo_cji.htm)

Tendo em perspectiva essa linha de pensamento, sabe-se, apenas, pela ordem natural das coisas, que as *necessidades vitais básicas* que caracterizam a *natureza alimentar* dos salários acaba por se revelar invariavelmente nas demandas do cotidiano, nas exigências do dia-a-dia.

Desse modo, a *expressão monetária* dos salários é que, de ordinário, acaba por circunscrever o alcance de sua *natureza alimentar*, em que pese para uns mais, para outros menos.

O ordenamento jurídico aqui vigente tem como regra geral a periodicidade mensal das obrigações salariais, tradição esta que perpassa a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei n. 5.452, de 1º.5.1943 e alterações posteriores) em toda a sua extensão, como, por exemplo, os arts. 60 e 78, parágrafo único; 305 e 320, § 1º; 476-A, §§ 3º e 5º, dentre outros.

Em consequência, pode-se afirmar que as obrigações assumidas para a satisfação das *necessidades vitais básicas*, ou seja, aquelas identificadas pela sua *natureza alimentar*, também têm essa periodicidade mensal.

Consoante Celso Neves, em comentários ao art. 649, IV, do CPC, *verbis*:

A impenhorabilidade de vencimentos, soldos e salários, nos casos do inciso IV, não se prende, apenas, ao conceito de corresponderem, normalmente, às necessidades mínimas do sustento próprio e de dependentes. Todavia, nem sempre esse pressuposto ocorre e, isso não obstante, a vedação é absoluta, mas no sentido estrito de só serem impenhoráveis as prestações vincendas, de sorte a não se comprometer a receita mensal, necessária e paulatina. Não diz o texto que o dinheiro resultante de vencimentos, soldos e salários seja impenhorável. Antes, assenta a impenhorabilidade dessas contraprestações de serviços no sentido inequívoco de não subordiná-las, antecipadamente, à execução. Depois de percebidas, passam a integrar o patrimônio ativo de quem as recebe e se aí forem encontradas, como dinheiro ou convertidas em outros bens, são penhoráveis. A própria exceção [para pagamento de prestação alimentícia] comprova isso, porque a penhorabilidade, destinada a realizar a responsabilidade por alimentos, é, quanto a vencimentos, soldos e salários futuros, segundo o disposto no art. 734. Logo, quanto a outros créditos, que não provenham do dever de prestar alimentos, o mesmo não se pode fazer, ou seja, não se pode penhorar prestações futuras de vencimentos, soldos e salários (in “**Comentários ao Código de Processo Civil**”. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, Forense. p. 22).

Elucidativo, quanto ao ponto, é o entendimento de Candido Rangel Dinamarco:

3 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 220.

O objetivo central que comanda todas as impenhorabilidades é o de preservar o mínimo patrimonial indispensável à existência decente do obrigado, sem privá-lo de bens sem os quais sua vida se degradaria a níveis insuportáveis (in “Instituições de Direito Processual Civil”, Malheiros Editores, SP, Volume IV – Execução Forçada, 2004, p. 340).

Com estas considerações, estou de acordo com o raciocínio desenvolvido na decisão recorrida, na qual o ilustre juiz *a quo* deixou assentado:

De outra banda, já no pertinente ao numerário constrito perante o Banco do Brasil S/A, uma particularidade deve ser observada. É que conquanto também inexistia prova de possuir a mesma natureza de conta-poupança (o que de plano exclui a aplicação da regra de impenhorabilidade prevista no art. 649, X, do CPC), houve regular comprovação de que seu pró-labore é nela depositado (f. 75/77).

Portanto, no entender deste juízo, nesse caso específico, intangível é o valor referente ao pró-labore de competência do mês da apreensão do numerário (novembro de 2008), isso porque, como sabido, ressalvadas situações especiais, vedada é a penhora de salário. Contudo, o restante não é protegido por qualquer regra de impenhorabilidade.

Explico.

A uma porque, como já frisado, não houve comprovação de se tratar de conta-poupança (não se aplica pois a regra do art. 649, X, do CPC). A duas porque, ainda que se trate o saldo restante de pró-labores pretéritos, já perdeu referido numerário a sua natureza alimentar, vez que fruto de acúmulos periódicos, sem utilização do executado, o que redundou na conclusão de que era desnecessário à sua subsistência.

Dessa forma, do valor total apreendido junto ao Banco do Brasil S/A, defiro o levantamento em favor do co-executado Sakae Kamitani somente da quantia de R\$ 10.409,26 (dez mil, quatrocentos e nove reais e vinte e seis centavos), correspondente ao valor líquido do pró-labore daquele mês de referência, por se tratar de verba de natureza salarial, devendo o restante, por não se revestir da qualidade alimentar, permanecer constrito (f. 16-7).

Por outro lado, afigura-se de bom alvitre registrar que, na hipótese vertente, não há prova nos autos de que o saldo financeiro existente na conta-corrente que serviu de base para a constrição seja fruto de depósito acumulado do pró-labore do recorrente.

É que, não obstante a periodicidade mensal das obrigações salariais, não é incomum ocorrer atrasos na liberação dessas verbas, que, em tese, gera igualmente o acúmulo das obrigações assumidas para a satisfação das *necessidades vitais básicas*, ou seja, aquelas identificadas pela sua *natureza alimentar*.

Assim, não vejo como atender ao pleito recursal.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

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, Ildeu de Souza Campos e Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 3 de agosto de 2009.

Apelação Cível n. 2007.033516-2 - Campo Grande
Quarta Turma Cível
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – CONCESSÃO DE DINHEIRO PÚBLICO PARA A EXECUÇÃO DE PROJETO CULTURAL – IRREGULARIDADE NA PRESTAÇÃO DE CONTAS – AUSÊNCIA DE PROVAS QUANTO A GASTOS COM DESPESAS PARA A EXECUÇÃO DO PROJETO – ÔNUS DA RÉ – ART. 333, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – DEVER DE RESTITUIR O VALOR CONCEDIDO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Havendo irregularidade na prestação de contas em relação a concessão de dinheiro público para a execução de projeto cultural, cabe ao concessionário arcar com as consequências, devendo restituir o valor que lhe fora concedido, ainda mais quando não houve qualquer elemento probatório no sentido de demonstrar que efetuou pagamentos de despesas advindas do projeto.

O ônus da prova incumbe à ré, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, II, CPC).

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 23 de junho de 2009.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Maria Nazareth Bezerra recorre da sentença prolatada pelo Juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, que julgou procedente a ação de cobrança ajuizada pelo Estado de Mato Grosso do Sul, sustentando, em apertada síntese, que comprovou o gasto do dinheiro público com vários documentos fiscais, o que foi desprezado pelo magistrado singular.

Alega, também, que a nota fiscal de f. 121, no valor de R\$ 1.215,00, embora não conste a data de sua emissão, é totalmente válida.

Salienta, outrossim, que as notas fiscais de f. 122-126, não podem ser questionadas de forma aleatória, necessitando de informação precisa dos órgãos tributários de que não houve recolhimento do ICMS, e não de mera suposição, como ocorreu no caso em questão.

Assevera que os recibos de pagamento de aluguel são totalmente válidos, já que não consta no convênio celebrado entre as partes que a residência alugada seria no local do evento.

Destaca-se que não foi possível identificar a data do depósito da verba conveniada, o que autoriza a recorrente a insurgir em relação à incidência dos juros e de outros encargos.

Aduz, ainda, que inexistente prova da má utilização do dinheiro público, sendo que houve apenas retardamento na prestação de contas e alguma irregularidade na emissão de notas fiscais, que somente poderão ser contestadas após uma perícia técnica, pois a análise foi feita de forma unilateral e a apelante fez os pagamentos dessas despesas, devendo, portanto, ser condenada somente ao pagamento da importância de R\$ 813,00 (oitocentos e treze reais).

Ao final, requer provimento ao recurso.

O apelado deixou de apresentar as contrarrazões.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator)

Trata-se de ação de cobrança ajuizada pelo Estado de Mato Grosso do Sul em desfavor de Maria Nazareth Bezerra, sob o argumento de que, por intermédio da Secretaria de Estado de Meio Ambiente, Cultura e Turismo – SEMART, visando dar apoio financeiro ao Projeto Cultural, intitulado “Arte e Rua – fazendo teatro com jovens em situação de risco”, com a finalidade de realizar cursos de capacitação teatral e oficinas temáticas abordando temas ligados à vida do teatro, utilizando-se do cotidiano dos adolescentes e jovens da comunidade do bairro Jardim Los Angeles, concedeu à requerida a importância de R\$ 18.960,00 (dezoito mil novecentos e sessenta reais) para a realização do projeto, através do convênio n. 1003/2003, publicado no Diário Oficial do Estado no dia 28 de fevereiro de 2003. Relatou, também, que a ré deixou de prestar as contas, conforme conveniado, sendo que, em 8 de setembro de 2005, por ordem da Secretaria da Cultura, foi instaurado um processo administrativo de tomada de contas especial, o qual constatou diversas irregularidades no Projeto. Diante disso, pleiteia que a ré seja condenada a devolver o valor que recebera devidamente atualizado.

O magistrado de instância singela julgou procedente o pedido formulado na demanda, condenando a requerida a restituir o Estado de Mato Grosso do Sul a quantia de R\$ 18.960,00 (dezoito mil novecentos e sessenta reais), corrigida monetariamente pelo IGPM/FGV, desde o desembolso, e acrescida de juros a partir da citação.

Dessa decisão apela a ré, sustentando, em suma, que comprovou o gasto do dinheiro público com vários documentos fiscais, o que foi desprezado pelo magistrado singular. Alega, também, que a nota fiscal de f. 121, no valor de R\$ 1.215,00, embora não conste a data de sua emissão, é totalmente válida. Salienta, outrossim, que as notas fiscais de f. 122-126, não podem ser questionadas de forma aleatória, necessitando de informação precisa dos órgãos tributários de que não houve recolhimento do ICMS, e não de mera suposição, como ocorreu no caso em questão. Assevera que os recibos de pagamento de aluguel são totalmente válidos, já que não consta no convênio celebrado entre as partes que a residência alugada seria no local do evento. Destaca-se que não foi possível identificar a data do depósito da verba conveniada, o que autoriza a recorrente a insurgir em relação à incidência dos juros e de outros encargos. Aduz, ainda, que inexistente prova da má utilização do dinheiro público, sendo que houve apenas retardamento na prestação de contas e alguma irregularidade na emissão de notas fiscais, que somente poderão ser contestadas após uma perícia técnica, pois a análise foi feita de forma unilateral e a apelante fez os pagamentos dessas despesas, devendo, portanto, ser condenada somente ao pagamento da importância de R\$ 813,00 (oitocentos e treze reais).

Analisando os autos, percebe-se claramente que a recorrente deixou de prestar contas da importância de R\$ 18.960,00 (dezoito mil novecentos e sessenta reais) concedida pelo Estado de Mato Grosso do Sul para a realização do projeto cultural denominado “Arte e Rua – fazendo teatro com jovens em situação de risco”.

Com efeito, verifica-se que a nota fiscal de f. 121, que traz supostas despesas com combustível, do tipo gasolina, no valor de R\$ 1.215,00 (mil duzentos e quinze e um reais), não consta à data de emissão, logo, não se pode fazer uma correlação do gasto com a execução do projeto.

De outro vértice, observa-se que as notas fiscais de f. 122 a 126 são fraudulentas, pois, como bem fundamentou o juiz *a quo*, foram preenchidas fora do prazo de emissão de dois anos, como dispõe o § 4º do art. 18 do Regulamento XV do ICMS – Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços, *in verbis*:

Art. 18. A autorização para a impressão a que se refere o artigo anterior, deverá ser requerida pelo contribuinte, antes da impressão, na forma estabelecida no Subanexo III, mediante preenchimento do formulário apropriado, que conterá, no mínimo, as seguintes indicações (Conv. SINIEF S.N./70, art. 20):

[...].

§ 4º O prazo máximo concedido para a utilização dos documentos fiscais a serem impressos, não poderá ultrapassar o período de dois anos, a contar da data da concessão, pela repartição fiscal do domicílio do contribuinte, da Autorização para a Impressão de Documentos Fiscais. (grifei)

Ora, considerando que data limite para emissão das mencionadas notas fiscais era dia 1º.4.2006, significa que elas foram impressas em 1º.4.2004, no entanto, o seu preenchimento deu-se na data de 16.5.2003, ou seja, antes de serem confeccionadas, de acordo com a legislação vigente, o que não deixa dúvida de que essas notas são totalmente irregulares e fraudulentas.

Denota-se, ainda, que os recibos de pagamento de aluguel de f. 116-118 não servem como comprovante de prestação de contas, pois, além de inexistir nos autos qualquer elemento probatório capaz de demonstrar que o referido imóvel locado fora destinado à execução do projeto, também não houve a apresentação do respectivo contrato de locação.

Outrossim, nota-se que o apelado efetuou o depósito da importância R\$ 18.960,00 (dezoito mil novecentos e sessenta reais), no dia 29 de abril de 2003, como configurado mediante nota de empenho de f. 51.

Registra-se, por oportuno, que o relatório procedido pela auditoria encarregada de apurar o processo administrativo de tomada de contas especial contra a recorrente apontou as seguintes falhas na execução do projeto (f. 136-137):

1. Falha de apresentação da prestação de contas no prazo estabelecido, sendo realizada somente após a Tomada de Contas Especial;
2. Não foram apresentados os extratos bancários compreendendo, desde o primeiro depósito até o lançamento que zerou o saldo, de maneira que não foi possível analisar os seguintes fatos relativos à execução do projeto cultural:

Data do depósito do recurso financeiro à conta vinculada;

Aplicação dos recursos em cadernetas de poupança ou em fundo de aplicação financeira de curto prazo;

Saldo de recursos não utilizados;

Pagamentos por meio de cheque com o valor correspondente à despesa paga;

Utilização da conta bancária exclusivamente em atividades previstas para a execução do projeto quando de sua análise e aprovação;

3. Não consta comprovante de encerramento da conta bancária do projeto;

4. Notas fiscais sem preenchimento correto quanto ao título do projeto e nº do cheque anotado no corpo dos documentos fiscais;

5. A nota fiscal n. 0051 não contém data de emissão;

6. Não foram recolhidos os impostos sobre o pagamento de serviços prestados por pessoa física, sendo que, constava previsão de recursos para o pagamento no orçamento aprovado;

7. Não consta justificativa para o remanejamento entre os itens de despesas aprovados no orçamento, que tiveram seus valores majorados em detrimento de outros itens que não foram executados;

8. Não cumprimento do disposto no item 4.1 – VII da Cláusula Quarta do Convênio, no que se refere à coleta de preços entre no mínimo 03 (três) fornecedores do mesmo ramo de atividade;

9. O proponente não apresentou o layout relativo ao material de divulgação do projeto para aprovação junto à Secretaria de Estado de Cultura (à época integrada à SEMACT), conforme determina o art. 79 do Regulamento;

10. Não consta cópia dos contratos firmados com os prestadores de serviços;

11. Falta de apresentação de 02 (dois) exemplares do material gráfico de divulgação confeccionado para o projeto cultural (cartaz, folder, banner e certificado), comprovando a divulgação das marcas do FIC/MS, Governo do Estado de Mato Grosso do Sul, Secretaria de Cultura e FCMS;

12. Falta de preenchimento das informações constantes no Relatório de Cumprimento do Objeto, Relatório de Desempenho do projeto Cultural, Relatório de Execução Físico-Financeiro e Conciliação Bancária;

13. Não foram apresentados os documentos comprobatórios do cumprimento do objeto do projeto, tais como cópia das fichas de inscrição dos alunos particulares, fotos da execução das oficinas e dos espetáculos produzidos ao final do projeto.

Contudo, a ré/apelante não apresentou qualquer justificativa no sentido de demonstrar a ocorrência de erros por parte da auditoria, bem como não comprovou o contrário, o que evidencia a veracidade das irregularidades apuradas pela mencionada auditoria.

Ademais, verifica-se que a demandada/recorrente não comprovou nenhuma despesa gasta com a execução do projeto, sendo que no direito pátrio, o ônus da prova incumbe ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. (art. 333, inciso II, do CPC).

A respeito da transcrita regra processual, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (Manual do Processo de Conhecimento, p. 310) asseveram:

O art. 333 é aplicável, em princípio, como norma de julgamento. Como o juiz não pode deixar de decidir, cabe-lhe aplicar o art. 333, em princípio, quando o material probatório não é suficiente para esclarecer adequadamente os fatos, recai a falta de prova sobre aquele que tem o ônus da provar [...] Pode-se dizer que o ônus da prova representa os dois lados de uma mesma moeda: implica uma norma imperativa para o juiz, a quem incumbe atendê-la para cumprir a lei e uma regra de conveniência às partes, pois dá a elas o poder de dispor destas provas e assegurar-lhes correlativamente a liberdade de não fazê-lo, sujeitando-as neste caso as conseqüências adversas.

No caso vertente, a apelante em momento algum produziu provas no sentido de demonstrar as despesas que obteve na execução do projeto, ao contrário do recorrido, que comprovou categoricamente a existência de irregularidades no cumprimento do projeto por parte da recorrente.

A propósito do ônus da prova, vejamos o posicionamento deste Egrégio Sodalício, *in verbis*:

O art. 333, inciso II, do Código de Processo Civil, prevê que o ônus da prova recai sobre o réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, deixando a parte de cumpri-lo quando não traz aos autos elementos concretos suficientes para conferir veracidade às suas alegações (AgRg em AC n. 2006.006592-5/0001-00, Rel^a. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges, julgado em 13.5.2008).

Impõe-se ao réu o ônus probatório acerca dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, de acordo com o preceito do art. 333, II, do CPC (AC n. 2006.016003-6, Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, julgado em 15.4.2008).

Dessa forma, tendo em vista que a apelante estava obrigada a prestar contas do dinheiro público que lhe fora concedido pelo recorrido para a execução do projeto conveniado e o fez de forma irregular, agiu corretamente o magistrado singular em condená-la a restituir ao Estado de Mato Grosso do Sul todo o montante despendido, até porque ela não demonstrou nenhum gasto em benefício do projeto.

Pelo exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

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

Campo Grande, 23 de junho de 2009.

Apelação Cível n. 2007.036309-9 - Campo Grande
Quarta Turma Cível
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS – DEMISSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE FORMA ILEGAL – DANO CAUSADO A AGENTE PÚBLICO POR OUTRO AGENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – RESPONSABILIDADE CIVIL DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO – APLICAÇÃO DA TEORIA DO ÓRGÃO – PROVA EM DANO MORAL – DESNECESSIDADE – *QUANTUM INDENIZATÓRIO* – MANTIDO – RECURSO IMPROVIDO.

A pessoa jurídica de direito público responde pelos danos que seus agentes causarem, ainda que contra outro agente da Administração Pública, uma vez que vigora no ordenamento jurídico pátrio a “Teoria do Órgão”, segundo a qual a pessoa jurídica expressa a sua vontade por meio de seus órgãos, que são partes integrantes de sua própria estrutura, de modo que, quando os agentes – pessoas físicas – que atuam nesses órgãos, manifestam a sua vontade, considera-se que tal manifestação é do próprio Estado.

Na indenização por danos morais não precisa ser comprovado o abalo psicológico sofrido pelo agente, sendo necessária apenas a demonstração do fato caracterizador do dano.

Em sede de indenização por danos morais, deve ser observado o critério da razoabilidade para que o valor arbitrado não seja extremamente elevado a ponto de promover o enriquecimento ilícito, tampouco de valor ínfimo, que não sirva para minimizar a dor resultante do dano causado.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 30 de junho de 2009.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul – Detran-MS interpõe recurso de apelação contra sentença prolatada pelo Juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, que julgou parcialmente procedente a pretensão deduzida na ação de reparação de danos morais, que Nilton Luiz Rodrigues da Silva move em face dele, do Estado de Mato Grosso do Sul e de Dagoberto Nogueira Filho.

Requer o apelante, a reforma da sentença, argumentando, em resumo, que: 1) a responsabilidade pelo pagamento da indenização deve ser imposta exclusivamente ao Sr. Dagoberto Nogueira Filho, o qual era Diretor do Detran-MS à época dos fatos; 2) não restou comprovado que o apelado sofreu danos morais; 3) caso seja mantida a condenação, o valor deve ser reduzido, sob pena de enriquecimento sem causa do recorrido.

Sem contrarrazões.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul - Detran-MS contra sentença prolatada pelo juízo da 2ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, que julgou parcialmente procedente a pretensão deduzida na ação de reparação de danos morais, que Nilton Luiz Rodrigues da Silva move em face dele, do Estado de Mato Grosso do Sul e de Dagoberto Nogueira Filho.

Requer o apelante, a reforma da sentença, argumentando, em síntese, que: 1) a responsabilidade pelo pagamento da indenização deve ser imposta exclusivamente ao Sr. Dagoberto Nogueira Filho, o qual era Diretor do Detran-MS à época dos fatos; 2) não restou comprovado que o apelado sofreu danos morais; 3) caso seja mantida a condenação, o valor deve ser reduzido, sob pena de enriquecimento sem causa do recorrido.

Extraí-se dos autos, em resumo, que o autor, ora apelado pertencia ao quadro de servidores do Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul - Detran-MS, e que o Diretor Presidente da referida autarquia, à época dos fatos narrados nestes autos, Sr. Dagoberto Nogueira Filho, o demitiu do serviço público, sumariamente, sem processo administrativo, violando o art. 242 da Lei n. 1.102/1990, o qual determina a instauração de processo disciplinar, assegurando a ampla defesa, nos caso de irregularidades no serviço público, perpetradas por seus servidores.

Em razão disso, o recorrido ajuizou a presente ação indenizatória, alegando que se sentiu humilhado e com sérios prejuízos a sua imagem diante de seus colegas de trabalho e familiares, bem como perante toda a sociedade, já que viu seu nome exposto no Diário Oficial, onde foi publicado o ato de sua demissão.

O pedido foi acolhido em parte, com a consequente condenação do Sr. Dagoberto Nogueira Filho, ao pagamento do equivalente a 50 (cinquenta) salários-mínimos, a título de indenização por danos morais, e subsidiariamente o Detran-MS e o Estado de Mato Grosso do Sul a fazê-lo, incidindo juros moratórios de 6 % (seis por cento) ao ano, a partir da citação.

Tecidas essas considerações, tenho que o recurso merece ser improvido, pelos motivos que passo a expor.

No tocante à responsabilidade da autarquia apelante, vale frisar que ela possui personalidade jurídica de direito público, logo, se enquadra em “pessoa jurídica de direito público”, consignado no art. 37, § 6º, da Carta Política, decorrendo daí que deve responder pelos danos que seus agentes causarem não somente a terceiros, consoante a literalidade do aludido preceito constitucional, mas também, em outros agentes da própria administração pública, visto que vigora no ordenamento jurídico pátrio a “Teoria do Órgão”, segundo a qual a pessoa jurídica expressa a sua vontade por meio de seus órgãos, que são partes integrantes de sua própria estrutura, de modo que, quando os agentes – pessoas físicas – que atuam nesses órgãos, manifestam a sua vontade, considera-se que tal manifestação é do próprio Estado.

Acerca da citada teoria, o saudoso Professor Hely Lopes Meirelles, in “Direito Administrativo Brasileiro”, 30. ed. Editora Malheiros, p. 67, preleciona que:

A teoria do órgão veio substituir as superadas teorias do mandato e da representação, pelas quais se pretendeu explicar como se atribuiriam ao Estado e às demais pessoas jurídicas públicas os atos das pessoas humanas que agissem em seu nome. Pela teoria do mandato considerava-se o agente (pessoa física) como mandatário da pessoa jurídica, mas essa teoria ruiu diante da só indagação de quem outorgaria o mandato. Pela teoria da representação considerava-se o agente como representante da pessoa, à semelhança do tutor e do curador dos incapazes. Mas como se pode conceber que o incapaz outorgue validamente a sua própria representação? Diante da imprestabilidade dessas duas concepções doutrinárias, Gierke formulou a teoria do órgão, segundo a qual as pessoas jurídicas expressam a sua vontade através de seus próprios órgãos, titularizados por seus agentes (pessoas humanas), na forma de sua organização interna. O órgão – sustentou Gierke – é parte do corpo da entidade e, assim, todas as suas manifestações de vontade são consideradas como da própria entidade (Otto Gierke, Die Genossenschaftstheorie in die deutsche Rechtsprechung, Brelim, 1887).

Diante disso, é forçoso concluir que na ocasião em que o Sr. Diretor Presidente do Detran-MS praticou o ato administrativo que resultou na pena de demissão do apelado, é como se a própria Administração Pública tivesse manifestado a sua vontade, razão pela qual ela deve ser responsabilizada pelos danos causados ao servidor, pois, conforme acima frisado por este relator, o Direito Administrativo pátrio adotou a “Teoria do Órgão”.

Por outro lado, alega o apelante que não restou comprovado o dano moral.

Como é sabido, o dano moral se traduz na lesão nos direitos da personalidade do ser humano, *verbi gratia*, a vida, a integridade corporal, a honra, a intimidade, a liberdade, a imagem, sendo que, salvo em casos excepcionais, a prova do dano é dispensada, necessário apenas a prova do fato ilícito, pois o dano moral é *in re ipsa*, ou seja, significa que ele decorre do próprio fato, não dependendo de prova do prejuízo, pois este é presumido.

A respeito do tema, trago à colação os seguintes julgados do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DANOS PATRIMONIAL E MORAL. ART. 602 DO CPC.

1. A concepção atual da doutrina orienta-se no sentido de que a responsabilização do agente causador do dano moral opera-se por força do simples fato da violação (*danum in re ipsa*). Verificado o evento danoso, surge a necessidade da reparação, não havendo que se cogitar da prova do prejuízo, se presentes os pressupostos legais para que haja a responsabilidade civil (nexo de causalidade e culpa). (REsp n. 23.575/DF, Rel. Min. César Asfor Rocha, julgado em 9.6.1997).

Não há falar em prova do dano moral, mas sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam. (REsp n. 86.271/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 9.12.1997).

Outro não é o entendimento deste Egrégio Tribunal de Justiça, confira-se:

APELAÇÃO CÍVEL – DANO MORAL – INCLUSÃO DE NOME SPC – CARACTERIZAÇÃO DO DANO – QUANTUM INDENIZATÓRIO – RECURSO IMPROVIDO – Aquele que assume o risco pelas faltas e abusos cometidos tem a obrigação de indenizar pelos danos ocasionados. O dano simplesmente moral, sem repercussão no patrimônio, não há ser provado. Ele existe tão somente pela ofensa, e dela é presumido, sendo o bastante para justificar a indenização, razão pela qual não se pode exigir a prova material de sua existência [...]. (AC n. 2002.002555-1, Rel. Des. Hamilton Carli, julgado em 9.2.2004).

Desse modo, considerando que o apelado sofreu lesões em sua integridade psíquica, bem como na sua imagem, ao ser demitido do serviço público de forma sumária e ilegal, é evidente que o dano moral restou configurado.

Em relação ao *quantum* indenizatório, não há no ordenamento jurídico parâmetros legais rígidos para o seu 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 revistas, 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. (AC n. 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 equitativo e de prudência, segundo as posses do autor do dano e as necessidades da vítima e de acordo com a situação sócio-econômica de ambos;

f) na indenização por dano moral o preço de afeição não pode superar o preço de mercado da própria coisa;

g) não indenização por dano moral a quantia a ser fixada não pode ser absolutamente insignificante, mas servir para distrair e aplacar a dor do ofendido e dissuadir o autor da ofensa da prática de outros atentados, tendo em vista o seu caráter preventivo e repressivo;

h) na fixação do valor do dano moral o julgador deverá ter em conta, ainda e notadamente, a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a sua posição social e política. Deverá, também, considerar a intensidade do dolo e o grau de culpa do agente.

Ante 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 a título de danos morais arbitrada pelo magistrado de primeira instância, no importe equivalente a 50 (cinquenta) salários-mínimos, é suficiente para compensar o sofrimento suportado pelo recorrido, motivo pelo qual deve ser mantido no mesmo patamar.

Em face de 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, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

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

Campo Grande, 30 de junho de 2009.

Apelação Cível n. 2009.002014-0 - Fátima do Sul
Quarta Turma Cível
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA – CONSÓRCIO DE AUTOMÓVEL – SEGURO DE VIDA EMBUTIDO – PARCELAS EM ATRASO – MORTE DO CONSORCIADO – NEGATIVA DE PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO – ABUSIVIDADE – OFENSA AO ART. 51, XI, CDC – RECURSO IMPROVIDO.

A negativa de pagamento de indenização prevista em seguro de vida em grupo embutido em contrato de consórcio não se justifica em face do simples atraso no pagamento de parcela, sendo imprescindível a interpelação do consorciado/segurado para lhe dar ciência da suspensão dos efeitos da avença, tendo em vista que a cláusula que estabelece o cancelamento automático do contrato é abusiva e fere as disposições do Código de Defesa do Consumidor.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 21 de julho de 2009.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Disal Administradora de Consórcios Ltda., inconformada com a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação de cobrança que lhe move Espólio de Rodrigo Pereira Lorenzatto, Damares Doretto Lorenzatto e Victória Doretto Lorenzatto, interpõe apelação, pugnando pela sua reforma.

Aduz, em síntese, que se tratando o *de cujus* de consorciado inadimplente, não contemplado, lhe acarretou a rescisão do seu contrato de consórcio, com o respectivo cancelamento da cota consorcial, conforme previsto no regulamento de consórcio; que em decorrência da inadimplência, houve também o cancelamento do seguro de vida, razão pela qual não há direito dos apelados em receber a quitação da cota, mas apenas as parcelas pagas pelo *de cujus*, deduzida a taxa de administração, do seguro de vida e da cláusula penal, conforme previsto no contrato.

Em contrarrazões os apelados pugnam pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer, opina pelo improvimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro (Relator)

Trata-se de apelação cível contra a sentença que julgou procedentes os pedidos formulados na ação de cobrança que Espólio de Rodrigo Pereira Lorenzatto, Damares Doretto Lorenzatto e Victória Doretto Lorenzatto movem em face de Disal Administradora de Consórcios Ltda., para o fim de condenar a requerida ao pagamento do valor constante da apólice de seguro contratada, acrescido de correção monetária pelo IGPM e juros de 1% ao mês, a partir da data da comunicação do sinistro, ou seja, 13.07.2006, com dedução da quantia devida pelo *de cujus* ao grupo consorcial, até a data da verificação de seu óbito, ou seja, 1º.4.2006. Por conta da sucumbência, condenou a ré, ainda, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.

De acordo com o que se extrai dos autos, no dia 25.3.2003, Rodrigo Pereira Lorenzatto, respectivamente, marido e pai das segunda e terceira autoras, firmou contrato com a requerida Disal Administradora de Consórcios Ltda., visando adquirir um automóvel VW/Gol 1.0 Special Free, se comprometendo ao pagamento de 60 (sessenta) parcelas mensais, com início em 03/2003 e término previsto para 03/2008.

Ocorre que durante o andamento do grupo consorcial, em 1º.4.2004, o consorciado foi à óbito vítima de homicídio, tendo sido pagas apenas 30 (trinta) das 60 (sessenta) parcelas previstas. Com isso, seu espólio e herdeiros ingressaram em juízo com a presente demanda pretendendo ver declarada a quitação do restante das parcelas vincendas, tendo em vista o contrato de seguro embutido no consórcio, visando o recebimento da respectiva carta de crédito ou o valor equivalente.

De fato, analisando detidamente o contrato de adesão firmado entre as partes percebe-se que, de forma embutida, foi também firmado um contrato de seguro, conforme se lê do item “Proposta de Seguro de Vida em Grupo” (f. 24):

A partir do dia seguinte ao da primeira participação do consorciado em assembléia do grupo, o que, por consequência, só ocorrerá com o pagamento da respectiva contribuição mensal até a data do vencimento. O término da vigência se dará com o eventual pagamento do sinistro, ou com o cancelamento da cota, seja por inadimplência ou por solicitação do CONSORCIADO, ou ainda, no máximo, na data da última assembléia do grupo.

De acordo com a empresa apelante, em que pese a existência do contrato de seguro, os apelados não fazem jus ao recebimento da indenização por conta da inadimplência do *de cujus* com relação às seis últimas parcelas vencidas antes de seu falecimento, ou seja, de 16.10.2005 a 16.3.2006, o que levou à exclusão do consorciado do grupo, nos termos da alínea II, do item 65, do tópico XIX do regulamento (f. 48-57), que dispõe:

A exclusão por inadimplência poderá ocorrer, independentemente de notificação ou intimação judicial, nas seguintes situações:

[...]

II – pela falta de pagamento de 2 (duas) ou mais contribuições mensais, consecutivas ou alternadas, nos casos onde já tenha sido efetuado o pagamento da 1ª prestação contribuição mensal.

Ocorre que, de acordo com as disposições do Estatuto Consumerista, aplicáveis ao caso em comento por se tratar de contrato de adesão, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que autorizem o fornecedor a cancelar unilateralmente o contrato, sem que igual direito seja conferido ao consumidor.

Neste sentido, veja-se a redação do art. 51, inciso XI, do CDC:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

[...]

XI – autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor.

Com efeito, do confronto da cláusula contratual discutida e do dispositivo legal acima reproduzido, emerge a patente abusividade inserida na avença, que fere de morte os mais basilares direitos dos consumidores, valendo-se a empresa administradora de consórcios de sua vantajosa posição técnico-econômica em detrimento dos consorciados, hipossuficientes na relação contratual.

Como bem ressaltou o ilustre representante do *parquet* em seu parecer, “*É dever da empresa administradora do consórcio, inobstante a inadimplência do cliente, de notificá-lo da possibilidade da rescisão do contrato, para que ele possa negociar suas dívidas e não ser prejudicado com a exclusão do grupo. Em não havendo a notificação, não há que se falar em fim do vínculo do contrato, estando este, pelo contrário, em pleno vigor e obrigando a empresa a cumpri-lo*”.

A respeito do assunto, colha-se a recente orientação jurisprudencial extraída da egrégia Corte Superior:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. SEGURO. ATRASO NO PAGAMENTO DO PRÊMIO. SUSPENSÃO AUTOMÁTICA. DESCABIMENTO. NECESSIDADE DE INTERPELAÇÃO PRÉVIA. **O simples atraso no pagamento do prêmio não implica suspensão ou cancelamento automático do contrato de seguro, sendo necessário, ao menos, a interpelação do segurado, comunicando-o da suspensão dos efeitos da avença enquanto durar a mora.** Agravo Regimental improvido”. (STJ, AgRg em REsp n. 1.089.391, Proc. 2008/0203355-2, MG, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 16.6.2009, DJE 25.6.2009).

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MULTA PROTETÓRIA (ART. 538 DO CPC). MANUTENÇÃO. INOCORRÊNCIA. SEGURO. ATRASO NO PAGAMENTO DE PRÊMIO. SUSPENSÃO AUTOMÁTICA. DESCABIMENTO. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. [...] 3. O simples atraso no pagamento do prêmio não implica suspensão ou cancelamento automático da cobertura securitária, fazendo-se necessária a interpelação do segurado, apta a constituí-lo em mora. Precedentes. 4. Da leitura das razões expendidas na petição de agravo regimental, não se extrai argumentação relevante apta a afastar os fundamentos do julgado ora recorrido. Destarte, nada havendo a retificar ou acrescentar na decisão agravada, deve esta ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos. 5. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg em Ag 957.175, Proc. 2007/0240153-2, SP, Quarta Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 19.5.2009, DJ 8.6.2009).

No mesmo sentido, é o seguinte julgado:

ACÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. SEGURO DE VIDA EM CONSÓRCIO. PARCELAS EM ATRASO. PRÊMIO. NEGATIVA DE PAGAMENTO. A negativa de pagamento de prêmio de seguro de vida em grupo não se justifica em face do simples atraso no pagamento de parcela, sendo imprescindível a interpelação do segurado para dar-lhe ciência da suspensão da cobertura, tendo em vista que a cláusula que estabelece o cancelamento automático do contrato é abusiva e fere o Código de Defesa do Consumidor. (TJRO, AC n. 100.005.2004.009235-1, Primeira Câmara Cível, Rel. Juiz João Adalberto Castro Alves, julgado em 14.3.2006).

Por derradeiro, vale salientar que no caso específico não haverá qualquer prejuízo financeiro à empresa apelante, tampouco ao grupo consorcial, que, aliás, já se encerrou, posto que do montante a ser pago aos apelados, deverá ser deduzida a quantia devida pelo consorciado ao grupo até a data de seu óbito, conforme restou decidido pela magistrada singular.

Destarte, a manutenção da sentença é medida que se impõe.

Ante o exposto, com o parecer ministerial, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

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

Campo Grande, 21 de julho de 2009.

Apelação Cível n. 2009.006640-7 – Itaquiraí
Quarta Turma Cível
Relator Des. Rêmoló Letteriello

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – ABSOLVIÇÃO CRIMINAL – LEGÍTIMA DEFESA PRÓPRIA – DISPARO DE ARMA DE FOGO QUE ATINGE TERCEIRA PESSOA – RESPONSABILIDADE CIVIL CONFIGURADA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Mesmo que tenha sido reconhecido no Juízo Criminal que o agente praticou o crime em legítima defesa, seu ato pode ser considerado ilícito/injurídico na esfera civil, quando o agente querendo atingir uma pessoa, atinge terceiro, ocasionando a morte deste.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 26 de maio de 2009.

Des. Rêmoló Letteriello – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rêmoló Letteriello

Adriano Bonicontró, inconformado com a sentença proferida pela Juíza de Direito da Vara Única da Comarca de Itaquiraí, que julgou procedente o pedido formulado nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais que lhe movem Luciana Jesuino da Rocha e Maiara da Rocha Silva, interpõe recurso de apelação.

Alega que, através do Processo Crime n. 5.2.000232-8, que tramitou na comarca de Itaquiraí, foi absolvido por legítima defesa real no Plenário do Júri Popular da imputação do crime de homicídio doloso em relação às agressões ilícitas e injustas perpetradas pelo esposo e pai das recorridas, Claudinei Pedroza da Silva.

Assim, diante da absolvição narrada, não há falar em responsabilidade civil de reparação de danos. Argumenta que a lei prevê que faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito (art. 65 do CPP).

As apeladas, em contrarrazões, pugnam pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Rêmolio Letteriello (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Adriano Bonicentro em desfavor da sentença proferida pela Juíza de Direito da Comarca de Itaquiraí, que julgou procedente o pedido formulado nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais que lhe movem Luciana Jesuíno da Rocha Silva e Maiara da Rocha Silva.

Consta que as recorridas ingressaram com a presente ação em face de Adriano Bonicentro, sustentando que em 13.8.2001, no Município de Itaquiraí, Claudinei Pedroza da Silva, esposo da primeira recorrida e genitor da segunda, foi assassinado pelo recorrente.

A Juíza *a quo* deixou averbado em seu *decisum* que (f. 565-574):

[...]impõe-se uma mudança de raciocínio, visto que a legítima defesa do requerido não tinha como agressor Claudinei, mas sim Anderson.

Com efeito, não há nos autos qualquer elemento que demonstre agressão, atual ou iminente de Claudinei contra o requerido ou sua companheira Luzimeire, destarte, a legítima defesa exercida pelo requerido causou dano a terceiro [...]

Demonstrando que o óbito de Claudinei Pedroza da Silva ocorreu em virtude de disparo de arma de fogo feito pelo requerido, o qual, agindo em legítima defesa atingiu terceiro inocente, imperioso o reconhecimento de dever de reparar o dano.

Sustenta o apelante, em suma, que através do Processo Crime n. 05.02.000232-8, que tramitou na comarca de Itaquiraí, foi absolvido por legítima defesa real no Plenário do Júri Popular da imputação do crime de homicídio doloso em relação às agressões ilícitas e injustas perpetradas pelo esposo e pai das recorridas, Claudinei Pedroza da Silva. Assim, diante da absolvição narrada, não há falar em responsabilidade civil de reparação de danos.

O artigo 65 do CPP dispõe que “*Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato em estado necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito*”.

O dispositivo trazido no art.188, I, do Código Civil, proclama que não constituem atos ilícitos os praticados em legítima defesa, ou no exercício de um direito reconhecido.

Todavia, como explanado pelo e. Min. Ruy Rosado, ao decidir o Resp n. 152030-DF, *in verbis*:

O agente que está em situação de legítima defesa e causa lesão no agressor, pratica ato jurídico e por ele não responde no juízo criminal e no cível. Se, nessa circunstância, a resposta do agredido atinge terceira pessoa que não o agressor, o autor da lesão há de ser absolvido no juízo criminal por eximente da culpabilidade, por ter agido debaixo de erro, mas permanece a sua responsabilidade civil, pois o ato é antijurídico.

Em análise dos autos, extrai-se do julgamento no Tribunal do Júri que, respondendo ao 1º quesito da 2ª série, os jurados, por unanimidade, afirmaram que os “projéteis disparados pelo réu Adriano Bonicentro, desviando-se do alvo desejado, atingiu Claudinei Pedroza da Silva, causando as lesões descritas no laudo de exame necroscópico de f.56 (f. 544-545).

Dessa feita, considerando a votação do Conselho de Sentença no Feito Criminal n. 051.02.000232-8, denota-se que o agressor, ao contrário do entendimento recorrente, foi Anderson, e não Claudinei (vítima).

Assim, tendo o apelante atingido este, ocorreu o chamado *aberratio ictus* (quando o agente, querendo atingir uma pessoa, atinge outra).

Por mais que o recorrente tenha sido absolvido dos delitos de homicídio simples consumado e homicídio simples tentado, nos termos do art. 386, V, do Código de Processo Penal, em razão da legítima defesa, tenho que, ao atingir terceira pessoa que não o agressor deverá, sim, responder na esfera civil.

Em caso semelhante, a jurisprudência pátria já se manifestou:

O reconhecimento, no juízo criminal, da excludente de antijuridicidade de legítima defesa, conquanto afaste a ilicitude do fato (art. 23, II, do CP) e vincule a jurisdição civil (art. 65, CPP), não impede a propositura de ação civil. Por parte dos familiares do falecido. Visando à reparação dos danos sofridos, nos termos do art. 67, III, do CPP. 2. A absolvição do agente no juízo criminal por legítima defesa não afasta a responsabilidade civil pelos danos causados a terceiro passivo que, sem qualquer culpa, não contribuiu para a ocorrência do sinistro. (CF. STF, REsp n. 229.653/PR, primeira turma, ministro Sepúlveda Pertence, DJ 10.8.2001; STJ, REsp n. 111.843/PR, primeira turma, ministro José Delgado, DJ 09/06/1997) 3. Para ser indenizável, o dano deve ser injusto, como ocorre na espécie, em que terceiro que não dera causa aos acontecimentos faleceu em decorrência de tiro disparado por vigilante em atitude de legítima defesa contra assaltantes que o agrediram, exsurgindo daí a obrigação de indenizar os seus familiares. (TRF, AC n. 2008.01.00.014598-2, Primeira Região, DF, Sexta Turma, Rel. Juiz Fed. Conv. João Carlos Mayer Soares, julgado em 22.9.2008; DJF1 13.10.2008, p. 112).

No vertente caso, ficou efetivamente demonstrado nos autos que o falecido Claudinei Pedroza da Silva foi alvejado sem culpa, haja vista que o desafeto do recorrente era Anderson Gonçalves Ferreira.

As testemunhas ouvidas nos autos, em nenhum momento mencionam a participação de Claudinei (vítima), como sendo um dos agressores do recorrente e de sua companheira. Pelo contrário, elas são uníssonas quando afirmam que Claudinei era um homem de índole boa e trabalhador, sendo que na época do infortúnio prestava serviço de pedreiro para Anderson (f. 311-313).

Ante as razões delineadas, despiciendas maiores considerações.

Em face do exposto, contra o parecer, 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. Rêmolio Letteriello.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rêmolio Letteriello.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Rêmolio Letteriello, Atapoã da Costa Feliz e Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 26 de maio de 2009.

Apelação Cível n. 2009.013711-5 - Três Lagoas
Quarta Turma Cível
Relator Des. Rêmoló Letteriello

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – DEVOLUÇÃO DE CHEQUE POR DIVERGÊNCIA NA ASSINATURA – DEVER DO BANCO – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA QUE NÃO SE QUALIFICA COMO AUTOMÁTICA – HIPOSSUFICIÊNCIA NÃO DEMONSTRADA – RECURSO IMPROVIDO.

A inversão do ônus da prova não se qualifica como automática nos casos concretos regulados pelas normas consagradas pelo Código de Defesa do Consumidor, cabendo ao aspirante a demonstração de sua hipossuficiência, que não está relacionada como uma eventual insuficiente situação econômico-financeira enfrentada, mas, sim, com a imposição de óbice à produção das provas que julga necessária para a atribuição do caráter da consistência à sua tese, em virtude de sua configuração como consumidor.

A instituição financeira, ao proceder pela devolução de cheque, em virtude de divergência na assinatura da lâmina, age no exercício regular do direito, uma vez que protege os interesses de seus clientes, a fim de que não se tornem vítimas de fraudes.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 30 de junho de 2009.

Des. Rêmoló Letteriello – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rêmoló Letteriello

Leonice Barbosa Simão ME, representada por Ronaldo Garcia Rodrigues, inconformada com a sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados nos autos da ação de indenização por danos morais que move em face do Banco do Brasil S.A, interpõe recurso de apelação. Aduz, em síntese, que comunicou o banco agravado, previamente, que Ronaldo Garcia Rodrigues estava autorizado a assinar cheques e movimentar em seu nome a Conta Bancária n. 8.316-X, conforme documento de f.16. A devolução de cheque, mesmo tendo saldo na aludida conta, feriu sua honra, visto que jamais sofreu tal constrangimento, sendo passível de indenização por dano moral. Diz que, pelo princípio da inversão do ônus da prova, cabe ao recorrido provar tudo o que alega. Requer, por fim, a inversão do ônus da prova.

O apelado, em contrarrazões, pugna pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Rêmolio Letteriello (Relator)

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados nos autos da ação de indenização por danos morais ajuizada por Leonice Barbosa Simão ME, representada por Ronaldo Garcia Rodrigues, em desfavor do Banco do Brasil S.A.

A autora/recorrente alega, em suma, que é possuidora de uma conta na instituição financeira/recorrida desde o ano de 2000; que, embora tivesse saldo positivo na referida conta, fora devolvido um cheque seu, em razão da divergência de assinatura; que comunicou o banco no sentido de ter autorizado o senhor Ronaldo Garcia Rodrigues a assinar talonários de cheques; que a devolução da cártula feriu sua honra, visto que jamais sofreu tal constrangimento, sendo passível de indenização por dano moral.

O recorrente afirma que no vertente caso devem ser aplicadas as normas do Código de Defesa do Consumidor, o que terminaria por motivar a inversão do ônus da prova.

Não é correta tal afirmação.

É certo que as relações de consumo são reguladas pelas normas consagradas pelo CDC, no entanto não pairam dúvidas quanto ao fato de que a simples configuração da parte como consumidora, por si só, não gera a automática inversão do ônus da prova.

Caberia à recorrente evidenciar no presente caso a sua hipossuficiência, que não mantém relação alguma com uma eventual insuficiente condição econômico-financeira, mas sim com a imposição de óbice à produção de provas hábeis a alicerçar a ilustração do direito que ostenta, em virtude de sua qualificação como consumidor.

Nesta linha de raciocínio, a inversão questionada somente pode ser determinada quando a parte, consumidora, evidenciar que, em decorrência deste conceito que lhe é atribuído, restou dificultada a produção de provas suficientemente aptas a garantir o resguardo de seu interesse pelo Poder Judiciário.

In casu, embora a recorrente tenha afirmado categoricamente que comunicou o banco/recorrido a respeito do documento de f.16, o qual deu poderes para que Ronaldo Garcia Rodrigues assinasse cheques e realizasse movimentação em sua conta, tal situação não restou comprovada, ônus que lhe incumbia (art. 333, I, do CPC).

Por outro lado, o banco, ao proceder pela devolução do cheque da autora, em virtude de divergência na assinatura da lâmina, o fez de maneira correta e respeitando, inclusive, as cláusulas do contrato de f.22-23, visto que não poderia “liberar” o cheque depositado com uma assinatura diferente daquela constante em seus registros e cadastros, mesmo com a existência de saldo na referida conta.

Age no exercício regular do direito a instituição bancária que devolve cheque por divergência de assinatura, uma vez que protege os interesses de seus clientes, a fim de que não se tornem vítimas de fraudes. No particular, no máximo, existiu excesso de zelo por parte do banco/réu.

Ante as razões delineadas, despiciendas maiores considerações.

Em face do exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rêmolo Letteriello.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Rêmolo Letteriello, Atapoã da Costa Feliz e Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 30 de junho de 2009.

Apelação Cível n. 2009.022400-9 – Bataguáçu
Quarta Turma Cível
Relator Des. Rêmoló Letteriello

E M E N T A – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ABANDONO AFETIVO – DANO NÃO CONFIGURADO – CARÁTER SUBJETIVO DA LIBERDADE AFETIVA PATERNAL – RECURSO IMPROVIDO.

Não há como reconhecer o abandono afetivo como passível de reparação indenizatória, considerando o caráter subjetivo da liberdade afetiva do genitor.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 8 de setembro de 2009.

Des. Rêmoló Letteriello – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rêmoló Letteriello

Paula Ribeiro da Silva Amaral, inconformada com a sentença que julgou improcedente o pedido formulado nos autos da ação de indenização por danos morais que move em face de José Milton dos Santos Amaral interpõe recurso de apelação, sustentando, em síntese, que o dano moral é a única medida capaz de compensar a ausência de carinho e afeto de um pai ao seu filho, tendo em vista a violação à norma constitucional prevista no art. 227, da CF.

Salienta que o abandono afetivo lhe causou sofrimento durante a sua infância e adolescência, tristeza, vexame e humilhação, de forma que merece ser devidamente indenizada.

Por fim, requer a inversão do ônus da sucumbência.

O apelado, em contrarrazões, pugna pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Rêmoló Letteriello (Relator)

Cuida-se de recurso de apelação interposto contra a sentença que julgou improcedente o pedido formulado nos autos da ação de indenização ajuizada por Paula Ribeiro da Silva Amaral, em desfavor de José Milton dos Santos Amaral.

A autora, ora apelante, ingressou com a presente ação, sustentando, em suma, que por ter sofrido abandono afetivo por seu genitor, houve ofensa à sua dignidade, passível de indenização.

Ressalto que a questão apresentada neste processo tem chamado bastante atenção da doutrina e dos casos apresentados em juízo, diante da discussão sobre o cabimento ou não de indenização por danos morais, em virtude do abandono afetivo dos pais.

Fazendo uma minuciosa pesquisa sobre o assunto, verifiquei decisões condenando pais que faltaram com o dever de assistência moral aos seus filhos na exata medida em que se fizeram ausentes e, por via de consequência, não prestaram a devida assistência afetiva e amorosa durante o desenvolvimento da criança. Por outro lado, observei decisões no sentido de não ser cabível qualquer tipo de indenização por danos morais, ante o caráter subjetivo da liberdade afetiva paternal, decisão esta, que, a meu ver, deve ser adotada neste momento.

Como sabido, a responsabilidade civil extracontratual, decorrente da prática ato ilícito, depende da presença de três pressupostos elementares: conduta culposa ou dolosa, dano e nexo de causalidade. Nesse contexto é que se precisa analisar se a alegada conduta omissiva do apelado teria desencadeado danos morais indenizáveis.

É cediço que o dano moral trata-se de um direito personalíssimo inerente única e exclusivamente a quem se sentiu lesionado. Desse modo, qualquer pessoa que, de alguma forma, sentir-se, moralmente, lesionada poderá recorrer ao Judiciário para pleitear seus direitos, visto que é direito subjetivo de cada um.

Pelo que se depreende dos autos, não houve convivência entre pai e filha. Assim, por mais que se lamenta o relacionamento das partes e o ressentimento da requerente com seu genitor, principalmente na fase de infância e adolescência, não vejo sustentação jurídica suficiente para compelir o apelado à uma reparação pecuniária em virtude do abando afetivo noticiado.

Não obstante existirem ações ou omissões que podem levar à responsabilização pai, a ausência de afeto e carinho, por si só, não conduz ao dever de indenizar.

Em caso semelhante, o Des. Luciano Pinto, do TJ-MG, em julgamento da Apelação Cível n.1.0499.07.006379-1/0021, ponderou que:

A questão trazida à baila de indenização por danos morais em razão da ausência afetiva do pai em relação a seu filho traz consigo o choque de dois conflitos: de um lado a liberdade do pai, de outro, a solidariedade familiar e a integridade psíquica do filho, inerentes da dignidade da pessoa humana.

De sorte que a liberdade do pai, referida acima, divide-se em duas subespécies: a) uma de caráter objetivo, que engloba os direitos e deveres paternais, dos quais não se pode eximir sob pena de, no campo material, sofrer ação de alimentos, e no, extrapatrimonial, ser destituído do pátrio poder; b) outra de caráter subjetivo, que consiste na liberdade afetiva, isto é, no desejo inconsciente de dar afeto ao filho.

Ora, em razão do enorme caráter subjetivo da liberdade afetiva paternal, a meu ver, ela não pode ser imposta, exigida ou obrigada, não se tratando, portanto, de dever, mas sim de uma opção, até mesmo inconsciente, do pai de sentir ou não carinho por seu filho, e, assim, lhe dar afeto.

Sobre esse tema já se manifestou o STJ no julgamento do REsp n. 757.411/MG:

A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária.

A propósito, peço vênia para transcrever parte do voto do Em. Min. César Asfor Rocha, proferido no REsp acima citado, por sintetizar as razões acima expostas:

Essa compreensão decorre da importância que tem a família, que é alçada à elevada proteção constitucional como nenhuma outra entidade vem a receber, dada a importância que tem a família na formação do próprio Estado. Os seus valores são e devem receber proteção muito além da que o Direito oferece a qualquer bem material. Por isso é que, por mais sofrida que tenha sido a dor suportada pelo filho, por mais reprovável que possa ser o abandono praticado pelo pai - o que, diga-se de passagem, o caso não configura - a repercussão que o pai possa vir a sofrer, na área do Direito Civil, no campo material, há de ser unicamente referente a alimentos; e, no campo extrapatrimonial, a destituição do pátrio poder, no máximo isso. Com a devida vênia, não posso, até repudio essa tentativa, querer quantificar o preço do amor.

Destarte, como o afeto não pode ser intitulado como um dever dos genitores, o abandono afetivo do pai no caso vertente, não implica ato ilícito nem dano injusto, passível de indenização moral.

De outro vértice, como ressaltou o Min. Fernando Gonçalves, no voto proferido no REsp n. 757.411 acima citado:

O deferimento do pedido, não atenderia, ainda, o objetivo de reparação financeira, porquanto o amparo nesse sentido já é providenciado com a pensão alimentícia, nem mesmo alcançaria efeito punitivo e dissuasório, porquanto já obtidos com outros meios previstos na legislação civil, conforme acima esclarecido.

Desta feita, como escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada.

Diante deste contexto, não há motivo plausível, no meu entender, para ser modificada a sentença de primeiro grau.

Em face do exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rêmolo Letteriello.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Rêmolo Letteriello, Atapoã da Costa Feliz e Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 8 de setembro de 2009.

Apelação Cível n. 2009.006196-4 – Paranaíba
Terceira Turma Cível
Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS DE TERCEIRO – ILEGITIMIDADE – PARTE EXECUTADA QUE NÃO SE EQUIPARA À CONDIÇÃO DE TERCEIRO – INAPLICABILIDADE DO § 2º DO ART. 1.046 DO CPC – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Consoante disposição do *caput* do art. 1.046 do CPC possui legitimidade para interpor embargos de terceiro quem não sendo parte no processo vier a sofrer esbulho ou turbação na posse dos seus bens.

Aquele que figura na condição de avalista no título executivo não se equiparar a terceiro para fins de interposição de embargos de terceiro, a teor do § 2º do art. 1.046 do CPC, tendo em vista que seus bens respondem pelo pagamento do débito exequendo.

Considerando o valor do débito exequendo, mostra-se razoável a redução da multa imposta com base no art. 601 do CPC de 20% para 5%, sendo este percentual suficiente para inibir a interposição de recursos infundados com o objetivo de procrastinar o feito.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 24 de junho de 2009.

Des. Rubens Bergonzi Bossay – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay

Trata-se de apelação cível interposta por Darcy Botelho Lima, inconformado com a sentença prolatada pelo Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Paranaíba, nos autos dos embargos de terceiro que move em face de Banco do Brasil S.A., que indeferiu a petição inicial, com fundamento no art. 267 incisos IV e VI; art. 295, incisos I e II; 600, inciso II e 601, todos do CPC, condenando o embargante ao pagamento das custas processuais e de multa em favor do credor, ora apelado, no montante correspondente a 20% do valor atualizada da execução, determinando, por consequência, o arquivamento dos autos.

Argumenta o apelante que não há dúvidas quanto a sua legitimidade para ingressar com a ação de embargos de terceiros, na tentativa de livrar os seus dois imóveis penhorados nos autos de execução n. 018.97.000078-0 e que estão prestes a serem levados à praça, em face de uma dívida ilíquida, incerta e inexigível.

Aduz que os imóveis de sua propriedade, adquiridos em 19.12.1995, se achavam hipotecados ao Banco do Brasil por dívidas contraídas pela empresa Pontual Distribuidora de Ferragens Ltda. e para que o negócio fosse efetivado, concordou que os imóveis permanecessem hipotecados, porquanto a empresa Botelho & Lima Ltda., da qual sua mulher é sócia, estaria assumindo uma dívida que os vendedores tinham como Banco do Brasil.

Entende que os seus bens não podem responder pela dívida, porquanto o próprio Banco do Brasil, ora apelado, tem ciência de que não houve empréstimo de dinheiro no negócio e sim uma assunção de dívidas.

Afirma que se não existiu empréstimo em dinheiro, não há o que garantir por contra da referida cédula de crédito comercial, devendo os imóveis do apelante serem excluídos da constrição judicial levada à efeito nos autos da ação executiva, a teor do disposto no artigo 1.046, § 2º do CPC, pelo total desvio de finalidade.

Requer o provimento do recurso para reformar a sentença recorrida, reconhecendo a legitimidade do apelante para o ingresso com os embargos de terceiro, bem como para reconhecer o desvio de finalidade do empréstimo concedido para a empresa Botelho & Lima Ltda., em que o apelante figura como avalista, desconstituindo-se as penhoras determinadas nos indigitados imóveis de sua propriedade (matrículas 20.224 e 20.227), com a consequente condenação do apelado no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Alternativamente, em caso de entendimento diverso, requer seja excluída a sua condenação no pagamento de multa de 20% (vinte por cento) sobre o valor atualizado da execução, em favor do credor, uma vez que em momento algum teve a intenção de litigar de má-fé, bem como praticar ato atentatório à dignidade da justiça.

VOTO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Darcy Botelho Lima, inconformado com a sentença prolatada pelo Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Paranaíba, nos autos dos embargos de terceiro que move em face de Banco do Brasil S.A., que indeferiu a petição inicial, com fundamento no art. 267 incisos IV e VI; art. 295, incisos I e II; 600, inciso II e 601, todos do CPC, condenando o embargante ao pagamento das custas processuais e de multa em favor do credor, ora apelado, no montante correspondente a 20% do valor atualizada da execução, determinando, por consequência, o arquivamento dos autos.

Estabelece o art. 1.046 do Código de Processo Civil:

Art. 1.046 - 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, sequestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer lhe sejam mantidos ou restituídos por meio de embargos.

§ 1º - Os embargos podem ser de terceiro senhor e possuidor, ou apenas possuidor.

§ 2º - Equipara-se a terceiro a parte que, posto figure no processo, defende bens que, pelo título de sua aquisição ou pela qualidade em que os possuir, não podem ser atingidos pela apreensão judicial.

§ 3º - Considera-se também terceiro o cônjuge quando defende a posse de bens dotais, próprios, reservados ou de sua meação.

Segundo os ensinamentos do mestre Antonio Carlos Marcato:

Ao teor do art. 1.046, caput, do CPC, está ativamente legitimado a opor os embargos de terceiro todo aquele que, não sendo parte no processo, sofrer turbacão ou esbulho na posse de seus bens, por ato de apresentacão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, sequestro, alienacão judicial, arrecadacão, arrolamento, inventário e partilha.

Sabido que **parte**, no sentido processual, é todo sujeito que participa do contraditório instaurado perante o órgão jurisdicional, tenha ou não legitimidade para a causa, vale dizer, é o ocupante do pólo ativo ou passivo da relação jurídica processual, esteja ou não legitimado para a ação proposta (v. Supra, n. 6.2.1), conclui-se que o conceito de terceiro deve ser obtido por exclusão, entendido, como tal, a não-parte, pessoa estranha ao processo, na medida em que não integra a relação jurídica processual, nem dele participa em contraditório. (**Procedimentos Especiais**, Ed. Atlas, pág. 258)

A análise do que acima foi exposto demonstra que se encontra legitimado para a interposicão de embargos de terceiro aquele que não é parte no processo e sofreu turbacão ou esbulho na posse de seus bens, com exceção daqueles que são equiparados a terceiro, a teor do que dispõe o § 2º do art. 1.046.

No caso vertente, o apelante é parte no processo de execucao (feito n. 018.97.000078-0), tendo manejado as defesas que lhe são permitidas, como embargos à execucao e embargos à arrematacao, tendo até mesmo recorrido ao Supremo Tribunal Federal (f. 97-99 – TJ/MS).

Desse modo, na qualidade de parte no processo de execucao, não possui legitimidade para a interposicão de embargos de terceiro.

Neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE TERCEIRO - DESTINACAO EQUIVOCADA - AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL - FATO POSTERIOR À SENTENÇA - NÃO CONHECIMENTO PELO TRIBUNAL - IMPROVIMENTO DO RECURSO. **1. Destinam-se os embargos de terceiro à desconstituicao de ato constitutivo de bens de quem não é parte no processo**, e não a ataque ao título em que se funda a execucao. Unânime. (TJ/DF, AC n. 20010110442203, Quarta Turma Cível, Rel. Estevam Maia, julgado em 15.8.2007, DJ 28.8.2007, p. 128.) (Destacado)

Em que pese os argumentos do apelante, a sua situacao fática não pode ser enquadrada no 2º do art. 1.046, uma vez que não se equipara a terceiro.

A respeito do tema, Ernani Fidélis dos Santos leciona que:

A parte, no processo principal, poderá ter apreendidos bens que possui, mas, dependendo da qualidade de sua posse, fica ela equiparada a terceiro, podendo opor embargos, quando, em razao da mesma posse, ditos bens não puderem ser apreendidos (art. 1.046, § 2º). É o caso, por exemplo, do locatário que, executado, vê penhorado o bem locado; ou o do devedor fiduciante que teve arrestada ou sequestrada a coisa alienada fiduciariamente. Em ambas as hipóteses, o equiparado a terceiro poderá defender-se, alegando domínio alheio, ficando também o possuidor indireto, no caso o locador e credor fiduciário, com o direito de opor embargos.

A coisa, pelo título de aquisição, não pode, às vezes, receber o ato de constrição judicial. Exemplo comum é o da coisa recebida com cláusulas de inalienabilidade e penhora em execução. Da mesma forma, o herdeiro poderá ser demandado pelas dívidas da herança, depois de feita a partilha, mas apenas os bens que recebeu é que respondem pela execução e não os primitivamente seus. Em ambos os casos, pelo título de aquisição, poderão o executado e os herdeiros embargar como terceiros, embora sejam partes do processo de onde se originou a apreensão (art. 1.050, § 2º). (**Manual de Direito Processual Civil**, 11ª edição, volume 3, Ed. Saraiva, pág. 143.)

Como se observa da cédula de crédito comercial constante à f. 15-18, o apelante/embargante figura como avalista, de modo que seu patrimônio responde pelo pagamento do débito exequendo.

Ademais, como bem asseverou a julgadora *a quo*, a penhora foi realizada sobre o fruto da unificação e desmembramento dos imóveis indicados na inicial, sendo que alguns desses imóveis já foram objetos de arrematação perfeita e acabada, razão pela qual estes embargos afiguram-se como oposição injustificada ao pagamento do débito exequendo.

Quanto à aplicação da multa do art. 601, com base no art. 600, inc. II, ambos do Código de Processo Civil, tenho que deve ser mantida, eis que demonstrada a nítida intenção do apelante de se opor maliciosamente à execução, com o emprego de meios ardis e artificiosos.

Outrossim, considerando o valor do débito, entendo que a multa deve ser reduzida para 5% do valor atualizado do débito em execução, sendo este percentual suficiente para inibir a interposição de recursos infundados com o objetivo de procrastinar o feito.

Pelo exposto, conheço do recurso interposto e dou-lhe parcial provimento, mas tão-somente para reduzir a multa do art. 601 do CPC para 5% do valor atualizado do débito em execução.

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. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Rubens Bergonzi Bossay, Oswaldo Rodrigues de Melo e Ildeu de Souza Campos.

Campo Grande, 24 de junho de 2009.

Apelação Cível n. 2009.010156-7 - Campo Grande
Terceira Turma Cível
Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – PRELIMINAR – CERCEAMENTO DE DEFESA – JULGAMENTO ANTECIPADO – REJEITADA – PLANO DE SAÚDE – COBERTURA DE CIRURGIA EM OUTRO ESTADO – NEGATIVA DE COBERTURA NA CONTINUIDADE DO TRATAMENTO – COPARTICIPAÇÃO FINANCEIRA – ATO CIRÚRGICO – EMERGENCIAL E NÃO ELETIVO – RECURSO IMPROVIDO.

O juiz é o destinatário das provas, cabendo a ele indeferir aquelas que considerar inúteis ou meramente protelatórias, nos termos do art. 130 do CPC. Se as provas constantes dos autos são suficientes para formar o seu convencimento, o julgamento antecipado da lide não caracteriza cerceamento de defesa.

Se a apelante custeia, por mera liberalidade, o tratamento de beneficiário em outro Estado, deve dar cobertura na continuidade do tratamento, em especial se há recomendação neste sentido de médico cadastrado na entidade.

O art. 12 do Regulamento da apelante autoriza a cobertura do pagamento das órteses e próteses quando imprescindível no procedimento cirúrgico emergencial, mesmo em se tratando de plano de saúde na modalidade de coparticipação financeira na realização dos eventos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Terceira Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 1º de julho de 2009.

Des. Rubens Bergonzi Bossay – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay

Trata-se de apelação cível interposta por CASSEMS - Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul, inconformada com a sentença prolatada pelo Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação de obrigação de fazer que lhe move Nilvo Vicente Perlin, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na inicial para condenar a apelante a manter e custear a continuidade do tratamento do apelado no estado de São Paulo, ratificando a decisão que antecipou os efeitos da tutela e, por consequência, julgou improcedente a reconvenção proposta pela apelante em face do apelado, em razão da hipótese dos autos não se enquadrar no conceito de coparticipação nos custos do tratamento, além de não haver prova da reconvincente tê-los suportado.

Sustenta, preliminarmente, que o julgamento antecipado caracterizou cerceamento de defesa, eis que não lhe foi oportunizada a produção de provas, como a oitiva de testemunhas e realização de perícia.

No mérito, afirma que o contrato é claro ao limitar o atendimento por intermédio da rede credenciada ao Estado de Mato Grosso do Sul, bem como que o procedimento realizado não configura urgência ou emergência conforme a definição do contrato e da Agência Nacional de Saúde.

Argumenta que os contratos que vinculam os associados à associação são submetidos ao princípio do *pacta sunt servata* no que não conflitar com as normas da Lei n. 9.656/98, sendo que o apelado teve conhecimento total das cláusulas no momento da contratação, o que impede que a questão seja analisada exclusivamente à luz do CDC.

Aduz que as cláusulas relativas à exclusão de cobertura em algumas hipóteses, além de legalmente previstas, visam resguardar as operadoras, bem como preservar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

Sustenta que o procedimento buscado pelo apelado é comumente realizado nesta urbe, inclusive com autorização da apelante, não justificando, portanto, a realização em São Paulo, em hospital de alto custo e tabela própria.

Afirma que, no caso presente, não se pode falar em abusividade contratual porque não existe vantagem exagerada à ré, tendo em vista que a amplitude da cobertura contratada é definida segundo as possibilidades de convênio e ampliação da rede credenciada.

Relata que o associado tem o dever de arcar com a coparticipação no evento realizado, não se afigurando hipótese de infração ao Código de Defesa do Consumidor, mesmo considerando sua aplicação subsidiária.

Requer o provimento do recurso para reformar a sentença, reconhecendo o cerceamento de defesa como julgamento antecipado da lide, a aplicação da coparticipação nos materiais de órtese e prótese utilizados pelo autor, afastando qualquer compromisso da requerida com os procedimentos autorizados por mera liberalidade e, por fim, ratificando a limitação territorial para cobertura do plano, acarretando a improcedência do pedido.

Embora devidamente intimado, o apelado não ofertou contrarrazões de apelação.

VOTO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por CASSEMS - Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul, inconformada com a sentença prolatada pelo Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação de obrigação de fazer que lhe move Nilvo Vicente Perlin, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na inicial para o fim de condenar a apelante a manter e custear a continuidade do tratamento do apelado no estado de São Paulo, ratificando a decisão que antecipou os efeitos da tutela e, por consequência, julgou improcedente a reconvenção proposta pela apelante em face do apelado, em razão da hipótese dos autos não se enquadrar no conceito de coparticipação nos custos do tratamento, além de não haver prova da reconvinte tê-los suportado.

Analiso, inicialmente, a preliminar de cerceamento de defesa em razão do julgamento antecipado da lide.

A apelante aduz que houve cerceamento de defesa, porquanto o julgador não possibilitou a realização das provas pretendidas, tais como a oitiva das testemunhas e realização de perícia, necessárias para formar subsídios para o julgamento do mérito da demanda.

Em que pesem os argumentos da apelante constata-se dos autos que o conjunto probatório apresentado é suficiente para o julgamento antecipado da lide.

Não se pode olvidar que o juiz é o destinatário das provas, sendo que cabe a ele indeferir aquelas que considerar inúteis ou meramente protelatórias, nos termos do art. 130 do Código de Processo Civil. Se as provas constantes dos autos são suficientes para formar o convencimento do juiz a respeito da questão, torna-se desnecessária a produção de outras provas.

Cumprе ressaltar, que se o processo se encontra apto a ser julgado e o magistrado entende ser desnecessária a produção de outras provas, a prolação da sentença é medida que se impõe, à vista dos princípios da economia e celeridade processual.

Assim vêm decidindo o Superior Tribunal de Justiça:

Nos termos da reiterada jurisprudência desta Corte Superior, “a tutela jurisdicional deve ser prestada de modo a conter todos os elementos que possibilitem a compreensão da controvérsia, bem como as razões determinantes da decisão, como limites ao livre convencimento do juiz, que deve formá-lo com base em qualquer dos meios de prova admitidos em direito material, hipótese em que não há que se falar em cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide” e que o magistrado tem o poder-dever de julgar antecipadamente a lide, desprezando a realização de audiência para a produção de prova testemunhal, ao contatar que o acervo documental acostado aos autos possui suficiente força probante para nortear e instruir seu entendimento (REsp n. 102303/PE, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 17.5.66). (AgRg no Ag, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, julgado em 3.2.2005, DJ 4.4.2005, p. 181).

Assim, rejeito a preliminar e passo à análise do mérito.

Inicialmente, contrariando a tese defensiva da apelante, cumpre esclarecer que ao caso em comento aplicam-se as regras do Código de Defesa do Consumidor, já que, embora seja a recorrente pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, encontra-se inserida no conceito de fornecedora, como já decidiu reiteradamente esta Corte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PLANO DE SAÚDE – CASSEMS – ALTERAÇÃO UNILATERAL – LIMINAR – IMPEDIMENTO E/OU SUSPEIÇÃO – NÃO-CONHECIMENTO – EXISTÊNCIA DE DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO – ACESSO À SAÚDE – RELEVANTE INTERESSE SOCIAL E IMPORTÂNCIA DO BEM JURÍDICO A SER TUTELADO – RELAÇÃO DE CONSUMO – TUTELA ESPECÍFICA – CONCESSÃO – EXISTÊNCIA DOS REQUISITOS – RECURSO IMPROVIDO.

[...]

As pessoas jurídicas de direito privado, com fim lucrativo ou não, que operam planos de assistência à saúde, mediante serviços de forma continuada e remunerada, subsumem no conceito de fornecedores, e, assim sendo, os contratos por elas firmados devem se submeter às regras do Código de Defesa do Consumidor. [...]. (TJMS, Ag n. 2003.007026-5, Segunda Turma, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, julgado em 28.10.2003).

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – PLANO DE SAÚDE FECHADO – CAIXA DE ASSISTÊNCIA DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL – ENTIDADE DE AUTOGESTÃO – INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO TRABALHISTA – NÃO COBERTURA DE EXAME DE ULTRASSONOGRAFIA CORONARIANA – CLÁUSULA ABUSIVA – INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – VIGÊNCIA DA LEI N. 9656/98 – CARACTERIZAÇÃO DE CONTRATO DE ADESÃO – RECURSO IMPROVIDO.

Os planos de autogestão, mesmo que se destinem apenas à determinada categoria, devem submeter-se às normas do Código de Defesa do Consumidor, porquanto a relação entre estas entidades e seus associados é de consumo. [...] (TJMS, AC n. 2005.000559-3, Terceira Turma, Rel. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, julgado em 21.2.2005).

APELAÇÃO CÍVEL – OBRIGAÇÃO DE FAZER – PLANO DE SAÚDE – CASSEMS – FORNECEDORA DE SERVIÇOS – INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – OBRIGAÇÃO DO BENEFICIÁRIO EM ARCAR COM 30% DOS CUSTOS PARA AQUISIÇÃO DE ÓRTESES E PRÓTESES – AFASTADA – RESOLUÇÃO NORMATIVA POSTERIOR À ADESÃO DO BENEFICIÁRIO NO CONTRATO – ATO JURÍDICO PERFEITO – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – DIREITO À VIDA QUE SE SOBREPÕE A UMA RELAÇÃO CONTRATUAL – RECURSO IMPROVIDO.

A intenção do legislador consumerista foi no sentido de enquadrar todas as pessoas jurídicas na hipótese legal de “fornecedor”, sem exceção, independentemente de possuírem fins lucrativos ou não, devendo se submeterem às normas do Código de Defesa do Consumidor. (AC n. 2005.007009-5/0000-00, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, julgado em 31.7.2007) (Destacado)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – CASSEMS – ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA – SUBMISSÃO AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – OMISSÃO – OBSCURIDADE – CONTRADIÇÃO – EFEITOS MODIFICATIVOS – EMBARGOS REJEITADOS.

A Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul é uma entidade de previdência privada e como tal se submete aos ditames do Código de Defesa do Consumidor.

É de rigor a rejeição dos embargos de declaração quando o aresto não contém os vícios que lhe são apontados. (ED em AC n. 2008.020931-0/0001-00, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 16.2.2009). (Destacado.)

Como se observa dos autos, a questão a ser analisada nos autos diz respeito à negativa da apelante em dar cobertura à continuidade do tratamento médico iniciado pelo apelado em hospital paulista, bem como à eventual obrigação do recorrido em pagar a quantia cobrada pela recorrente a título de coparticipação.

Compulsando os autos, vê-se que é inegável a obrigação da CASSEMS em dar cobertura à continuidade do tratamento do apelado, eis que embora tenha alegado que tal tratamento estaria fora da sua área de cobertura, há comprovação nos autos de que a apelante cobriu a cirurgia realizada pelo recorrido em São Paulo.

Aliás, consta do ofício de f. 125, enviado pela Cassems ao Hospital de São Paulo a seguinte informação:

A CASSEMS através do presente ofício, se responsabiliza perante V. Sa., pelo pagamento dos honorários médicos, materiais, medicamentos e despesas hospitalares referente à internação do Associado Nilvo Berlim, de acordo com a Tabela já convencionada.

A CASSEMS efetuará o pagamento da fatura a ser apresentada por V. Sa., referente à presente autorização para prestação de serviços. (Pág. 125.)

Assim sendo, uma vez que a apelante, por mera liberalidade, custeou todo o tratamento do apelado, não pode negar cobertura na sua continuidade, até porque o médico cadastrado pela CASSEMS, Dr. Cesar Augusto Nicolatti recomendou a continuidade do tratamento em São Paulo (pág. 27), que segundo o médico paulista que realizou a cirurgia deveria ocorrer nos próximos 6 (seis) meses da realização da cirurgia (p. 58).

Não se pode olvidar que uma vez iniciado o tratamento em São Paulo, em especial porque à época não havia nesta localidade médico especialista nesta área, que pudesse realizar tal tratamento, forma-se um vínculo entre o médico e o paciente, que não pode ser rompido pela apelante sob a simples alegação de que não há cobertura para procedimentos fora do Estado.

Ora, se o apelado é portador de problemas neurológicos graves – fístula dural para o seio sigmóide direito do tipo II – e necessita de tratamento especializado, indicado inclusive por médico cadastrado pela CASSEMS, deve a apelante arcar com o pagamento de tais despesas.

Quanto ao pedido de condenação do apelado ao pagamento de 30% dos custos com órtese e prótese utilizadas no procedimento, tenho que também não há falar em reforma da sentença.

Embora a Resolução Normativa n. 11/2003 estabeleça a implantação de coparticipação do beneficiário em materiais de órtese e prótese e seus acessórios utilizados em procedimentos diagnósticos ou terapêuticos, eletivos, no qual o beneficiário arcará com até 30% dos custos de aquisição dos materiais de órtese, prótese e seus acessórios utilizados em procedimentos diagnósticos ou terapêuticos, eletivos cobertos pela CASSEMS, a título de coparticipação, dispõe o art. 12 do Regulamento do Plano de Saúde:

Art. 12 – O Plano de Saúde dá cobertura aos seguintes serviços e tratamentos com as limitações previstas por participante:

[...]

8. ÓRTESES, PRÓTESES E MATERIAIS ESPECIAIS EM ATENDIMENTO MÉDICO-HOSPITALAR: somente terão coberturas autorizadas quando destinados a execução de cirurgias em que a sua utilização é imprescindível ao tratamento da doença/fratura. (p. 134.)

Pois bem. Os materiais ora cobrados do apelado pela apelante foram utilizados em procedimento cirúrgico de alto risco, em decorrência da gravidade do estado de saúde do recorrido, que corria risco de morte caso não fosse realizado, sendo, portanto, imprescindível ao tratamento da doença, o que autoriza a sua cobertura, nos termos do Regulamento da CASSEMS.

Deste modo, escoreita a sentença que julgou improcedente a reconvenção, afastando a condenação do apelado ao pagamento de 30% dos materiais utilizados na cirurgia.

Aliás, neste sentido o entendimento desta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE PAGAMENTO C/C DANOS MORAIS – PLANO DE SAÚDE DE COPARTICIPAÇÃO FINANCEIRA – IMPLANTE DO STENT INTRACORONARIANO – COBERTURA – ATO CIRÚRGICO – EMERGENCIAL E NÃO ELETIVO – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – DANO NÃO COMPROVADO – RESTITUIÇÃO EM DOBRO – AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O implante de stent intracoronariano não depende da coparticipação financeira do beneficiário quando imprescindível no procedimento cirúrgico emergencial, apesar de o plano de saúde ser na modalidade de coparticipação financeira na realização dos eventos. [...] (AC n. 2008.012074-6, Segunda Turma Cível, Rel. Des. Luiz Carlos Santini, julgado em 12.8.2008).

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA MANDAMENTAL COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – PLANOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE – APLICAÇÃO DO CDC – CORONARIOPATIA OBSTRUTIVA GRAVE – AUSÊNCIA DE PREVISÃO DETALHADA NO CONTRATO E MANUAL DO BENEFICIÁRIO – PROCEDIMENTO DE EMERGÊNCIA – RISCO IMEDIATO DE VIDA – **INAPLICABILIDADE DA RESOLUÇÃO NORMATIVA DA CASSEMS N. 11/03 – FATOR DE COPARTICIPAÇÃO – INDEVIDO** – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS – MANTIDOS – RECURSO IMPROVIDO.

Em contratos com cláusulas dispostas de forma ampla e generalizada, mormente quando se trata de avenças às quais é aplicável o CDC, não se pode restringir a sua interpretação de forma a prejudicar o consumidor, parte vulnerável na relação jurídica.

Havendo dúvidas acerca do alcance das disposições contratuais, principalmente em casos de tratamento de emergência, observa-se que, no momento em que se estabelece um confronto entre direitos meramente patrimoniais da empresa recorrente e o direito à vida e à saúde do beneficiário ora recorrido, este último deve prevalecer.

Devem ser mantidos os honorários advocatícios se foram fixados de forma consentânea com a natureza e importância da causa, levando-se em conta a qualidade do trabalho profissional desenvolvido e o tempo exigido. (AC n. 2007.006328-5, Quarta Turma Cível, Rel. Des. Rêmo Letteriello, julgado em 24.7.2007).

Pelo exposto, conheço do recurso interposto, rejeito a preliminar e, no mérito, nego-lhe provimento, mantendo incólume a sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Rubens Bergonzi Bossay, Ildeu de Souza Campos e Oswaldo Rodrigues de Melo.

Campo Grande, 1º de julho de 2009.

Apelação Cível n. 2009.018259-8 - Campo Grande
Terceira Turma Cível
Relator Des. Rubens Bergonzi Bossay

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE CONSTITUIÇÃO DE SERVIDÃO – PASSAGEM SUBTERRÂNEA DE REDE DE ESGOTO – PREJUÍZO EFETIVO DO PROPRIETÁRIO – JUSTA INDENIZAÇÃO – VALOR ESTIPULADO POR PERITO JUDICIAL – LAUDO ELABORADO SEM DEMONSTRAR FORMA CRITERIOSA – RECURSO PROVIDO.

A jurisprudência dominante é no sentido de que deve ser considerado para a fixação do valor a ser pago ao proprietário, a título de justa indenização decorrente de servidão administrativa de esgoto, o efetivo prejuízo suportado por este.

A constituição de servidão administrativa não enseja a perda do domínio da área declarada de utilidade pública, razão pela qual a indenização devida em face da constituição administrativa deve ter por parâmetro o prejuízo sofrido pelo proprietário e os critérios utilizados para ser apurado o *quantum* devido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 19 de agosto de 2009.

Des. Rubens Bergonzi Bossay – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay

Município de Campo Grande, inconformado com a sentença prolatada pela Juíza da 1ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação de constituição de servidão administrativa com pedido de imissão provisória na posse que move em face de Ewanes Alves Pereira, interpõe apelação cível objetivando a reforma da sentença que julgou procedente o pedido formulado na inicial “*para tornar definitiva a constituição de servidão administrativa de passagem de dutos de esgotos sanitários na área constante do memorial descritivo de fl. 17, bem como o pagamento realizado a título de indenização, no valor de R\$ 3.222,66 (três mil, duzentos e vinte e dois reais e sessenta e seis centavos), atualizados pelo IGPM desde a data do decreto expropriatório, mais juros compensatórios de 12% ao ano, calculados sobre o valor da indenização, contados a partir da prévia imissão de posse (Súmulas 69 e 113, STJ).*” (f. 130.)

A apelante queda-se quanto ao valor a ser pago referente à indenização. Argumenta, por sua vez, que não foi observado o laudo de avaliação de f. 23-51, anexado junto à inicial, bem como o parecer técnico de f. 111-114, que culminam com a não aceitação do auto de avaliação confeccionado pelo oficial avaliador.

Explica que o valor apresentado pelo oficial avaliador, que foi posteriormente ratificado pela sentença, não deve prosperar, por conter inúmeros erros, que acabam por viciar a avaliação realizada.

Argumenta que a jurisprudência admite a indenização parcial da área atingida pela restrição, pois a colocação de tubulação subterrânea não impede que o proprietário permaneça no uso e fruição da superfície, assim, assegura que a indenização mais correta é que fixa 1/3 (um terço) sobre o valor real de mercado atingida.

Assevera que diante da discrepância entre os valores apresentados e embasados pelos laudos técnicos e o valor da condenação, baseado em auto de avaliação contendo vícios, requer a reforma da sentença para que seja adotado o valor apresentado na inicial, qual seja R\$ 567,09 (quinhentos e sessenta e sete reais e nove centavos).

Requer o provimento do presente recurso, para que seja reduzido o valor da indenização para R\$ 567,09, com base no laudo técnico de f. 23-51 e no parecer técnico de f. 111-114.

VOTO

O Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta pelo Município de Campo Grande, por não se conformar com a sentença prolatada pela Juíza da 1ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande, nos autos da Ação de Constituição de Servidão Administrativa c pedido de imissão provisória na posse que move em face de Ewanes Alves Pereira, objetivando a reforma da sentença que julgou procedente o pedido formulado na inicial *“para tornar definitiva a constituição de servidão administrativa de passagem de dutos de esgotos sanitários na área constante do memorial descritivo de fl. 17, bem como o pagamento realizado a título de indenização, no valor de R\$ 3.222,66 (três mil, duzentos e vinte e dois reais e sessenta e seis centavos), atualizados pelo IGPM desde a data do decreto expropriatório, mais juros compensatórios de 12% ao ano, calculados sobre o valor da indenização, contados a partir da prévia imissão de posse (Súmulas 69 e 113, STJ).”* (f. 130.)

A apelante queda-se quanto ao valor a ser pago referente à indenização. Argumenta, por sua vez, que não foi observado o laudo de avaliação de f. 23-51, anexado junto à inicial, bem como o parecer técnico de f. 111-114, que culminam com a não aceitação do auto de avaliação confeccionado pelo oficial avaliador.

No caso vertente, ao cotejar os autos, denota-se que foi julgado procedente o pedido inicial para tornar definitiva a servidão de passagem de dutos de esgoto sanitário sobre a área descrita de f. 17 e mostrada no mapa de f. 21, fixando o valor oferecido pelo Oficial de Justiça e Avaliador à f. 107 e declarando tal servidão incorporada ao patrimônio de Campo Grande.

Como ensina Carvalho Filho (in Carvalho Filho, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 14. ed., Ed. Lúmen Júris. p. 620):

A servidão administrativa encerra apenas o uso da propriedade alheia para possibilitar a execução de serviços públicos. Não enseja a perda da propriedade, como no caso da desapropriação. Nesta a indenização deve corresponder ao valor do bem cuja a propriedade foi suprimida e transferida ao Poder Público. Como na servidão administrativa somente há o uso de parte da propriedade, o sistema indenizatório terá delineamento jurídico diverso.

No presente caso, é fato incontroverso nos autos a passagem de tubulação subterrânea de esgoto em área de propriedade da apelada, com limitação do uso do imóvel.

É cediço que a servidão administrativa não acarreta a expropriação do imóvel. O proprietário ou possuidor continua com o domínio ou com a posse do bem, que passa a ser usado pelo particular com algumas limitações, que podem ser brandas ou mais gravosas. O particular apenas deixa de ter o uso exclusivo do bem serviente, porque passa a dividir esse uso com o poder público.

A indenização é devida porque o particular perde a faculdade de usar o seu bem de forma livre e passa a ter um ônus que antes não tinha. Todavia, a indenização deve ser justa, isto é, nem excessiva e nem aquém do eventual prejuízo sofrido pelo particular.

Sendo assim, a indenização decorrente da servidão administrativa deve corresponder ao grau de limitação do uso do bem. Se a limitação é branda e não causa restrições ao uso que normalmente já era feito antes da instituição da servidão, então a indenização não pode corresponder à totalidade do valor da área atingida.

É incontroverso que a servidão administrativa acarreta para o proprietário incômodos e restrições em benefício da coletividade. Deve-se, portanto, aferir-se para o cálculo da devida indenização, o efetivo prejuízo causado ao imóvel, segundo sua normal destinação.

Segundo a jurisprudência dominante, para a fixação do valor a ser pago ao proprietário, deve ser considerada a justa indenização e o efetivo prejuízo suportado pelo proprietário. Senão, vejamos os julgados abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL - SERVIDÃO ADMINISTRATIVA - LINHA DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA - INDENIZAÇÃO - VALOR - EFETIVO PREJUÍZO. A servidão administrativa de linha de transmissão de energia elétrica, mesmo não implicando em transferência do domínio para o poder público, mas somente uma limitação ao uso pleno da propriedade, enseja o pagamento de indenização na proporção da intensidade das limitações ao uso do bem. Na indenização pela constituição de servidão administrativa deve ser considerado na fixação do valor a ser pago ao proprietário o efetivo prejuízo por ele suportado. (TJMG, Processo n. 1.0106.07.026044-8/001(1), Relª. Desª. Hilda Teixeira da Costa, julgado em 22.8.2007, DJ 18.9.2007).

ADMINISTRATIVO - SERVIDÃO ADMINISTRATIVA - INDENIZAÇÃO - JUSTO PREÇO - EFETIVO PREJUÍZO CAUSADO AO IMÓVEL. A instituição de servidão administrativa não impede a utilização da área, apenas restringindo o seu uso. Logo, tem-se que a fixação do justo preço deve ancorar-se nas restrições impostas pela servidão, correspondendo ao efetivo prejuízo causado ao imóvel, segundo sua normal destinação. (TJMG, Processo n. 1.0431.06.029198-3/001(1), Rel. Des. Antônio Hélio Silva, julgado em 18.9.2008, DJ 29.9.2008).

CONSTITUIÇÃO DE SERVIDÃO ADMINISTRATIVA - REDE DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA - DESVALORIZAÇÃO ECONÔMICA DO BEM SERVIENTE - INDENIZAÇÃO - VALOR - DIVERGÊNCIA - PREVALÊNCIA DO LAUDO OFICIAL. O valor da indenização decorrente de servidão administrativa deve ser fixado de acordo com o efetivo prejuízo causado ao proprietário do bem serviente, quantificado no laudo pericial, se o autor não apresenta provas hábeis para desconstituir a conclusão nele estampada. (TJMG, Processo n. 1.0625.056561-5/001(1), Relª. Desª. Eulina do Carmo Almeida, julgado em 27.9.2007, DJ 19.10.2007).

No caso dos autos, o perito judicial ao proceder à avaliação do imóvel concluiu que:

Área situada na Rua dos Pioneiros, s/n., ao lado do n. 283, Bairro Jardim das Agulhas Negras, nesta Cidade e Comarca de Campo Grande, MS, onde de uma faixa de 15,00 metros de largura decretada de Utilidade Pública será instituída faixa de servidão de 3,50 metros de largura, compreendendo uma área de 1.942,57m² indicada em Decreto de Utilidade Pública, conforme devidamente demonstrado na planta anexa, estando a área servienda de 453,13m², detalhadamente descrita no Memorial Descritiva e Matrícula Imobiliária da 1.^a Circunscrição de Registro de Imóveis desta Comarca, sob o número 103.350. Que a área total, ou seja, 26.441,50m² está avaliada em R\$ 188.051,86 e a parte a ser avaliada (453,13m²), arbitro, em R\$ 3.222,66 (três mil e duzentos e vinte e dois reais e sessenta e seis centavos). TOTAL DA AVALIAÇÃO: R\$ 3.222,66 (Três mil e duzentos e vinte e dois reais e sessenta e seis centavos). (f. 107.)

Vê-se, que o laudo apresentado pelo Perito Judicial não indica se a área da faixa de servidão, qual seja 453,13m², tem alguma benfeitoria, tampouco demonstra efetivo prejuízo causado ao proprietário em virtude da servidão e, outrossim, não demonstra qual foi o critério utilizado para concluir o valor arbitrado pela indenização.

Por sua vez, ao cotejar os autos, denota-se que o laudo apresentado pela parte é o que contém, de forma criteriosa, quais foram os métodos utilizados para se chegar a uma justa indenização:

1. Considerações preliminares

O presente trabalho tem por finalidade proceder à determinação do valor de mercado de áreas de terreno, bem como das benfeitorias atingidas em virtude de servidão administrativa que se pretende realizar no local.

Este valor, o qual se define em um mercado de concorrência teoricamente equilibrada, caracteriza-se pelas seguintes premissas:

a) heterogeneidade dos bens levados a mercado: indica não só a pluralidade de ofertas, mas também a diversidade das fontes de consulta;

b) Inexigibilidade de influências externas: os valores devem ser representativos da espontânea disposição de oferecer determinado imóvel ao mercado, dentre outros vícios, devem ser evitados valores provenientes de mera especulação;

c) racionalidade dos participantes e conhecimento de todos sobre o bem, o mercado e as tendências deste: a oferta deve ser coerente com o que se pratica no mercado e, além disso, deve ser dada necessária notoriedade às principais características do imóvel;

d) perfeita mobilidade de fatores e de participantes, oferecendo liquidez com liberdade plena de entrada e saída do mercado: esta premissa expõe a necessidade de se investigar o valor de mercado através de ofertas decorrentes da rotina da alienação de imóveis, ou seja, que realmente provenham da faculdade do proprietário em oferecer ou deixar de oferecer o bem à venda sob as condições de mercado.

Todos os cálculos foram realizados com base nos dados contidos no cadastro individual de propriedade que segue em anexo.

A expressão monetária de valor corresponde ao preço médio que seria obtido na presente data de referência, em negociações que atendessem à lei da oferta e da procura por elementos amostrais semelhantes, ou à sua moda, quando estiver evidenciada de forma inequívoca. (f. 25)

E, ainda: “Considerando que a presente avaliação tem o escopo de apurar o valor da justa indenização pela constituição de servidão em propriedade particular, o cálculo necessário deve tomar por base a prática do mercado imobiliário, a qual nos conduziu ao seguinte valor: $V_u = R\$ 2,33m^2$ [...]” (f. 45).

Deste modo, no caso vertente, o laudo apresentado pelo apelante deve ser o acolhido, uma vez que demonstra ter sido elaborado de forma criteriosa, contendo todos os elementos necessários à justa indenização.

Assim, vê-se que a sentença recorrida merece ser reformada, a fim de que prevaleça o valor indicado pelo laudo indicado pela parte, eis que observou criteriosamente os dados para proceder à avaliação.

Pelo exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para reformar o valor referente à condenação, fixando a indenização em R\$ 567,09 (quinhentos e sessenta e sete reais e nove centavos), mantendo os demais termos da sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Rubens Bergonzi Bossay.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Rubens Bergonzi Bossay, Oswaldo Rodrigues de Melo e Ildeu de Souza Campos.

Campo Grande, 19 de agosto de 2009.

Apelação Cível n. 2005.012178-7 – Dourados
Primeira Turma Cível
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – DECRETAÇÃO DE DESNECESSIDADE DE CARGO PÚBLICO – PRESCINDIBILIDADE DE LEI – POSSIBILIDADE POR MEIO DE DECRETO – NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO – RECURSO PROVIDO.

A declaração de desnecessidade de cargo público prescinde da edição de lei, podendo perfeitamente ser realizada por meio de decreto.

Mesmo se tratando de ato discricionário, que decorra de juízo de conveniência e oportunidade do chefe do Poder Executivo, imprescindível se faz a sua motivação, para efetivo controle da legitimidade dos motivos que levaram a Administração Pública a praticá-lo.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 7 de julho de 2009.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Trata-se de apelação cível interposta por Orlando Rodrigues Zani nos autos de mandado de segurança impetrado em face do Prefeito Municipal e do Procurador-Geral do Município de Dourados, MS.

O apelante busca a reforma na sentença hostilizada, alegando, em síntese, que (I) o ato administrativo de declaração de disponibilidade ofendeu os princípios administrativos da legalidade e finalidade; e (II) trata-se de caso de perseguição política, pois o que foi considerado desnecessário não foi o cargo, mas sim o funcionário.

Em contrarrazões, os apelados pugnam pela manutenção da sentença.

Às f. 164-166, adveio manifestação do órgão ministerial de primeira instância.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por sua vez, opinou às f. 175-178 pelo provimento do presente recurso.

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator)

Cuida-se de apelação cível interposta por Orlando Rodrigues Zani nos autos de mandado de segurança impetrado em face do Prefeito Municipal e do Procurador-Geral do Município de Dourados, MS.

Busca o apelante o reconhecimento da ilegalidade do Decreto n. 1418, de 14 de fevereiro de 2003, que declarou desnecessário o cargo de advogado que o ora apelante ocupava desde a sua aprovação em concurso público ocorrida em 10.4.1992 e, por conseguinte, colocou-o em disponibilidade com proventos proporcionais.

Sustenta o apelante, em síntese, ter havido ofensa aos princípios administrativos da legalidade e da finalidade e, ainda, ter sido vítima de perseguição política gratuita.

O recurso merece ser provido.

Por primeiro, importante observar que o Supremo Tribunal Federal entende ser prescindível a edição de lei para a declaração da desnecessidade de cargo público prevista no § 3º do artigo 41 da Constituição Federal, pode, portanto, ser realizada por meio de decreto.

De fato, colhe-se do precedente julgado:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA: AUTORIDADE COATORA: RECURSO ADMINISTRATIVO: SERVIDOR PÚBLICO: EXTINÇÃO DE CARGO E DECLARAÇÃO DE SUA DESNECESSIDADE. I - Mandado de segurança: autoridade coatora: a autoridade coatora é parte na causa, representante da entidade pública, motivo por que pode recorrer. II - Disponibilidade de servidor público: CF, artigos 41, § 3º, 84, XXV: a extinção do cargo e a declaração de sua desnecessidade decorrem de juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública, prescindindo da edição de lei ordinária que as discipline. MS n. 21.213/DF, Ministro Octavio Gallotti, Plenário, 15.2.96, DJ de 24.5.96. III – Agravo não provido.¹ - Grifei.

Nesse contexto, ao contrário do que afirma o recorrente, a norma em comento (art. 41 da CF) dirigida ao administrador público, dispensa a previsão de desnecessidade do cargo público em lei no sentido formal.

Por outro vértice, entretanto, embora aludido ato decorra de juízo de conveniência e oportunidade do chefe do poder executivo, indispensável a sua motivação, pois, caso contrário, não seria possível controlar a legitimidade das razões que levaram a Administração Pública a praticá-lo.

Nesse sentido, é o precedente do Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. ATO DE EXTINÇÃO DE CARGO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. ART. 50, § 1º DA LEI N. 9784/99.

O ato que declarou a “desnecessidade” do cargo público de Oficial Administrativo não foi devidamente fundamentado – art. 50, § 1º da Lei n. 9784/99. Recurso provido, com o restabelecimento da decisão singular de concessão da ordem.²

¹ RE 240377 AgR, Segunda Turma, Relator Min. Carlos Velloso, julgado em 22.4.2003, DJ 16.5.2003.

² REsp 623.069/MG, Quinta Turma, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, julgado em 4.10.2005, DJ 14.11.2005, p. 377.

Pois bem. Compulsando os autos, percebe-se que o ato que declarou a desnecessidade do cargo de advogado do apelante (f. 9-10), não foi devidamente fundamentado, pois não especificou os motivos que tornaram o cargo inoportuno, inconveniente e/ou desnecessário.

Eis, a propósito, o teor do Decreto n. 1418, de 14 de fevereiro de 2003, que ora se ataca:

Fica declarado desnecessário o cargo de Advogado, ocupado pelo servidor ORLANDO RODRIGUES ZANI – Advogado, estável, Classe Especial, que passa a integrar a tabela de Lotação Especial da Secretária Municipal de Administração e, em face disso, colocá-lo em disponibilidade com remuneração proporcional aos respectivos tempos de serviço, com fundamento no § 3º do art. 41 da Constituição Federal e na Lei Complementar 07/91, no que couber a partir de 17 de fevereiro de 2.003.

O servidor deverá comparecer na Superintendência de Recursos Humanos da Secretária de Administração, a partir de 23 de fevereiro de 2003, para ter ciência dos valores que lhes serão devidos como remuneração na disponibilidade.

Ora, evidente que manifestamente ilegal o supratranscrito Decreto, porquanto simplesmente limitou-se a mencionar os dispositivos legais que o levaram a declarar a desnecessidade do cargo de advogado ocupado pelo ora apelante.

Ante o exposto, com o parecer, dou provimento ao recurso para, reformando a sentença de origem, conceder a segurança pleiteada no presente *in vi*.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. DECISÃO COM O PARECER.

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

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, 7 de julho de 2009.

Agravo n. 2009.003914-9 - Glória de Dourados
Primeira Turma Cível
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

E M E N T A – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CAUTELAR – MANUTENÇÃO DE ATIVIDADES DE SUINOCULTURA – PRESENÇA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DA LIMINAR – DECISÃO MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Verificada a presença dos requisitos necessários à concessão da medida liminar, quais sejam, a plausibilidade do direito invocado, demonstrada nos documentos que instruem a inicial, e o perigo da demora, consubstanciado no fato de que o agravado necessita manter suas atividades de suinocultura, a manutenção da decisão que deferiu o pedido liminar é medida que se impõe.

Recurso conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 1º de setembro de 2009.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul – IMASUL -, inconformado com a decisão proferida pelo Juiz de Direito de Glória de Dourados que, nos autos da ação cautelar inominada que lhe move Eduardo Jerônimo de Oliveira, deferiu o pedido de liminar para que o agravado volte a exercer normalmente suas atividades de suinocultura, interpõe agravo de instrumento, com a finalidade de ver reformada a referida decisão.

O agravante, em síntese, alega que:

[...] o agravado praticou atos relevantes que causam efeitos direto no caso em tela, mas não foram informados ao Juízo, em visível contraposição ao princípio da boa-fé processual. O agravado interpôs o presente processo cautelar, em clara má-fé, induzindo o juízo de primeiro grau em erro, omitindo os verdadeiros fatos (f. 6).

[...] em 31 de agosto de 2005 o agravado requereu junto ao Imasul a licença prévia (Proc. Adm. 23/104338/2005) para atividade de Suinocultura, Unidade de Terminação com capacidade para 1322 animais. A licença foi concedida após o agravado apresentar um projeto de melhorias técnicas em relação ao manejo e tratamento dos dejetos dos animais, apresentando ainda um projeto de recuperação ambiental (f. 6).

[...] o agravado requereu a Licença de Instalação (Proc. Adm. n. 23/1000778/2007) e após análise técnica, solicitou-se complementação de estudos para adequar o SCA – Sistema de Controle Ambiental, concedendo o prazo de 60 dias, o que não ocorreu, ou seja, por sua inércia o mesmo foi arquivado (f. 6).

[...] o agravado requereu desarquivamento do processo que trata da Licença de Instalação posterior ao cumprimento dos estudos pendentes que contém informações de local dos tanques de armazenamento e tratamento do dejetos dos animais. A Licença de Instalação n. 77/2008 (f. 98, Proc. Adm. n. 23/100778/2008), consta em sua primeira cláusula que a mesma não autoriza a operação do empreendimento, que para tal era necessário requerer a licença de operação, observa-se que até a presente data o agravado não ingressou com o mencionado pedido (f. 6).

[...] a licença de operação sequer foi requerida, embora o agravado opere o empreendimento há 10 anos conforme afirmado na inicial, haja vista que utiliza da Licença de Instalação como se fosse Licença de Operação, contrariando a primeira cláusula da condicionante da Licença de Instalação n. 77/2008, que estabelece que só poderá operar o empreendimento após a expedição da Licença de Operação, o que caracteriza afronta às normas ambientais vigentes (f. 9-10).

[...] o agravado sofreu autuação por intermédio Polícia Militar Ambiental na data de 28.5.2008 (Auto de Infração – Proc. Adm. n. 23/103253/2008) em decorrência do rompimento de um dos tanques (contenção de resíduos e dejetos) que alega que estava inutilizado devido ao novo projeto do SCA (Sistema de Controle Ambiental), entretanto o mesmo estava despejando todo o conteúdo de seu interior no córrego que fica a menos de 100 metros do local, causando degradação ambiental. A multa aplicada foi no valor de R\$ 3.000,00. Na mesma ocasião a Polícia Militar Ambiental notificou o agravado para apresentar em 5 dias o projeto técnico e a Licença de Operação da Suinocultura, Unidade de terminação, sob pena de suinocultura ser embargada (f. 10).

[...] em defesa apresentada no processo administrativo do mencionado Auto de Infração, alegou o agravado que tal fato não gerou nenhuma forma de poluição, uma vez que dentro do tanque, inutilizado há mais de ano, encontrava-se somente a água da chuva acumulada devido ao mau tempo durante vários dias. Ora, em momento algum comprovou tal fato, não precisando se havia ou não dejetos no tanque, requerendo a desconstituição da multa sob o argumento de que o fato ocorrido não constitui crime ambiental (f. 10).

[...] em 13.6.2008 o agravado novamente sofreu autuação (Auto de Infração – Proc. Adm. n. 23/203203/2008) em consequência de operar sem licença devida (LO), que é passível de multa e embargos da atividade de suinocultura, cumulado com crime ambiental conforme estabelece a Lei Federal n. 9.605/98 e Decreto Federal n. 3.179/99[...] (f. 10).

Ao final, requer “1. seja concedido efeito suspensivo ao presente recurso, nos termos do inciso III, do artigo 327 do Código de Processo Civil, para evitar danos ao meio ambiente que são irreparáveis ou de difícil reparação; 2. seja notificado o agravado para, querendo, apresentar contraminuta ao presente recurso; 3. seja, ao final, julgado procedente o presente o presente agravo de instrumento, para reformar a decisão monocrática, suspendendo a liminar pleiteada” (f. 16).

O recurso foi recebido no efeito devolutivo (f. 325-327).

O agravado, devidamente intimado, não apresentou contrarrazões, conforme certidão de f. 337.

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator)

Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul – IMASUL, inconformado com a decisão proferida pelo Juiz de Direito de Glória de Dourados que, nos autos da ação cautelar inominada que lhe move Eduardo Jerônimo de Oliveira, deferiu o pedido de liminar para que o agravado volte a exercer normalmente suas atividades de suinocultura, interpõe agravo de instrumento, com a finalidade de ver reformada a referida decisão.

Por primeiro, faço uma breve digressão fática para melhor compreensão da matéria em discussão.

Verifica-se dos autos que o agravado é proprietário do imóvel rural denominado Sítio Água Boa, localizado no Município de Glória de Dourados-MS (f. 27), onde implementa a suinocultura.

O agravado, para exercer sua atividade em observância à legislação ambiental vigente, providenciou, em 27.3.2007, a elaboração de um projeto técnico para manejo de dejetos suínos.

Ocorre que, em 5.5.2008, após um acidente com uma barreira de contenção, foram despejados resíduos em um córrego existente no local do criatório, razão pela qual o agravado foi autuado e multado pela autarquia-agravante.

Em 13.6.2008, voltou a ser autuado pela mesma autarquia por não possuir licença ambiental para exercer a sua atividade, sendo que por ocasião desta segunda autuação o IMASUL determinou a paralisação das atividades de suinocultura até a concessão da licença do órgão ambiental.

Inconformado, o ora agravado ingressou com ação cautelar inominada para suspender a ordem de paralisação imposta pelo agravante.

O juízo de origem, ao receber a inicial, naquilo que interessa a solução do presente instrumental, decidiu (f. 106-108):

Muito embora a medida pretendida não tenha o condão de resguardar o resultado útil do processo de conhecimento - o que se faria através de processo cautelar -, visto que a pretensão do requerente se trata, substancialmente, de antecipação de efeito colateral de decisão de mérito futura (pretensão de continuação da atividade comercial desenvolvida em virtude de ilegalidade da ordem de paralisação), fato é que o parágrafo 7º do artigo 273 do CPC permite o recebimento de tutela antecipatória como cautelar e, segundo entendimento dominante, ao qual me filio, vice-versa (recebimento de cautelar como antecipação de tutela).

Assim, de modo a evitarem-se maiores prejuízos à parte, analisarei o pleito como antecipação de tutela.

A verossimilhança da alegação faz-se presente, vez que a documentação anexada à inicial demonstra que o requerente, inequivocadamente (prova inequívoca), pleiteou há mais de um ano a licença exigida pela ré, não podendo ser prejudicado em função da demora ou inércia da referida autarquia (f. 12).

O *fumus boni juris* está presente, na medida em que o autor demonstra que vem tomando precauções para obedecer às normas ambientais, inclusive com a elaboração do projeto técnico acostado às f. 13-57, bem como pelo fato de que a autarquia, ao menos aparentemente, está por infringir as normas legais relativas ao prazo de emissão de parecer técnico conclusivo para a licença prévia.

O *periculum in mora*, por sua vez, está consubstanciado na presunção de prejuízo sofrido pelo requerente com a paralisação de suas atividades comerciais.

Diante disso, e com fulcro no artigo 273, caput e parágrafo 7º, CPC, DEFIRO A TUTELA PRETENDIDA para o efeito de possibilitar ao requerente que volte a exercer normalmente suas atividades de suinocultura, podendo receber os animais para criação e engorda, a partir da data dessa decisão até ulterior deliberação do juízo ou cassação da presente, ou até concessão das licenças necessárias. (Destaquei)

É contra essa decisão que se insurge o agravante.

Sem razão o recorrente.

O recurso, portanto, não merece provimento.

De fato, consoante o entendimento adotado pela decisão *a* tendo que o agravado obteve êxito na demonstração da fumaça do bom direito *quo*, em e do perigo da demora, requisitos que autorizam a concessão de antecipação de tutela, a teor do disposto o art. 273 do CPC¹.

A fumaça do bom direito está consubstanciada no fato de que o agravado vem tomando precauções para obedecer às normas ambientais, inclusive com a elaboração do projeto técnico acostado às f. 29-74.

Ademais, afirmou o agravado que “o tanque em que ocorreu o derramamento é um dos tanques que há muitos anos estava desativado, não contendo dejetos em seu interior, sendo que seu conteúdo era exclusivamente de água de chuva, não contendo nenhum tipo de substância que possa causar danos ao meio ambiente, até mesmo porque os dejetos decompostos com o passar dos anos” (f. 161).

Anote-se, por necessário, que os documentos e as alegações da autarquia-agravante no sentido de que a Licença de Instalação n. 77/2008 (Processo Administrativo n. 23/100778/2008) não autoriza a operação do empreendimento e que é necessário para tanto requerer a Licença de Operação, sequer foram analisados pelo juízo de origem, de forma que seu conhecimento nesta instância de revisão acarretaria, indubitavelmente, julgamento *per saltum*.

O perigo da demora, por outro lado, também se encontra presente, pois segundo as alegações do agravado “o prejuízo ocorrerá caso não seja autorizado judicialmente o recebimento do terceiro e último lote de suínos para a criação e engorda, neste resto de ano, e os demais lotes que deverão ocorrer até a que a Licença de Instalação seja concedida. Com as atividades paralisadas, **sine die**, o prejuízo se prolongará até que a licença seja concedida – e Deus sabe quando ocorrerá, **data venia**; deixando indefinidamente ociosos os empregados, e por este motivo, sujeitos à demissão e ao desemprego” (f. 22). (Destaquei)

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

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

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

Ressalte-se, por derradeiro, que a liminar concedida não trará riscos ao meio ambiente, pois, como afirmado pelo próprio recorrente, o agravado exerce suas atividades de suinocultura há quase 10 anos e, insista-se, vem tomando precauções para obedecer às normas ambientais.

Por tais razões, deve ser mantida a decisão *a quo* que deferiu o pedido de antecipação de tutela para possibilitar ao agravado que volte a exercer normalmente suas atividades de suinocultura.

Ante o exposto, conheço do recurso de agravo de instrumento interposto pelo Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul – IMASUL-, mas nego-lhe provimento, mantendo intacta a decisão hostilizada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sérgio Fernandes Martins, Joenildo de Sousa Chaves e João Maria Lós.

Campo Grande, 1º de setembro de 2009.

Pedido de Intervenção Estadual em Município n. 2009.007576-7**Eldorado - Órgão Especial****Relator Des. Sérgio Fernandes Martins**

E M E N T A – PEDIDO DE INTERVENÇÃO ESTADUAL EM MUNICÍPIO – ELDORADO – DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL – NÃO-PAGAMENTO DE PRECATÓRIO NO PRAZO LEGAL – PROCEDENTE.

Procede ao pedido de intervenção estadual quando o município não realiza o pagamento no prazo legal, tampouco apresenta justificativa para o descumprimento da determinação judicial.

A multa prevista no artigo 600, III, do CPC não é cabível na presente hipótese, pois a apreciação judicial deve ater-se unicamente à verificação da presença dos requisitos para o deferimento da excepcional medida interventiva em razão da própria natureza e finalidade constitucional do feito interventivo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade e com o parecer, deferir o pedido.

Campo Grande, 15 de julho de 2009.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins

Auto Elétrica Araí Ltda. - ME ingressou com o presente pedido de intervenção estadual no Município de Eldorado, argumentando, em síntese, que o município deixou de cumprir ordem judicial que determinou o pagamento de precatório no valor de R\$ 18.266,85 ou, por indisponibilidade financeira, a obrigatória inclusão no orçamento da verba necessária para o referido pagamento.

Aduz, ainda, que a conduta do município constitui atentado à dignidade da justiça; deve, portanto, ser condenado ao pagamento da multa prevista no inciso III do artigo 600 do CPC.

Requer, assim, a decretação da intervenção estadual no Município de Eldorado e a condenação deste ao pagamento de multa de 20% sobre o valor atualizado da dívida.

O Município de Eldorado, embora devidamente intimado para fazer oferta de pagamento e para prestar informações, não se manifestou nos autos.

A Seção de Precatórios informou à f. 19 que a legislação municipal normatiza em R\$ 1.000,00 o valor para as requisições de pequeno valor.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo deferimento do pedido de intervenção estadual.

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins (Relator)

Trata-se de pedido de intervenção estadual no Município de Eldorado, em face de inobservância de determinação judicial para pagamento do precatório em apenso.

O pedido de intervenção deve ser deferido.

Ressalto, de início, que o precatório em questão é de R\$ 18.266,85, não sendo, portanto, hipótese de requisição de pequeno valor, fixada por lei municipal em R\$ 1.000,00 (f. 19).

Pois bem. No caso em exame, verifica-se que o Município de Eldorado recebeu o ofício para pagamento do precatório em 15 de maio de 2007 (f. 11), razão pela qual deveria ter incluído o crédito necessário para o pagamento em questão obrigatoriamente no orçamento de 2008, conforme dispõe o § 1º do art. 100 da Constituição Federal:

Art. 100 [...]

§ 1º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transmitidas em julgado, constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

Contudo, o exercício do orçamento de 2008 terminou sem que tivesse havido o pagamento determinado e sem que o município tivesse ao menos apresentado justificativa para o descumprimento da ordem emanada por esta Corte.

Veja-se, ademais, o que consignou o Procurador-Geral de Justiça em seu parecer:

Aliás, conforme a relação de requisições de precatórios extraída do site do Tribunal de Justiça em anexo, o município de Eldorado encontra-se com vinte e nove pedidos de Intervenção Estadual decretados, havendo pendência de pagamento de crédito alimentar desde 1997, demonstrando o total descaso para com as ordens emanadas do Poder Judiciário e ausência de interesse em cumprir suas obrigações constitucionais (f. 26-27).

Dessa forma, deve ser deferida a situação excepcional de intervenção estadual, nos termos do que dispõem, respectivamente, as Constituições Federal e Estadual:

Art. 35 O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:

I – deixar de ser paga, sem motivo de força maior, por dois anos consecutivos, a dívida fundada;

[...]

IV – o Tribunal de Justiça der provimento à representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial.

Art. 11. O Estado não intervirá nos Municípios, salvo quando:

[...]

IV - o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados nesta Constituição ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial.

Nesse mesmo sentido, aliás, apreciei caso análogo, oportunidade em que fui acompanhado pelos demais membros do Tribunal Pleno desta Corte em julgamento que assim restou ementado:

PEDIDO DE INTERVENÇÃO ESTADUAL EM MUNICÍPIO –
DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL – NÃO-PAGAMENTO DE
PRECATÓRIO NO PRAZO LEGAL – PROCEDENTE.

Procede ao pedido de intervenção estadual quando o município não realiza o pagamento no prazo legal, tampouco apresenta justificativa para o descumprimento da determinação judicial.¹

No tocante ao pedido de aplicação de penalidade por ato atentatório à dignidade da justiça, insta consignar que a multa prevista no artigo 600², III, do CPC, não é cabível na presente hipótese, pois a apreciação judicial deve ater-se unicamente à verificação da presença dos requisitos para o deferimento da excepcional medida interventiva em razão da própria natureza e finalidade constitucional do feito interventivo.

Nesse sentido:

CONSTITUCIONAL. INTERVENÇÃO ESTADUAL EM MUNICÍPIO. FALTA DE PAGAMENTO DE PRECATÓRIO. Uma vez não atendido o pagamento de precatório, o que não se justifica por eventual dificuldade financeira, resta cabível a intervenção do Estado no Município. Inviabilidade de aplicação de multa. REPRESENTAÇÃO ACOLHIDA. UNÂNIME.³

Por fim, observo que não é caso de fixação de prazo para que o decreto de intervenção seja expedido pelo Governador do Estado, pois, como venho afirmando, não existe tanto na Constituição Federal quanto na Estadual, tampouco no artigo 574⁴ do RITJMS, nenhuma disposição neste sentido.

Ante o exposto, e com o parecer, defiro o pedido inicial para decretar a intervenção estadual no Município de Eldorado, devendo ser comunicado o Sr. Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, para, com fundamento no artigo 574 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça, concretizar a presente medida.

1 Tribunal Pleno, Pedido de Intervenção Estadual Em Município, n. 2008.000803-1 - Porto Murinho, julgado em 14.5.2008.

2 Art. 600. Considera-se atentatório à dignidade da Justiça o ato do executado que:

[...]

III - resiste injustificadamente às ordens judiciais;

3 TJRS, Representação n. 70025721515, Tribunal Pleno, Rel. Des. Leo Lima, julgado em 3.11.2008.

4 RITJMS, Art. 574. Se o Tribunal concluir pela intervenção, o Presidente comunicará a decisão ao Governador do Estado, para que a concretize.

Parágrafo único. Se decreto do Governador bastar ao restabelecimento da normalidade, o Presidente do Tribunal aguardará a comunicação de sua edição, na forma estabelecida pela Constituição do Estado, para as providências cabíveis.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E COM O PARECER, DEFERIRAM O PEDIDO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sérgio Fernandes Martins, Rêmolo Letteriello, Rubens Bergonzi Bossay, Claudionor Miguel Abss Duarte, Oswaldo Rodrigues de Melo, Elpídio Helvécio Chaves Martins, Luiz Carlos Santini, Josué de Oliveira, Hildebrando Coelho Neto, João Maria Lós, Ildeu de Souza Campos, Paulo Alfeu Puccinelli, Divoncir Schreiner Maran, João Batista da Costa Marques e Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 15 de julho de 2009.

Apelação Cível n. 2009.007040-6 - Campo Grande
Quinta Turma Cível
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO – ALUNA FLAGRADA PRATICANDO PLÁGIO – REPREENSÃO PELO ORIENTADOR – ATO ILÍCITO INEXISTENTE – CONSTRANGIMENTO DECORRENTE DA POSTURA DESONESTA DA PRÓPRIA ALUNA – AUSÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR – RECURSO PROVIDO.

Não se pode confundir a humilhação, o vexame, a exposição gratuita e desnecessária de alguém, com o único propósito de denegrir-lhe a honra, com a repreensão de um professor, feita em ambiente fechado de uma universidade, em razão de aluna ter sido flagrada a praticar plágio, em sua monografia de conclusão de curso. Uma coisa é não se ter o direito de ofender a honra de outrem; outra, bem diferente, é ter a obrigação de evitar situação vergonhosa criada pela própria vítima. Nesse caso, impera o bom-senso e a razoabilidade, que afastam o dever de indenizar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, improver o agravo retido e dar provimento ao recurso.

Campo Grande, 17 de setembro de 2009.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

MSMT – Universidade Católica Dom Bosco - apela da sentença que nos autos de Ação de Reparação de Danos Morais julgou procedente o pedido formulado por Vanessa Jaqueline de Oliveira, condenando-a ao pagamento de três mil reais. A pretensão da apelada, segundo a inicial, funda-se no fato de ter sido abruptamente impedida por um professor da apelante, orientador de trabalho de conclusão de curso, de apresentar sua monografia, ao argumento de que havia cometido plágio.

Sustentou que o orientador havia descumprido seu mister de orientá-la na elaboração do trabalho, já que, além de haver se furtado ao acompanhamento, análise e discussão dos textos elaborados, havia faltado com a verdade, ao afirmar que o trabalho estava bem redigido e apto a ser apresentado.

No entanto, na data da apresentação, fora subitamente surpreendida pelo orientador, que, diante da banca já composta, lhe impedira de apresentar-se, dizendo-lhe que seu trabalho “consistia em puro plágio e que a requerente se enquadrava na categoria de ‘estelionatários, que o havia enganado e que a mesma estava fazendo uma tremenda canalhice’, e ressaltando ainda preconceitos religiosos atentando que a requerente ‘não possuía princípios de Dom Bosco’, palavras estas proferidas em bom tom para toda a banca” (f. 5).

Em síntese, a apelada fundou sua pretensão na tese de que seu orientador não poderia tê-la surpreendido no último momento, impedindo-a de apresentar-se, dizendo-se traído e qualificando-a de estelionatária, canalha e sem princípios, porque ele próprio havia rubricado todas as folhas do trabalho e confirmado que estava apto a ser apresentado. Como a conduta do professor revelasse que o trabalho não havia sido lido, não se justificavam a reprimenda e o constrangimento que lhe fez passar, caracterizando o dano moral, cuja reparação foi pleiteada nesta ação.

Em sua defesa, a apelante sustentou ter sido a apelada quem se furtara às orientações do professor, sendo que lhe entregara o trabalho poucos dias antes da data da apresentação. Além disso, afirmou que a apelada assinara um atestado de autenticidade da monografia, assegurando tratar-se de produção de sua autoria, o que, posteriormente, se descobriu não ser verdade. Por fim, a reprovação da apelada teria ocorrido na presença apenas da banca examinadora, razão pela qual não se poderia falar em danos morais.

Em saneador (f. 238), o Juízo *a quo* indeferiu o pedido da apelada, no sentido de que fosse oficiado à Base Aérea de Campo Grande, onde trabalhava o professor/orientador, a fim de que fossem remetidas cópias integrais das relações de entrada e saída de veículos. O indeferimento do pedido ensejou a interposição de agravo retido (f. 257-259).

Não se produziram outras provas.

O Juízo *a quo*, como afirmado, julgou procedente a pretensão indenizatória, por entender que o orientador excedera os limites a ele conferidos pela apelante. Esclareceu que, segundo o “Regulamento da Monografia Jurídica/UCDB”, compete ao orientador “avaliar a relevância, a originalidade e as condições de execução do tema proposto pelo acadêmico”, acompanhar o desenvolvimento do trabalho, orientando o aluno, sempre que necessário. Acrescentou que, pelo regulamento, era dever do professor elaborar um parecer do trabalho apresentado, e o orientador da apelada havia considerado o trabalho apto a ser submetido à banca examinadora. Assim, independentemente de ter ou não ter havido fraude, concluiu o julgador que a responsabilidade civil da apelante estaria assentada na conduta adotada pelo orientador, que, apesar de ter expressamente afirmado que deixara de rejeitar o trabalho da apelada, para não lhe causar constrangimento, agira justamente de forma contrária. Assim, consignou o julgador: “Se um dia antes da Banca foi o docente comunicado pela Coordenação do Núcleo e informado a respeito do plágio, inclusive marcado encontro com a Coordenação para momento anterior à Banca, oportunidade em que foi apresentada a prova do plágio, deveria ele, reservadamente, procurar a aluna e resolver o impasse, sem submetê-la àquela situação” (f. 283). Todavia, o orientador, mesmo sabendo do plágio, deixou que a aluna fosse submetida a uma situação constrangedora, oportunidade em que assumiu postura agressiva, vexatória e desnecessária. Logo, concluiu pela existência do ilícito e do dano, razão pela qual julgou procedente o pedido e condenou a apelante a reparar os danos morais causados à apelada.

Da sentença, foi interposta apelação. Em suas razões, a apelante sustenta, em síntese, que a apelada não sofreu dano moral, pois o trabalho foi reprovado pelos professores que compunham a banca, não tendo sido alvo de publicidade, a ponto de ferir a sua honra. Sustenta não haver prova nos autos de que a apelada foi chamada de canalha e estelionatária e que o pretenso sofrimento experimentado por ela, se existiu, não passou de mero aborrecimento, que não teria existido, não tivesse havido plágio. Assevera que a apelada é a única responsável pelos danos que afirmou ter sofrido, sendo caso de culpa exclusiva da vítima. Pediu o provimento do recurso, a fim de que seja julgado improcedente o pedido formulado na inicial.

Contrarrazões pelo improvimento (f. 306-312).

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator)

Inicialmente, consigno que o agravo retido será analisado no curso deste voto, porque a matéria se confunde com a versada no apelo principal.

Pretende a apelante seja reformada a sentença, para ser julgada totalmente improcedente a pretensão da apelada. Tal pretensão é o pedido de indenização pelos danos morais que afirma ter sofrido em razão da conduta praticada por seu orientador de trabalho de conclusão de curso, preposto da apelante. O orientador a teria submetido, de forma desnecessária, a situação que lhe causou constrangimento e vexame. Este, aliás, foi o entendimento do Juízo *a quo*, em que se fundou a sentença condenatória.

Assim, do cenário destes autos, deduzido do conflito de interesses posto a julgamento, extrai-se, de um lado, a versão da apelada, autora da ação, para quem o professor, que não teria cumprido seu dever de orientá-la, não poderia tê-la exposto ao vexame e constrangimento desnecessários, e, porque assim o fez, exsurge o dever de indenizar. No outro extremo, depara-se a versão da apelante, para quem a culpa por eventuais dissabores é exclusiva da apelada, que, além de não ter comprovado as ofensas proferidas pelo docente, teria se furtado às orientações que ele lhe daria, submetendo à banca um trabalho repleto de passagens plagiadas.

Entre essas duas versões, há um fato comprovado e, de certa forma, não impugnado nestes autos: o de que o plágio efetivamente existiu. A peculiaridade está em que a apelada tentou justificar-se, dando a entender que o que se considerou como “plágio” teria sido, na verdade, fruto de sua inexperiência e, em última medida, do descaso do professor. Por inexperiência ou desconhecimento, ela teria errado, ao fazer as citações, dando a impressão de que teria, simplesmente, copiado texto alheio.

Assim, da tese da apelada é possível inferir que, se o professor foi negligente, e a aluna, por ausência de orientação, não soube citar corretamente as fontes de sua pesquisa, no que não foi corrigida pelo orientador, então a postura deste, que lhe atribuiu, diante da banca, a prática de um ato fraudulento, expondo-a ao vexame, é por certo um ato ilícito, passível de gerar o dever de indenizar.

Entendo que essa é a faceta do litígio identificada pelo Juízo *a quo*, e explica-se pelo fato, juridicamente relevante, aliás, de que a ninguém é dado o direito de ofender a honra de outrem, sendo indiferente se a imputação é condizente ou não com a verdade. Por isso, afirmou o julgador que “a existência, ou não, de plágio mostra-se irrelevante no caso em tela, cujo pedido de responsabilização está ancorado na conduta adotada pelo professor-orientador que deveria ter cautela ao informar à aluna-orientanda acerca das provas indicativas do plágio” (f. 282).

Impende verificar, todavia, se a apelada foi de fato ofendida em sua honra, rebaixada moralmente, como sustentou.

Em meu entender, os documentos de f. 82 a 150 destes autos demonstram, de forma inequívoca, que a conduta da apelada, na elaboração de sua monografia, foi de fato a transcrição, verbo *ad verbum*, de texto alheio, como se fosse texto próprio, o que é muito diferente da falta de experiência ou desconhecimento das normas e padrões adotados na elaboração de trabalhos científicos. Esta consideração tem relevância, pois, ainda que o orientador tenha sido omissor e negligente, não se pode acreditar que um aluno universitário, prestes a obter o bacharelado em Direito, não tenha a mínima noção de que escrever um trabalho não é o mesmo que copiar um texto de outro e apresentá-lo como próprio, principalmente quando se trata de trabalho tão importante e sério (ao menos assim deveria ser encarado por alunos e professores), como é o trabalho de conclusão de curso.

O plágio, portanto, é notório, sendo indiferente se houve ou não houve orientação do professor, porque, mesmo nessas circunstâncias, nada justifica a conduta da apelada, **razão pela qual, rejeito, neste passo, o agravo retido interposto do despacho saneador.**

Não interessa se o professor orientou ou não orientou a apelada. A prova desses fatos é despicenda, pois a conduta praticada por um aluno de graduação, em monografia de conclusão de curso, que se utiliza de texto de autoria alheia como se próprio fosse, é reprovável por si mesma; nada a justifica. Particularmente, também estou convencido de que o trabalho da apelada, seja por que motivo fosse, não foi lido pelo professor. No entanto, percebe-se claramente que a pretensão da apelada é imputar a seu orientador a responsabilidade pelo fato de flagrada a praticar um plágio, ter sido por ele, diante de outros professores, censurada.

Ainda que censurável a postura do orientador – ao considerar o trabalho apto a ser apresentado, quando não o estava –, esse fato também demonstra que o professor provavelmente confiara na honestidade da apelada, ou seja, acreditara em que, apesar de eventuais incorreções, o trabalho poderia ser submetido à banca examinadora. Nesse sentido, não é difícil imaginar que, diante da descoberta do plágio, o orientador se sentira enganado, ou, como ele mesmo se expressou, traído: “acrescentei que me sentia profundamente traído, pois não esperava ser fraudado por uma pessoa que recebera os ensinamentos jurídicos na Casa de Dom Bosco” (sentença, f. 284).

E, neste passo, há uma observação importante a fazer: a apelada também sabia que o orientador não havia lido o seu trabalho, ou, ao menos, que não havia identificado o plágio. Mesmo assim, foi adiante, dispondo-se deliberadamente a apresentar um trabalho que tinha ciência de ser, ao menos em parte, plagiado. Ora, a apelada aproveitou-se dessa situação, ficou silente, e esperou que ninguém se apercesse de sua postura. Acontece que, descoberta, estava a enganar não só o orientador, mas também os outros membros da banca, que ali estavam para avaliar um trabalho espúrio.

Ora, nesse ambiente universitário, presentes apenas a aluna, seu orientador e os membros da banca examinadora, nada mais esperado do que a censura pela fraude e o sentimento de ter sido traído. De resto, não há nenhum exagero ou inverdade em afirmar que, tendo o professor confiado no aluno, dando a sua aquiescência a que o trabalho fosse apresentado, ele possivelmente se sentisse traído. E não se sentiria? Até o fato de não ter corrigido o trabalho reforça esse sentimento de haver sido enganado, traído na confiança depositada na apelada.

Resta responder à seguinte pergunta: descoberto plágio no dia anterior à data da apresentação, o professor deveria ter evitado o constrangimento da aluna?

Particularmente, diante do que foi comprovado nos autos, entendo que não. Primeiro, porque não há nenhuma prova de que a apelada tenha sido chamada de estelionatária ou canalha. Segundo, porque a apelada foi censurada diante da banca e ninguém mais; portanto, diante daqueles a quem pretendia enganar. Assim, o que se conclui da leitura dos autos é que a apelada pretende atribuir à apelante a responsabilidade por ter sido censurada, em virtude da descoberta do plágio. Sustenta o entendimento de que os professores da banca ou seu orientador não teriam o direito de se reputarem traídos pela postura dela, sob pena de lhe causarem constrangimento e vexame. Esquece-se, no entanto, de que o trabalho estava plagiado e de que procurava se aproveitar desse fato. É enfática, ao criticar a postura do orientador; mas silencia no que diz respeito ao próprio erro.

Diante disso, entendo que o único responsável pelo constrangimento por que passou a apelada foi ela própria, que, em última medida, procura se valer da própria torpeza, para ser indenizada, o que não se pode admitir. Entender diferentemente é sustentar o exagero de não permitir que uma instituição de ensino repreenda um aluno pelo mal comportamento. A censura, à falta de prova em contrário, não excedeu o limite do razoável. A própria postura da apelada é que foi constrangedora e vergonhosa, porque a omissão do orientador não justificava o plágio. O orientador omissor já fica exposto diante de seus pares, membros da banca, pois o trabalho mal elaborado é, muitas vezes, resultado de uma orientação mal feita.

Não se pode confundir a humilhação, o vexame, a exposição gratuita e desnecessária de alguém, com o único propósito de denegrir-lhe a honra, com a repreensão de um professor, feita em ambiente fechado de uma universidade. Uma coisa é não se ter o direito de ofender a honra de outrem; outra, bem diferente, é ter a obrigação de evitar uma situação vergonhosa criada pela própria vítima. Nesse caso, impera o bom-senso e a razoabilidade, que, em meu entender, afastam a responsabilidade da apelante.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso, a fim de reformar a sentença e julgar totalmente improcedentes os pedidos formulados na inicial. Em consequência, fica a apelada condenada nas custas e despesas processuais, assim como nos honorários advocatícios, que, com fundamento no art. 20, § 4º, do CPC, arbitro em R\$ 500,00.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, IMPROVERAM O AGRAVO RETIDO E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Sideni Soncini Pimentel, Vladimir Abreu da Silva e Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 17 de setembro de 2009.

Apelação Cível n. 2009.008439-5 – Dourados
Quinta Turma Cível
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

E M E N T A – DIREITO À SAÚDE – CASO DE URGÊNCIA – INDISPONIBILIDADE DE VAGA IMEDIATA EM HOSPITAL CONVENIADO AO SUS – ATENDIMENTO EM HOSPITAL PARTICULAR – RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO PELO PAGAMENTO.

O direito a saúde deve ser garantido pelo poder público, portanto, diante da indisponibilidade de vaga imediata ao atendimento de paciente em grave estado de saúde, deve ser responsabilizado a arcar com as despesas oriundas do tratamento realizado em hospital particular.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 30 de julho de 2009.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

Alinie Fagundes Colnago, nos autos de Ação Declaratória e Condenatória de Obrigação de Fazer que move em face do Município de Dourados, inconformada com a sentença de improcedência do pedido inicial, interpôs recurso de apelação. Alega que ao entender que o Município não é responsável pelo custeio do internamento em hospital particular de Gabriel Lourenço de Farias, por ausência de recusa expressa da Central de Leitos, o julgador desconsiderou o fato de ter sido feita solicitação da vaga em caráter de urgência e que não houve resposta imediata. Sustenta que o direito à saúde é garantido constitucionalmente e que a espera de leito público poderia ter gerado a morte do paciente. Afirma que é sabido ser ineficiente o serviço de saúde prestado pelo Município de Dourados.

Às f. 146-53 foram apresentadas contrarrazões ao recurso, pugnando pelo seu não-provimento.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator)

Depreende-se dos autos que a autora pretende que o réu - Município de Dourados- seja responsabilizado pelo pagamento do tratamento de saúde realizado pelo paciente Gabriel Lourenço de Faria, seu marido, em hospital particular, durante todo o período que ficou internado. O julgador *a quo* declarou improcedente o pedido inicial sob o argumento de que não houve negativa expressa quanto a vaga hospitalar requerida; foi a

família que optou por levar o paciente a atendimento particular; a central de vagas ainda estava a procura do leito; mesmo com a concessão da tutela antecipada a família do paciente não o transferiu para a rede pública, sendo que o médico que o atendia não proibiu tal transferência e que somente no dia 08.11.2008 é que o paciente foi encaminhado para o hospital público.

A sentença merece reforma.

A princípio esclareço que em relação a saúde, conforme o Plano Diretor Regional do Estado de Mato Grosso Sul, o Estado é dividido em macro e micro regiões, sendo de responsabilidade do Município de Dourados atender aos pacientes provenientes de diversos municípios, entre eles os do Município de Caarapó, onde residem a requerente e seu marido.

Outrossim, o direito à vida é direito constitucional previsto nos arts. 6º e 196 da CF, extensivo a toda a população - e constitui dever do Município. Tais dispositivos não podem ser entendidos como normas programáticas ou de “mera orientação ao legislador”, sob pena de deixar-se de tutelar bem considerado pela ordem jurídica pátria como de essencial relevância. Desse modo, não possuindo o interessado (trabalhador rural – capataz) condições de arcar com o tratamento, tem de ser ele custeado pelo SUS, não podendo ficar o administrado à espera indefinida de uma vaga em hospital público, até porque a ausência do tratamento colocaria sua vida em risco.

Na hipótese, o paciente, após grave acidente (queda de cavalo), foi conduzido ao Hospital de Caarapó-MS, ocasião em que a família foi informada da necessidade de sua transferência para a cidade de Dourados ou de Campo Grande, locais aptos a tratar dos graves ferimentos que foram constatados (fratura na cabeça..). Após não ser obtida resposta imediata da disponibilidade de vaga no sistema SUS e tendo em vista a urgência no tratamento e a falta de recursos do hospital local, a família do paciente providenciou sua transferência para Hospital particular. Nesse sentido é a declaração do médico que atendeu o paciente na cidade de Caarapó:

Eu, Douglas Juliano e Guimarães, Médico, CRM/MS n. 5.704, declaro para os devidos fins que no dia 23.10.2008, deu entrada neste estabelecimento hospital o Sr. Gabriel Lourenço de Farias, com 25 anos de idade, vítima de queda de cavalo, como se relata a Solicitação de Assistência em Urgência e Emergência Referenciada em anexo, sendo solicitada vaga para a central de regulação estadual, com motivo de encaminhamento TCE MOD./GRAVE (coma – Glasgow 08) + Traumatismo Torácico, não obtendo resposta imediata para o caso, fora informada a família, tendo a mesma optado para levar o paciente para atendimento particular (f. 30).

Pois bem. É fato incontroverso o grave estado de saúde em que se encontrava o paciente, a insuficiência de recursos do hospital local e a ausência de resposta imediata quanto a solicitação de vaga em hospital no SUS, logo, não é aceitável que outra conduta, distinta da transferência imediata do paciente para hospital particular, fosse tomada pela família. Não há como se exigir a conduta esperada pelo julgador *a quo*, qual seja, que fosse aguardada resposta expressa da Central de Vagas e somente após negativa expressa o paciente fosse conduzido a hospital com os recursos necessários ao tratamento. Não se pode admitir que pacientes morram a espera de vagas em hospital público, como noticiado diariamente nos canais de comunicação, sendo de responsabilidade do poder público, quando da inexistência de leitos, encaminhar o paciente a hospital particular apto a tratar-lhe, arcando com as despesas daí provenientes. Assim, sendo o Município responsável por garantir o direito a saúde do paciente, deve arcar com as despesas havidas durante sua internação no Hospital Santa Rita.

O fato da família não ter providenciado a transferência do paciente assim que disponibilizada a vaga no SUS, não afasta o direito postulado na inicial, porquanto, como se observa do documento de f. 60, havia risco de vida, embora que moderado, na transferência, tendo sido providenciado seu encaminhamento para hospital atendido pelo SUS assim que houve melhora em seu quadro de saúde.

A respeito cito julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais

RESSARCIMENTO - INTERNAÇÃO EM HOSPITAL PARTICULAR - AUSÊNCIA DE VAGAS EM HOSPITAIS CONVENIADOS COM O SUS - ATRIBUIÇÃO ADMINISTRATIVA DO MUNICÍPIO - POSSIBILIDADE. - **Na ausência de vagas no Sistema Único de Saúde - SUS - o Município deve custear o tratamento realizado por hospital particular, até o surgimento de VAGA, em vista do caráter relevante do direito constitucionalmente protegido.** (Reexame Necessário n. 1.0261.01.000435-4/001, **Rel. Des. Wander Marotta**, julgado em 29.4.2008, publicado em 5.6.2008) – destaquei

[...] Se é necessário o procedimento cirúrgico e a internação em CTI - e na ausência de vagas no Sistema Único de Saúde - **SUS** - o Estado deve custear o tratamento realizado por hospital particular, até o surgimento de **VAGA**, em vista do caráter relevante do direito constitucionalmente protegido. Se o tratamento não foi fornecido no tempo adequado, vindo o paciente a falecer, a conta do tratamento deve ser custeada pelo Estado. (MS n. 1.0000.06.436720-4/000, **Rel. Des. Wander Marotta**, julgado em 16.8.2006, publicado em 11.10.2006).

[...] Compete ao Município, no âmbito do Sistema Único de Saúde, a execução dos programas e projetos da saúde, assim como atender às situações emergenciais. Rejeitada preliminar, confirma-se a sentença, em reexame necessário. (AC n. 000.279.000-4/00, Comarca de Juiz de Fora, Terceira Câmara Cível, **Rel. Des. Kildare Carvalho**, julgado em 7.11/2002 - v.u).

Com isso, as despesas devidamente comprovadas junto ao Hospital Particular devem ser arcadas pela Municipalidade, sendo que devem serem reembolsadas as já pagas.

Posto isso, conheço do recurso e lhe dou provimento para, reformando a sentença recorrida, julgar procedente o pedido inicial, condenando a Municipalidade ao pagamento integral das despesas provenientes da internação do paciente Gabriel Lourenço de Faria em hospital particular. Valores a serem apurados em liquidação de sentença. O valor já adiantado ao hospital deve ser ressarcido à parte autora, com juros de mora de 1% ao mês desde a citação e correção monetária pelo IGPM/FGV, desde o desembolso. Honorários advocatícios, que arbitro em 10% do valor da condenação, a serem suportados pelo Município.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, UNÂNIME.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

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, 30 de julho de 2009.

Apelação Cível n. 2009.008554-8 - Campo Grande
Quinta Turma Cível
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

E M E N T A – APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – IMPOSIÇÃO DO USO DE VESTES CONTRÁRIA À CONVICÇÃO RELIGIOSA DA APELANTE – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL – VIOLAÇÃO DO ART. 5º, VI, CF/88 – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

O direito de recusar determinadas imposições que contrariam convicções religiosas é assegurado pela Constituição Federal. Impor o uso de calça comprida, sob pena de demissão por justa causa, mostra-se arbitrária e ilegal. Não restou comprovada a existência de risco à saúde da apelante, ao ponto de justificar a exigência do uso de calça no seu ambiente de trabalho.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 30 de julho de 2009.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel

Evanir Abreu de Campos interpõe recurso de apelação contra a sentença que denegou a segurança almejada nos autos do Mandado de Segurança impetrado contra ato do Diretor Geral da Agência Municipal de Prestação de Serviço à Saúde, que impôs a utilização de vestimenta (calça comprida) inapropriada ao seu culto religioso, ferindo frontalmente direito líquido e certo, assegurado por normas constitucionais. Sustenta que a exigência de utilização de calça, pautada na alegada prevenção de risco à saúde, não coaduna com a realidade das funções exercidas pela apelante, ao ponto de justificar trajes específicos, como está sendo exigido. Ao final, requer a reforma da sentença, concedendo-se de forma definitiva à apelante a segurança impetrada, qual seja, vestir-se conforme sua convicção e culto religioso, declarando a ilegalidade do ato coator.

O apelado apresentou contrarrazões às f. 95-98, pugnando pela manutenção da sentença.

O Ministério Público Estadual, por meio da Procuradoria Geral de Justiça, manifestou-se pelo conhecimento e provimento da apelação.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Evanir Abreu de Campos em face da sentença proferida nos autos do Mandado de Segurança impetrado contra ato do Diretor Geral da Agência à Saúde de Campo Grande. Em sua sentença, o juiz da causa negou a segurança ao argumento de que a exigência do uso de calça comprida tem como finalidade preservar a saúde e a vida da apelante, não cabendo a ela, pessoa leiga, questionar tal exigência. Se por um lado a apelante não possui capacidade técnica de avaliar se há ou não a necessidade do uso de calça comprida em suas atividades profissionais, por outro tem assegurada pela CF sua liberdade religiosa, que abrange o modo de vestir-se e demais atitudes praticadas no culto a sua divindade.

Analizando os autos, verifica-se que a apelante vem sofrendo imposição de obrigação, sem previsão legal, sob a ameaça de rescisão contratual por justa causa (f.20), pelo fato de ter se recusado usar calça comprida no ambiente de trabalho devido sua convicção religiosa. Cumpre ressaltar, que a recusa da apelante em usar calça comprida no ambiente de trabalho, não se deu por mero capricho ou por insubordinação infundada, mas, por seu compromisso pessoal com a religião que escolheu praticar. Portanto, ser pressionada a usar vestimenta contrária ao seu culto religioso, agride seu direito fundamental assegurado na Constituição.

Não se pode olvidar que a apelante desempenhou suas funções durante quase 3 anos, sem qualquer imposição de utilização de calça comprida, sendo após esse interregno exigido como equipamento de proteção individual.

Ocorre, que a imposição do uso de calça comprida nas atividades desempenhadas pela apelante, não se mostra imprescindível a sua atividade laborativa, uma vez que não houve mudança no desempenho de suas funções que justificasse tal obrigação, já que durante anos trabalhou vestida de acordo com sua convicção religiosa (saia). Conforme f. 60, as atividades exercidas pela apelante são basicamente visitas elucidativas de cunho preventivo a doenças, que são efetuadas por meio de ações educativas.

Importante observar que a atividade exercida pela apelante não apresenta nenhum tipo de insalubridade que lhe proíba a utilização de saia no serviço. Assim, há de se consignar que ao impor o uso de calça comprida, a apelante tem agredida sua garantia individual de não ter privado seus direitos em razão de sua crença religiosa, ressalte-se que não há obrigação legal específica que lhe obrigue a tal comportamento.

É necessário reconhecer que todas as pessoas têm direitos e liberdades fundamentais inerentes à condição humana e de que toda nação tem a obrigação de respeitar os direitos fundamentais de seus cidadãos.

Diante disso, a imposição do uso de calça comprida no ambiente de trabalho, fundada tão somente no pálido argumento de ser para própria segurança da apelante, fere frontalmente preceitos constitucionais.

Importante frisar também que o modo pelo qual as religiões tradicionais exteriorizam suas crenças necessita da prática de ritos, cerimônias, cultos, manifestações, reuniões, fidelidade aos hábitos, às tradições, seguindo a forma indicada pelo credo escolhido. Note-se que sobre a liberdade religiosa, a Constituição Federal consagra a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, que devem ser interpretadas de forma compatível, de modo a não inviabilizar os direitos e garantias fundamentais que neles se encontram consagrados.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL - Constitucional - Liberdade de crença religiosa - Inciso VI do artigo 5º da. CF/88 - Vestibulandos - Adventistas do 7º dia - Liminar para garantir a participação em concurso público - Provas realizadas em horário especial - Presença dos requisitos constantes no inciso II do artigo 7º da Lei n. 1.533/51 - Concessão de medida liminar - Recurso improvido.” (Recurso em Mandado de Segurança, AC n. 453.324-5/6, voto n. 13.309, SP, 18.4.2006, Rel. Antonio C. Malheiros).

O Ilustre Mestre José Afonso da Silva, *in*, “Comentário Contextual à Constituição”, 4. Ed., Editora Malheiros, São Paulo, 2007, assevera, quanto ao artigo 5º, inciso VI, que: ***“É inviolável a liberdade de [...]” Trata-se de uma regra de garantia. Aí, o artigo “a” tem a função normativa de indicar o sentido universal pretérito do objeto determinado: liberdade. Dá-se como pré-existente o direito à liberdade, como visto ao comentar o texto do caput do artigo. A Constituição reconhece a existência do direito pela declaração de sua inviolabilidade. “Inviolável”, com o artigo definido do seu objeto, aí, é um signo que denota o valor universal absoluto da liberdade de consciência e de crença.”***. E. Agora em comentários ao artigo 5º, inciso VIII, nas páginas 96 e 97 da mesma obra, de forma insofismável, continua o Ilustre Mestre: ***“Da liberdade de consciência, de crença religiosa e de convicção filosófica deriva o direito individual de escusa de consciência, ou seja, o direito de recusar prestar determinadas imposições que contrariem as convicções religiosas ou filosóficas do interessado. É comum que por questões religiosas, especialmente, alguém se recuse a prestar serviço militar ou a prestar reverência à Bandeira Nacional. O inciso em exame, ao garantir que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política”, ressalva, porém, a possibilidade de privação de direitos quando invoque sua crença ou convicção para “eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei” (art. 5, VIII, in fine). Reconhece-se o direito da escusa ou imperativo de consciência, mas a lei pode impor ao escusante prestação alternativa, que, por certo, há de ser compatível com suas convicções. Há, assim, a liberdade de escusa, como um direito individual reconhecido mediante norma de eficácia, contida - contenção, esta, que só se concretiza por meio da referida lei restritiva, que fixe prestação alternativa. “Esta prestação alternativa é que constitui a sanção, constitucionalmente prevista, para a escusa de consciência considerada nesse dispositivo.”*** (os grifos não constam do original).

Como se verifica nos autos, em momento algum foi fixada a apelante o cumprimento de qualquer prestação alternativa, ao revés foi-lhe aplicada advertência por insubordinação (f. 20-21).

Aliás, como bem asseverou o ilustre Procurador-Geral de Justiça, Dr. Olavo Monteiro Mascarenhas, no parecer à f. 132: *“assim, se Administração Pública não propicia meios alternativos, bem como não demonstra que a atividade desempenhada pela apelante não apresenta nenhum tipo de insalubridade que lhe proíba a utilização de saia no serviço, o que por certo caracteriza em tratamento diferenciado, comete perseguição e violam direito líquido e certo da postulante”*.

É direito fundamental de toda pessoa, não ser obrigada a agir contra a própria consciência e contra princípios religiosos. Segue-se daí, não ser lícito obrigar cidadãos a professar ou a rejeitar qualquer religião, ou impedir que alguém entre ou permaneça em com unidade religiosa ou mesmo a abandone.

Diante de todo exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para conceder a ordem postulada, a fim de determinar que o Diretor Geral da Agência Municipal de Prestação de Serviço à Saúde se abstenha de exigir que a apelante use calça comprida para trabalhar, permitindo assim que se vista de acordo com suas convicções religiosas.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

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, 30 de julho de 2009.

Apelação Cível n. 2007.009582-8 - Camapuã
Segunda Turma Cível
Relatora Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE ANULAÇÃO DE COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA E VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO E POR AUSÊNCIA DE VISTA AO MINISTÉRIO PÚBLICO – REJEITADAS – ALIENAÇÃO DE BEM IMÓVEL DE ASCENDENTE A DESCENDENTE POR INTERPOSTA PESSOA – PRESCRIÇÃO RECONHECIDA DE OFÍCIO – RECURSO NÃO PROVIDO.

Não se vislumbra cerceamento de defesa ou violação ao princípio do contraditório a impor nulidade da sentença quando esta não considera os documentos que acompanharam as alegações finais de uma das partes e quando, ademais, tais documentos são mera repetição de outros oportunamente juntados e sobre os quais as partes tiveram amplo conhecimento.

Desnecessária a intervenção do Ministério Público em ação de anulação de ato jurídico havida entre partes capazes, cujo eventual cancelamento de registro imobiliário é mera consequência do pedido principal, não se traduzindo em interesse público.

Prescreve em quatro anos, a contar da abertura da sucessão do vendedor, a ação tendente a anular alienação de bem de ascendente para descendente, sem o consentimento dos demais herdeiros.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, rejeitar as preliminares e, por maioria, vencido o vogal, reconhecer a preliminar de prescrição arguida pela relatora.

Campo Grande, 26 de maio de 2009.

Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges

Jose Luiz Pereira Floriano, inconformado com a sentença prolatada pelo Juiz da 2ª Vara da Comarca de Camapuã, que julgou improcedente o pedido formulado nos autos da ação anulatória de ato jurídico que move contra Claudio Pereira de Souza, Iracília Lima de Souza, Oswaldo Cândido de Rezende, Edir Rezende Barbosa, João Félix Caboclo e Eurides Barbosa Caboclo, recorre a esta Corte.

Alega, em preliminar, nulidade da sentença, por violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, ante a juntada posterior de documento pela parte recorrida sem abertura de vista ao recorrente.

Também sustenta haver nulidade diante da ausência de vista ao Ministério Público.

No mérito, afirma ter demonstrado a ocorrência da simulação, já que a escritura de compra e venda de imóvel pertencente a seu avô, Sebastião Cândido Rezende, não foi por este assinado, tendo dela constado a falsa afirmação de que ele não sabia assinar seu nome, violando-se, assim, o disposto no art. 166 do Código Civil; além disso, teve como intuito a transferência de imóvel a um filho em detrimento do restante da prole.

Pede o provimento do recurso, com declaração de nulidade da transferência de bem imóvel, com inversão dos ônus da sucumbência.

VOTO (EM 19.5.2009)

A Sra. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges (Relatora)

A preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa e violação ao princípio do contraditório não merece prosperar.

Os documentos que acompanharam as alegações finais de José Félix Caboclo são mera repetição de outros juntados com a inicial e a contestação daqueles recorridos e, ademais, sequer foram mencionados na sentença.

Em outras palavras, tais documentos não são novos ou desconhecidos pelas partes, pois tratam de mera repetição de dados constantes em documentos oportunamente trazidos aos autos na fase de instrução probatória.

Assim, não há falar em nulidade, porquanto tais documentos apenas ratificaram o que já fora discutido nos memoriais.

Vale frisar, outrossim, que o contraditório foi devidamente observado em primeiro grau, pois foi oportunizado ao apelante que se manifestasse sobre a impugnação à contestação.

Não existindo nulidade a macular a sentença invectivada, não há como se acolher a alegada violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Nesse sentido, já decidiu o STJ:

[...]

2. Os documentos (fotografias) juntados com as contra-razões ao recurso de apelação não influenciaram no julgamento da causa, na medida em que toda a controvérsia foi decidida, segundo a Corte de origem, mediante análise da perícia técnica realizada. 3. 'Não há falar em violação ao art. 398 do CPC quando a parte não houver sido intimada para se pronunciar sobre documento novo acostado aos autos, se este for desinfluyente para o julgamento da controvérsia, não acarretando prejuízo para os litigantes' (REsp n. 438.188/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 11.12.2006). [...] 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido." (REsp n. 878.472/BA, Primeira Turma, Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 20.3.2007, DJ 19.4.2007, p. 244)

[...] Não há falar-se em afronta ao art. 398 do CPC, sob a alegação de cerceamento de defesa relacionado a documento novo apresentado, quando este não seja relevante ao deslinde da controvérsia. Precedentes. Recurso desprovido. (REsp n. 743.411/AL, Quinta Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, julgado em 4.10.2005, DJ 14.11.2005, p. 398).

EXECUÇÃO. NULIDADE DA SENTENÇA. DOCUMENTO EXIBIDO E SEM AUDIÊNCIA DA PARTE CONTRÁRIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. PRESCRIÇÃO. 1. Não se reconhece a nulidade arguida, se a juntada do documento nenhum gravame acarretou ao litigante. [...] Recurso especial não conhecido. (REsp n. 34.152/MG, Quarta Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, julgado em 20.10.1993, DJ 6.12.1993, p. 26667).

A preliminar de nulidade de sentença por ausência de intervenção do Ministério Público tampouco merece guarida.

A presente ação tem por escopo a anulação de compra e venda de imóvel rural, por supostos vícios insanáveis no momento da celebração do negócio. A eventual nulidade da escritura de compra e venda é mera consequência desse pedido, não se vislumbrando, neste caso, o interesse público que justifique a intervenção do *Parquet* Estadual.

Nesse sentido, encontra-se a jurisprudência do STJ, citada por Theotonio Negrão e Nelson Nery Júnior em comentários ao art. 82 do CPC, *in verbis*:

Também é desnecessária: [...] - na ação anulatória de ato jurídico, de que o cancelamento do registro imobiliário seja mera consequência (STJ-Quarta Turma, REsp n. 12.661-SP, Rel. Min. César Rocha, julgado em 20.5.1997, não conheceram, v.u.DJU 4.8.97, p. 34.774). (Theotonio Negrão – 32ª Edição, p. 188)

Anulação de venda de imóvel. Desnecessidade. Não é obrigatória a intervenção do MP nas ações que visam anulação de negócio jurídico, porquanto o eventual cancelamento do registro é mera decorrência da desconstituição do contrato de compra e venda (RSTJ 50/48). (Nelson Nery Júnior – 6ª Edição – p. 403-4).

O seguinte julgado sintetiza hipótese idêntica ao do caso em comento, em que as partes são capazes, não necessitando da intervenção do Representante Ministerial como *custus legis*:

AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO. PARTES CAPAZES E PRESENTES. PRESENÇA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DESNECESSIDADE. O Parquet não oficia em ação de anulação de negócio jurídico envolvendo partes que tenham plena capacidade e estejam presentes, tal como na espécie. Não é necessária a intervenção do Ministério Público quando o cancelamento do registro imobiliário apresenta-se não como pedido principal, mas como mera e inafastável decorrência da anulação do contrato de compra e venda. [...] Recurso não conhecido. (REsp n. 12.661/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 20.5.1997, DJ 4.8.1997, p. 34774).

No mesmo sentido, este Tribunal já se pronunciou:

APELAÇÃO CÍVEL – ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO – REGISTRO DE IMÓVEL – ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA – AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – DESNECESSIDADE – PRELIMINAR AFASTADA – DOLO, CONLUIO E FRAUDE – NÃO COMPROVADOS – RECURSO IMPROVIDO.

Se, embora nominando a ação de anulatória de registro de imóvel, na verdade, o que se busca é a anulação da escritura pública de compra e venda, o cancelamento do seu registro é mera consequência. Assim sendo, é desnecessária a intervenção do Ministério Público.

Não resta caracterizada a hipótese de dolo, conluio ou fraude se a compra e venda do imóvel foi feita por instrumento particular não levado a registro e o comprador, casado com separação de bens, mesmo sem a outorga uxória, autoriza os vendedores a outorgar a escritura pública de compra e venda do mesmo imóvel, a terceiro de boa-fé, que procede ao registro imobiliário. (AC Ordinário n. 1000.070042-9/0000-00, Campo Grande, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, julgado em 10.11.2003, Votação unânime).

Desse modo, rejeito a preliminar supramencionada.

Trata-se de pedido de declaração de nulidade de compra e venda de bem imóvel, fundada em alegação de vício formal na celebração do ato e simulação, já que o imóvel teria sido transferido a descendente, por meio de interposta pessoa, em prejuízo dos demais herdeiros.

Valendo-me do disposto no §5º do art. 219 do CPC, pronuncio, de ofício a prescrição.

A situação em comento não se confunde com a hipótese de venda direta de ascendente a descendente, que, na vigência do Código Civil anterior era ato nulo (art. 1.132 do Código Civil/1916) e, na vigência do atual Código Civil, é ato anulável (art. 496, “*caput*”, do CPC). No presente caso a ação é fundada em suposta simulação de venda por interposta pessoa, aplicando-se, pois, o prazo prescricional do art. 178, § 9º, inciso V, alínea “b”, do Código Civil/1916, vigente na época dos fatos descritos na inicial, e que previa expressamente ser de quatro anos o prazo para ajuizamento de “*ação de anular ou rescindir os contratos, para a qual não se tenha estabelecido menor prazo; contado este: [...] b) no de erro, dolo, simulação ou fraude, do dia em que se realizar o ato ou o contrato*”.

É pacífico na jurisprudência do STJ o entendimento de que a venda de ascendente a descendente, por interposta pessoa, deve ser atacada por meio de ação no prazo de quatro anos, contados da abertura da sucessão do alienante, como se extrai dos seguintes julgados:

CIVIL. PRESCRIÇÃO. VENDA DE ASCENDENTE A DESCENDENTE, POR INTERPOSTA PESSOA. A venda de ascendente a descendente, por interposta pessoa, pode ser atacada por meio de ação no prazo de quatro anos, contados da abertura da sucessão do alienante. Recurso especial não conhecido. (REsp n. 226.780/MG, Terceira Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, Julgado em 6.6.2002, DJ 2.9.2002, p. 182).

VENDA DE ASCENDENTE PARA DESCENDENTE. PRESCRIÇÃO. A alienação de bem de ascendente para descendente, sem o consentimento dos demais, através de interposta pessoa, prescreve em quatro anos, a contar da abertura da sucessão do vendedor. Art. 178, Parágrafo 9º, V, b, do CC. Recurso conhecido e provido. (REsp n. 86.489/ES, Quarta Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 24.6.1996, DJ 26.8.1996, p. 29693).

Segundo consta do documento de f. 28, Sebastião Cândido Rezende faleceu em **30.6.1984**. Assim, nos termos dos arts. 1.572 c/c 1.574 do Código Civil/1916, na referida data ocorreu a abertura da sucessão, mesma ocasião em que passou a correr o prazo prescricional de quatro anos para ajuizamento de ação visando a anular a venda supostamente simulada.

O pai do autor da demanda (e filho do alienante Sebastião), José Cândido Floriano, faleceu em 12.3.1985 (f. 20), de modo que, a partir daí, o prazo prescricional já iniciado continuaria a correr contra seus herdeiros.

Todavia, sabendo-se que, naquela época, o autor da demanda era menor incapaz, tem-se que o prazo prescricional ficou suspenso até a data em que atingiu 16 (dezesseis) anos (quando se tornou relativamente incapaz), ou, seja, até 2.5.1998.

Desse modo, a contagem do prazo prescricional iniciou-se em 30.6.1984, suspendendo-se de 12.3.1985 a 2.5.1998 e encerrando-se, por conseguinte, em 21.10.2001.

Ora, a presente ação foi ajuizada em 19.1.2004, portanto, quase três anos após o decurso do prazo prescricional para eventual discussão acerca da anulabilidade de compra e venda de bem imóvel.

Assim, tem-se que o presente recurso é manifestamente inadmissível.

Ad argumentandum, ainda que não se tivesse operado a prescrição, melhor sorte não assistiria ao apelante, pois não comprovou os fatos alegados, quando tal ônus lhe competia.

O apelante afirmou na inicial que na época da celebração do ato, seu avô, Sebastião Cândido de Rezende, encontrava-se “*bastante doente e já sem condições de discernir e expressar a sua vontade*” e que “*um de seus filhos, o requerido Osvaldo Cândido de Rezende visando transferir a referida porção de terras exclusivamente para o seu nome, em detrimento dos demais herdeiros, simulou uma venda do já mencionado imóvel para Cláudio Pereira de Souza e sua mulher*” (f. 3.4).

Todavia, não há qualquer elemento nos autos que convença este juízo a afirmar que o então transmitente do imóvel se encontrava mentalmente incapaz para a celebração do ato.

Com efeito, não existem atestados ou laudos médicos que demonstrem que o falecido Sebastião foi acometido de transtorno ou doença mental, ainda que momentânea, na época da celebração do negócio; ademais, as testemunhas ouvidas em juízo tampouco souberam informar as condições em que aquele se encontrava naquele momento, não sabendo afirmar tampouco qual foi a causa de sua morte.

Cumprе ressaltar que o fato de o outorgante não se encontrar em condições físicas de assinar aquela escritura não é por si só suficiente para se presumir que estava acometido de incapacidade mental.

Não há prova de interdição ou de prejuízo à capacidade mental do outorgante no momento da alienação de seu bem imóvel. Assim, diante da ausência de qualquer prova que afaste a presunção de veracidade daquela escritura pública de compra e venda, não há como se acolher a tese de existência de vício na realização do negócio, sob pena de violação ao disposto no art. 364 do CPC, *in verbis*: “Art. 364. O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença.”

Acerca da presunção de veracidade do documento público revestido das formalidades legais, é pacífico o entendimento do STJ:

[...] O documento público faz prova até prova em contrário. Recurso conhecido e provido para excluir da liquidação as parcelas constantes da planilha, apresentada pelo INSS e não impugnada eficazmente pela parte ex-adversa, prosseguindo a execução por eventual saldo remanescente. Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 436.555/CE, Quinta Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, julgado em 15.8.2002, DJ 9.9.2002, p. 243)

[...] DOCUMENTO PÚBLICO – PRESUNÇÃO DE LISURA E VERACIDADE – POSSIBILIDADE DE DEMONSTRAÇÃO EM PROCESSO ORDINÁRIO. I - *Simples alegação, despida de prova cabal, não pode afastar a presunção juris tantum de lisura e veracidade que reveste os documentos públicos, nem justifica se conceda Mandado de Segurança. Ao impetrante reserva-se a oportunidade de, em processo ordinário, provar suas alegações.* (RMS n. 13.602/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 28.5.2002, DJ 12.8.2002, p. 165).

Desse modo, alegação de existência de vício de vontade na realização da compra e venda descrita na inicial não poderia ser acolhida.

Quanto à alegação de simulação supostamente havida entre o falecido Sebastião e seu filho Osvaldo, melhor sorte não assistiria ao recorrente, já que não comprovou a ausência de pagamento realizado pelo recorrido, tampouco demonstrou que a alienação de bens ocorreu contra a vontade dos demais herdeiros de Sebastião.

Mesmo tendo os recorridos Cláudio Pereira de Souza e Iracídia Neves Lima afirmado que simplesmente se limitaram a assinar as escrituras públicas de compra e venda referentes ao imóvel descrito na inicial, não há qualquer prova de que os herdeiros de Sebastião não concordaram com o negócio.

De fato, referidos herdeiros não se insurgiram contra o negócio, o que leva à presunção de que foi realizado com a anuência daqueles.

Nesse sentido, já decidiu o STJ:

[...] VENDA DE BEM ENTRE ASCENDENTE E DESCENDENTE SEM ASSENTIMENTO DOS DEMAIS HERDEIROS - MATERIA DE PROVA. I - A vedação legal da venda de bens entre ascendente e descendente, segundo a jurisprudência, tem por objetivo evitar que, sob a aparência de venda, se dissimulem doações prejudiciais aos outros descendentes; mas não se pode aduzir que a anulabilidade da venda esteja condicionada à prova da simulação. A condição única e suficiente é que a venda tenha sido feita sem o assentimento dos demais descendentes. Inteligência do art. 1.132 do Código Civil. II - Recurso conhecido e provido. (REsp n. 84.724/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter, J.25.11.1996, DJ 17.3.1997, p. 7498).

Ao que tudo indica, o negócio foi realizado com a anuência dos herdeiros de Sebastião Cândido Rezende que, após a execução de dívida contra Oswaldo Cândido de Rezende em que houve a arrematação do imóvel em questão, ajuizaram a presente demanda com o intuito de reavê-lo, o que se vislumbra manifestamente inadmissível. Nesse ponto, faço minhas as palavras da juíza de primeira instância (f. 272-273):

[...] a boa fé dos adquirentes em hasta pública está presente, devendo ser preservada, até porque quem adquire imóvel em hasta pública o faz consciente de que o imóvel é livre de ônus. No caso dos autores, somado a esta presunção, permaneceram por seis anos com o imóvel sem contestação, sendo que somente em 2004 o autor ingressou com esta ação, não obstante tenha completado 18 anos em 2000.

Cumprir observar, ainda, que eventual prejuízo ao autor ocorreu somente em relação à parte não disponível da herança e que a anulação do negócio com retorno ao estado anterior traria prejuízos muito maiores aos assistentes litisconsorciais, que efetivaram a compra em hasta pública agindo de boa-fé, o que entendo não estar ocorrendo por parte do autor e dos réus.[...]

Em síntese, ainda que fosse o caso de adentrarmos o mérito da demanda – o que não é o caso, diante da ocorrência da prescrição –, a pretensão recursal seria manifestamente improcedente, uma vez que a decisão recorrida encontra-se em perfeita consonância com entendimento do STJ:

CIVIL. SUCESSÃO HEREDITÁRIA. ALIENAÇÃO DE ASCENDENTE A DESCENDENTES. VENDA POSTERIOR A TERCEIROS. AÇÃO DE DECLARAÇÃO DE NULIDADE DAS ESCRITURAS. CC, ART. 1.132. AQUISIÇÃO DE BOA-FÉ. ATO ANULÁVEL. PROVA DE VENDA EFETUADA POR VALOR INFERIOR AO DOS BENS. AUSÊNCIA.

I. A venda por ascendente aos filhos depende do consentimento de todos os descendentes, nos termos do art. 1.132 do Código Civil, sendo desinfluyente o fato de o reconhecimento e registro daqueles concebidos fora da relação matrimonial, mas em sua constância, ter ocorrido após a alienação dos imóveis, porquanto se a existência de irmãos era desconhecida dos filhos legítimos, o mesmo não acontecia em relação ao genitor, na hipótese.

II. Inobstante farta discussão doutrinária e jurisprudencial, adota-se a corrente que entende cuidar-se de ato anulável, de sorte que o seu desfazimento depende da prova de que a venda se fez por preço inferior ao valor real dos bens, para fins de caracterização da simulação, circunstância sequer aventada no caso dos autos, pelo que é de se ter como hígida a avença.

III. Impossibilidade, de outro lado, e independentemente disso, de se atingir as alienações ulteriores a terceiros de boa-fé, mormente quando concluído nos autos que os descendentes que lhes venderam parte dos imóveis não sabiam, à época, da existência de irmãos concebidos de vínculo extraconjugal. IV. Recurso especial não conhecido. (REsp n. 74.135/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 07.11.2000, DJ 11.12.2000 p. 205) (destacou-se)

Com efeito, ainda que se reconhecesse a ocorrência da simulação, a condenação deveria ser convertida em indenização, a ser paga pelos recorridos em favor do recorrente, no valor correspondente a fração ideal a que teria direito sobre o imóvel, diante da impossibilidade de anulação da hasta pública que conferiu integralmente a propriedade do bem a terceiros de boa-fé.

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (Revisor)

De acordo com a relatora.

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM AS PRELIMINARES. ANTES DE ADENTRAR AO MÉRITO, A RELATORA ARGUIU PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO, ACOLHENDO-A, NO QUE FOI ACOMPANHADA PELO REVISOR. A CONCLUSÃO DO JULGAMENTO FOI ADIADA, EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO VOGAL.

VOTO (EM 26.5.2009)

O Sr. Des. Hildebrando Coelho Neto (Vogal)

De início, vale elucidar que o ponto da controvérsia motivadora deste pedido de vista restringe-se à ocorrência ou não de prescrição.

Peço vênia à ilustre relatora para dela discordar. Voto pela rejeição da prescrição, no que alinho os seguintes fundamentos:

Nota-se que, com fulcro na recente alteração contida no artigo 219, § 5º, do Código de Processo Civil, foi pronunciada, de ofício, a prescrição.

O voto da ilustre relatora, no que tange ao acolhimento da prescrição, pautou-se na distinção entre venda de ascendente a descendente de forma direta e na venda por interposta pessoa, aduzindo que neste último caso o prazo seria de quatro anos nos termos do artigo 178, § 9º, inciso V, alínea b, do Código Civil de 1916.

Pois bem, em que pese a divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, alinho-me ao entendimento segundo o qual o lapso temporal para incidência da prescrição é vintenário, o que faço com fulcro no enunciado n. 494 da súmula de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Confira-se:

A AÇÃO PARA ANULAR VENDA DE ASCENDENTE A DESCENDENTE,
SEM CONSENTIMENTO DOS DE MAIS, PRESCREVE EM VINTE ANOS, CONTADOS
DA DATA DO ATO, REVOGADA A SÚMULA 152.

Observa-se que referido enunciado não faz qualquer distinção quanto à venda direta ou por interposta pessoa, aduzindo, tão-somente, ser de 20 (vinte) anos o prazo prescricional para as demandas que buscam desconstituir os negócios jurídicos atingidos pelo vício da venda de ascendente a descendente.

Assim, o prazo prescricional sumulado deve ser o observado, inclusive, nos casos em que é aduzida simulação, visto que a participação de interposta pessoa, por si só, não faz incidir a prescrição de quatro anos prevista no artigo 178 do Código Civil de 1916.

Nesse diapasão, citado por Roberto Rosas, o Ministro Orosimbo Nonato, em lição pinacular, elucida:

O fundamento de ineficácia do contrato não é, no caso, a simulação, mas a ofensa da lei, que veda, sem exceções, a venda de ascendente ao descendente, sem anuência expressa dos outros descendentes (Direito XXX/280).

E o próprio Roberto Rosas, especialmente ao tratar da aplicabilidade do prazo de quatro anos previsto no artigo 178, do Código Civil de 1916, assevera que *“Para os defensores desta corrente, a nulidade da venda dos ascendentes aos descendentes, sem a anuência dos decorria da falta de consentimento expresso dos demais descendentes e é absoluta, não podendo, desta maneira, entrar nos termos do § 9º, n.V, do artigo 178, que somente se refere aos atos relativamente nulos.”* (Direito Sumular, Ed. RT, p.223).

No mesmo sentido assentou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Confira-se:

Venda de ascendente a descendente (C. Civ., art. 1132). É ela nula, não simplesmente anulável. Precedentes do STF: RE 59.417, 76.054 e 79.109. Recurso extraordinário não conhecido.

A ele outros se seguiram sempre no mesmo rumo (R.E. N 88.120, RTJ 85/338. (Supremo Tribunal Federal, Revista Trimestral de jurisprudência, Volume 90, p. 702)

Venda de ascendente a descendente, por interposta pessoa; anulação. Improcedência da arguição de prescrição. Aplicação da súmula 494. Alegação de negativa de vigência do art. 88 do C. Pr. Civ., de 1939; matéria não prequestionada. Recurso não conhecido. (Supremo Tribunal Federal, Revista Trimestral de jurisprudência, Volume 73, p. 132)

Diante do exposto, pedindo vênia aos que pensam em sentido contrário, afasto a prejudicial de prescrição.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, REJEITARAM AS PRELIMINARES E, POR MAIORIA, VENCIDO O VOGAL, RECONHECERAM A PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO ARGUIDA PELA RELATORA.

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

Relatora, a Exma. Sra. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Tânia Garcia de Freitas Borges, Julizar Barbosa Trindade e Hildebrando Coelho Neto.

Campo Grande, 26 de maio de 2009.

Mandado de Segurança n. 2009.009963-3 - Iguatemi
Segunda Seção Cível
Relatora Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges

E M E N T A – MANDADO DE SEGURANÇA – SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA – DECISÃO QUE SUSPENDE O AVERBAMENTO ATÉ RESOLUÇÃO PELAS VIAS ORDINÁRIAS – ILEGALIDADE – PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PELO IMPETRANTE – EXPRESSA DECLARAÇÃO DE RECONHECIMENTO DE LIMITE PELO CONFINANTE – ARREPENDIMENTO INOPORTUNO – A DEMONSTRAÇÃO DE VÍCIO DO CONSENTIMENTO DEVE SER REALIZADA PELAS VIAS APROPRIADAS – IMPUGNAÇÃO INDEVIDA – ORDEM CONCEDIDA.

É ilegal a decisão que suspende a averbação do georreferenciamento quando, para tanto, o impetrante apresentou devidamente toda a documentação exigida pela legislação atinente à matéria, mormente a Lei n. 6.015/73 e o Decreto n. 4.449/02.

Se o confinante se arrependeu da expressa declaração de reconhecimento de limite que ofertou, deve se utilizar de meios próprios para demonstrar o vício de consentimento do ato jurídico perfeito e acabado que praticou, sendo inoportuna a apresentação de impugnação ao requerimento junto ao Ofício de Registros Públicos.

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 contra o parecer, conceder a segurança.

Campo Grande, 14 de setembro de 2009.

Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges

Mauro Silva Marçal impetra o presente mandado de segurança contra ato praticado pelo Juiz de Direito da Vara Única e Corregedor da Comarca de Iguatemi-MS, consubstanciado na determinação da suspensão da averbação do georreferenciamento de sua propriedade, mesmo após preencher todos os requisitos para tanto.

Aduz, em síntese, que apresentou junto ao 2º Ofício do Registro de Imóveis, Protesto de Títulos Cambiais, Registros de Títulos e Documentos e Registros das Pessoas Jurídicas da Comarca de Iguatemi, toda a documentação exigida pela Lei n. 10.267/01, alterada pela Lei n. 10.931/04 e pelo Decreto n. 4.449/02, visando a averbação do georreferenciamento de sua propriedade rural, registrada naquele Cartório sob a matrícula n. 1.956.

Alega que o Sr. João Carlos Di Genio, após ofertar anuência expressa aos limites da propriedade do impetrante, de acordo com a declaração de reconhecimento de limite realizada pela empresa Toposat, impugnou administrativamente o pedido de averbação, razão pela qual a Oficiala titular do referido Cartório suscitou dúvida junto ao Juiz Corregedor da Comarca, que, por sua vez, remeteu os autos ao Ministério Público.

Afirma que apesar do parecer Ministerial ter opinado pelo processamento regular do requerimento, a autoridade impetrada determinou que não seja realizada a averbação até a questão ser resolvida pelas vias ordinárias, que deverão ser buscadas pelo interessado.

O Impetrante entende que preencheu todos os requisitos exigidos pela Lei, inclusive a anuência dos proprietários das linhas confrontantes, sendo que a decisão do impetrado afronta seu direito líquido e certo de averbar o georreferenciamento de sua propriedade.

Pugnou pela concessão da medida liminar, para o fim de determinar a averbação do georreferenciamento na matrícula de sua propriedade rural – Fazenda Santa Fé, junto ao 2º Ofício de Iguatemi. Por fim, requereu a concessão da segurança, reconhecendo em definitivo a ilegalidade do ato praticado pela autoridade impetrada.

A liminar foi indeferida às fls. 89-91, ante a ausência de *periculum in mora*.

As informações foram prestadas às fls. 94-95, onde a autoridade impetrada se limitou a explicar os pontos controvertidos da Suspensão de Dúvida n. 035.08.100282-8.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem, por inexistir ilegalidade a ser sanada no ato judicial impugnado.

VOTO

A Sra. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges (Relatora)

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado por Mauro Silva Marçal, contra ato praticado pelo Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Iguatemi, consistente em suspender a averbação do georreferenciamento de sua propriedade, mesmo após preencher todos os requisitos para tanto.

Tenho que o ponto nodal destes autos consiste em saber se a determinação de suspensão levada a efeito pelo Magistrado impetrado é legal, ante o fato do impetrante ter cumprido todas as exigências para efetivação da pretendida averbação.

Inicialmente, vejamos o que dispõe a Lei n. 6.015/73, com as devidas alterações pelas Leis n. 10.267/01 e n. 10.931/04:

Art. 213. O oficial retificará o registro ou a averbação:

I - de ofício ou a requerimento do interessado nos casos de:

retificação que vise a indicação de rumos, ângulos de deflexão ou inserção de coordenadas georeferenciadas, em que não haja alteração das medidas perimetrais;

[...]

II - a requerimento do interessado, no caso de inserção ou alteração de medida perimetral de que resulte, ou não, alteração de área, instruído com planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no competente Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura - CREA, bem assim pelos confrontantes.

§ 1º Uma vez atendidos os requisitos de que trata o caput do art. 225, o oficial averbará a retificação.

§ 2º Se a planta não contiver a assinatura de algum confrontante, este será notificado pelo Oficial de Registro de Imóveis competente, a requerimento do interessado, para se manifestar em quinze dias, promovendo-se a notificação pessoalmente ou pelo correio, com aviso de recebimento, ou, ainda, por solicitação do Oficial de Registro de Imóveis, pelo Oficial de Registro de Títulos e Documentos da comarca da situação do imóvel ou do domicílio de quem deva recebê-la.

[...]

Art. 225 - Os tabeliães, escrivães e juizes farão com que, nas escrituras e nos autos judiciais, as partes indiquem, com precisão, os característicos, as confrontações e as localizações dos imóveis, mencionando os nomes dos confrontantes e, ainda, quando se tratar só de terreno, se esse fica do lado par ou do lado ímpar do logradouro, em que quadra e a que distância métrica da edificação ou da esquina mais próxima, exigindo dos interessados certidão do registro imobiliário.

[...]

§ 3º Nos autos judiciais que versem sobre imóveis rurais, a localização, os limites e as confrontações serão obtidos a partir de memorial descritivo assinado por profissional habilitado e com a devida Anotação de Responsabilidade Técnica – ART, contendo as coordenadas dos vértices definidores dos limites dos imóveis rurais, geo-referenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro e com precisão posicional a ser fixada pelo INCRA, garantida a isenção de custos financeiros aos proprietários de imóveis rurais cuja somatória da área não exceda a quatro módulos fiscais.

Nesse passo, a lei atinente à matéria em discussão determina que, cumpridas as exigências, dentre elas a assinatura de concordância dos confrontantes – art. 9º, § 6º do Decreto n. 4.449/02 –, o oficial deverá averbar a retificação.

No caso em apreço, verifica-se com a documentação acostada à inicial que o impetrante cumpriu todas as exigências estabelecidas na legislação para averbar o georreferenciamento de seu imóvel, mormente a declaração de reconhecimento de limite assinada pelos confinantes.

A manifestação de vontade, declarada expressamente pelo Sr. João Carlos Di Genio, constitui-se um ato jurídico perfeito, não podendo arrepender-se e voltar atrás quando bem entender, tendo em vista os efeitos produzidos no mundo jurídico. Acaso haja algum vício de consentimento na declaração ofertada, existem meios próprios para discuti-lo que não o procedimento administrativo instaurado junto ao cartório, por não ser mais o momento oportuno para tanto.

Na lição de Caio Mário da Silva Pereira, *in verbis*:

Os negócios jurídicos são, portanto, declarações de vontade destinadas à produção de efeitos jurídicos queridos pelo agente; os atos jurídicos “*stricto sensu*” são manifestações de vontade, obedientes à lei, porém geradoras de efeitos que nascem da própria lei. Dentre os atos lícitos estão os atos que não são negócios jurídicos, bem como os negócios jurídicos. Todos, porém, compreendidos na categoria mais ampla de “atos lícitos”, que se distinguem, na sua etiologia e nos seus efeitos, dos “atos ilícitos.”

Aos atos jurídicos que não sejam negócios jurídicos (atos jurídicos lícitos ou atos jurídicos *stricto sensu*), é aplicável, no que couber, o disposto acerca dos negócios jurídicos (Código Civil, art. 185; Código Civil português, art. 295). Havendo o Código perfilhado a noção de negócio jurídico, considerou desnecessário repetir os mesmos conselhos em relação aos atos jurídicos que não constituam negócios jurídicos. Vale dizer: por extensão analógica, os requisitos de validade, as modalidades, os defeitos e a teoria das nulidades, construídas em torno do negócio jurídico, aplicam-se aos atos jurídicos em geral.¹

Nesse passo, vejamos o que dispõe o Diploma Processual Civil:

TÍTULO II

Dos Atos Jurídicos Lícitos

Art. 185. Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior.

[...]

TÍTULO I

Do Negócio Jurídico

[...]

Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

[...]

Art. 110. A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento.

Assim, a expressa manifestação de vontade levada a efeito pelo confrontante possui presunção de validade, o que só pode ser desconstituído por vias próprias - ordinárias, previstas no ordenamento vigente, visando a demonstração de vício do consentimento ofertado.

De outro vértice, no que tange ao procedimento administrativo a ser observado para a averbação do georreferenciamento do impetrante, este foi devidamente realizado, com o cumprimento de todas as exigências previstas pela legislação atinente à matéria.

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20. ed. Forense: Rio de Janeiro. 2004. p. 476. v. 1.

Com a impugnação apresentada pelo Sr. João Carlos di Gênio, a oficiala procedeu adequadamente ao remeter a Suspensão de Dúvida ao Diretor do Foro de Iguatemi, contudo, este cometeu uma ilegalidade ao impedir a averbação *“até que a questão seja resolvida pela via adequada.”*

Isto porque o impetrante possui o direito líquido e certo de ter averbado o georreferenciamento de seu imóvel rural, eis que cumpriu o disposto nas leis regentes, inclusive obteve a declaração de reconhecimento de limite pelo Sr. João Carlos, não havendo impedimento legal para o registro, a fim de fundamentar a decisão judicial, pelo contrário, o art. 213, II, § 1º, da Lei n. 6.015/73 estabelece que *“uma vez atendidos os requisitos de que trata o caput do art. 225, o oficial averbará a retificação”*.

Deve-se ressaltar que o Ministério Público exarou parecer às f. 30-31 dos autos da Suspensão de Dúvida (f. 49-50), opinando pelo processamento da retificação solicitada pelo ora impetrante, ante o cumprimento de todas as exigências legais, inclusive a anuência expressa do Sr. João Carlos, que possui valor inegável.

Este Tribunal já se manifestou nesse sentido:

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA – PEDIDO DE AVERBAÇÃO DE GEORREFERENCIAMENTO – ARTIGO 213 DA LRP – AUSÊNCIA DE OPOSIÇÃO DOS CONFRONTANTES – COM O PARECER – RECURSO PROVIDO.

Ainda que o pedido de averbação do georreferenciamento implique aumento da área, desde que inexistir oposição de terceiros interessados, a jurisprudência é pacífica no sentido de admitir a possibilidade de alteração do registro por meio do procedimento previsto no artigo 213 da Lei de Registros Públicos, sendo desnecessária a remessa às vias ordinárias. (AC n. 2007.025676-3, Terceira Turma Cível, Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, julgado em 28.1.2008).

Apesar do parecer conferido pela d. Procuradoria de Justiça, o reconhecimento de limite não se refere apenas às terras do impugnante, mas sim aos limites entre sua fazenda e a do impetrante.

Acaso haja uma causa superveniente que possa interferir na vontade do confrontante que concedeu sua anuência expressa, sua pretensão deve ser discutida pelas vias ordinárias, mas até então, não possui o condão de afastar um ato jurídico perfeitamente acabado, com capacidade a gerar os efeitos legalmente previstos.

O Judiciário pode e deve exercer o controle de seus atos, quando eivados de nulidade ou ilegalidade, utilizando-se o mandado de segurança contra atos judiciais *“aos casos em que os remédios processuais próprios não sejam de molde a assegurar o direito do demandante”*².

Com a costumeira precisão, assim leciona Hely Lopes Meirelles, pacificando a questão: *“Atualmente é pacífico o entendimento de que os atos judiciais – acórdão, sentença ou despacho – configuram atos de autoridade, passíveis de mandado de segurança, desde que ofensivos de direito líquido e certo do impetrante[...]*”³

Dessa forma, verificado o vício do ato judicial tido como ato coator, mormente diante da natureza híbrida da Suspensão de Dúvida, que se constitui um procedimento administrativo-judicial, necessária se faz a concessão da ordem.

2 BASTOS, Celso. **Do mandado de segurança**. São Paulo: Saraiva 1982, p. 51.

3 MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança**. 26. ed. São Paulo: Melhoramentos, 2003. p. 34.

Ante o exposto, verificando que o impetrante possui direito líquido e certo a proceder a averbação de seu imóvel, por ter apresentado a documentação necessária para tanto, concedo a ordem pretendida, para reconhecer a ilegalidade do ato impugnado e determinar ao 2º Ofício do Registro de Imóveis da Comarca de Iguatemi que proceda a averbação do georreferenciamento da matrícula da Fazenda Santa Fé.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE E CONTRA O PARECER, CONCEDERAM A SEGURANÇA.

Presidência da Exma. Sra. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Relatora, a Exma. Sra. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Tânia Garcia de Freitas Borges, Dorival Renato Pavan, Oswaldo Rodrigues de Melo, Joenildo de Sousa Chaves e Ildeu de Souza Campos.

Campo Grande, 14 de setembro de 2009.

Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 2009.015821-2/0001-00
Capital - Segunda Seção Cível
Relatora Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges

E M E N T A – AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – PROVA DE TÍTULOS – DIPLOMA IGNORADO – LIMINAR CONCEDIDA – VIOLAÇÃO AOS ARTS. 1º DA LEI N. 9.494/97, 5º, PARÁGRAFO ÚNICO, E 7º DA LEI 4.348/64, 1º, 3º e 4º DA LEI N. 8.437/92 – NÃO CARACTERIZADA – REGIMENTAL QUE NÃO TROUXE ARGUMENTO CAPAZ DE MODIFICAR A DECISÃO MONOCRÁTICA – RECURSO NÃO PROVIDO.

O caso em debate não se trata de reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagem a funcionário público, o que afasta a aplicação da Lei n. 4.348/64, tampouco há falar em esgotamento do objeto do *mandamus*, pois a possibilidade de suspensão do ato impugnado é inerente à natureza do remédio constitucional, visando a assegurar-lhe a eficácia, nos moldes do art. 7º, II, da Lei n. 1.533/51, motivo pelo qual é igualmente inaplicável a Lei n. 8.437/92.

Deixando o agravante de trazer argumentos elucidativos, que levem a refazer o juízo de cognição proferido monocraticamente, a decisão combatida deve permanecer inalterada.

Recurso improvido.

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, negar provimento ao regimental. Ausente, justificadamente, o 3º vogal.

Campo Grande, 13 de agosto de 2009.

Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges – Relatora

RELATÓRIO

A Sr^a. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges

Estado de Mato Grosso do Sul, inconformado com a decisão monocrática proferida nos autos do Mandado de Segurança impetrado por Amylcar Eduardo Paracatu Romero, que concedeu a liminar pleiteada, interpõe o presente **regimental**.

Aduz que a decisão agravada não merece prosperar em razão de não ser cabível medida liminar que esgote o objeto da ação, assim como que o art. 1º da Lei n. 9.494/97 veda a concessão de liminar em desfavor da Fazenda Pública, igualmente a Lei n. 8.437/92.

Afirma, ainda, que a Lei n. 4.348/64 impede a concessão de liminar em desfavor da Fazenda Pública em mandado de segurança impetrado por servidor público, sendo inaplicável, *in casu*, o art. 273 do CPC, postulando pela revogação/cassação da medida liminar deferida, nos termos do art. 1º, § 3º, da Lei n. 8.437/92.

Por fim, requereu a reconsideração da decisão agravada, ou, em caso negativo, que o presente recurso seja submetido à apreciação do órgão colegiado.

Mantenho a decisão agravada.

VOTO

A Sr^a. Des^a. Tânia Garcia de Freitas Borges (Relatora)

O presente recurso não merece provimento.

A decisão agravada restou assim pronunciada:

Com efeito, verifico que os pressupostos a que se refere o art. 273 do Estatuto Processual Civil encontram-se em evidência, autorizando a concessão da liminar ora reclamada.

Verifico que o impetrante comprovou que o Edital n.º 1/2008 SAD/ESCOLAGOV/PCMS previa que na 2ª fase do certame em questão poderia ser apresentado como título Diploma, devidamente registrado, de curso de pós-graduação em nível de especialização na área de Polícia Judiciária e/ou de Direito, com carga horária de 360 horas/aula, ao qual seria atribuída a pontuação unitária de “3,5” (fls. 36).

De igual forma, às fls. 22-28, demonstrou ter apresentado tempestivamente comprovante de conclusão de Curso de Pós-Graduação “Lato Sensu” em ciências criminais, realizado no período de 8.4.2005 a 11.5.2007, com carga horária superior à exigida no Edital n.º 1/2008, assim como que na primeira vez em que a prova de títulos foi aplicada, atribuíram-lhe da a nota “3,5”, indicando a aceitação do referido documento.

De uma análise perfunctória dos autos, parece-me que o impetrado divergiu dos critérios previamente estabelecidos pelo edital de abertura do concurso público em espeque, no que se refere à pontuação atribuída aos certificados e diplomas na prova de títulos, afrontando os princípios da legalidade e da vinculação ao edital.

Sabe-se que as normas contidas no edital do concurso vinculam tanto o órgão estatal que o promove quanto os participantes do certame, razão pela qual devem ser devidamente respeitadas. Assim, constato a presença do *fumus boni iuris* no presente remédio constitucional.

O perigo de dano irreparável, por sua vez, resta assentado na possibilidade de o impetrante não participar do curso de formação acaso não concedida a medida, pois apenas os primeiros 30 (trinta) candidatos serão convocados a fazê-lo, e atualmente ocupa a 36ª colocação, sendo que as demais fases que antecedem ao curso são de caráter meramente eliminatório.

Diante de tais fatos e das provas que acompanham o mandamus, resta evidenciada a presença dos requisitos necessários à concessão da medida liminar.

Segundo o magistério de Teori Albino Zavascki¹, não há dúvida que a liminar em mandado de segurança constitui típica hipótese de antecipação dos efeitos da tutela, semelhante à prevista no art. 273, I, do Código.

Com efeito, a eventual concessão requer prova inequívoca, capaz de convencer o julgador da verossimilhança das alegações do impetrante, conjugada ao fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, cujos requisitos mostram-se suficientemente presentes na situação vertente.

Entende-se por prova inequívoca aquela de caráter indubitoso, isto é, concludente, cabal, destituída de qualquer dúvida capaz de gerar insegurança e, especialmente, apta a conduzir o julgador a um juízo de máxima probabilidade.

Na hipótese, a farta prova pré-constituída pelo impetrante denota, à saciedade, a verossimilhança dos seus argumentos relativos às discrepâncias ocorridas entre o regulamento do concurso e a pontuação ofertada na 2ª fase do certame, consistente na prova de títulos.

Por tais razões, presentes os pressupostos, defiro o pedido liminar, inaudita altera pars, para o fim de assegurar ao impetrante que o Certificado de Conclusão de Curso de Pós-Graduação “Lato Sensu” em Ciências Criminais seja computado na pontuação final da sua prova de títulos, utilizando-se, para tanto, a valoração prevista no Edital de abertura, qual seja “3,5”, devendo ser elaborada uma nova lista de classificação, de acordo com a nova pontuação.

Intime-se as autoridades impetradas para o pronto cumprimento desta, notificando-as, para, no prazo legal, prestarem as informações de estilo.

Intime-se, outrossim, o Estado de Mato Grosso do Sul para, querendo, integrar a lide.

Após, colha-se o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, voltando-me conclusos.

P.I.

Ao contrário do que aduz ao agravante, ao caso em tela não se aplica o disposto no art. 1º da Lei n. 9.494/97 e, conseqüentemente, nos arts. 5º, parágrafo único, e 7º da Lei n. 4.348/64 e arts. 1º, 3º e 4º da Lei n. 8.437/92.

Vejamos, separadamente, o que dispõe cada um dos Diplomas legais invocados pelo agravante:

Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997.

[...]

Art. 1º Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei n. 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei n. 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei n. 8.437, de 30 de junho de 1992. [...]

1 ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 193.

Pois bem, a Lei n. 4.348/64, por sua vez, determina que:

Art. 5º Não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens.

Parágrafo único. Os mandados de segurança a que se refere este artigo serão executados depois de transitada em julgado a respectiva sentença.

[...]

Art. 7º O recurso voluntário ou “ex officio”, interposto de decisão concessiva de mandado de segurança que importe outorga ou adição de vencimento ou ainda reclassificação funcional, terá efeito suspensivo.

Ocorre que, no caso em questão, o objeto do *mandamus*, assim como da liminar, não é a reclassificação ou equiparação de servidores públicos, tampouco de concessão de aumento ou extensão de vantagem, mas sim o cômputo dos títulos apresentados pelo agravado no certame em questão.

Os dispositivos acima devem ser analisados restritivamente, consoante entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA. SENTENÇA CONCESSIVA. RESTABELECIMENTO DE VANTAGEM. CUMPRIMENTO IMEDIATO. PARCELAS DEVIDAS ENTRE A CONCESSÃO E O EFETIVO PAGAMENTO. INCLUSÃO EM FOLHA SUPLEMENTAR. RITO DO PRECATÓRIO. DESNECESSIDADE.

1. Em regra, a autoridade impetrada tem o dever de cumprir imediatamente a sentença concessiva da segurança, ressaltando-se os casos de concessão de aumento ou extensão de vantagens a Fazenda Pública, a qual somente pode ser executada após o trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 5.º, parágrafo único, da Lei n. 4.348/64 c.c o art. 2.º-B da Lei n. 9.494/97.

2. À regra contida no art. 2º-B da Lei n. 9.494/97 deve ser dada exegese restritiva, no sentido de que a vedação de execução provisória de sentença contra a Fazenda Pública deve se ater às hipóteses expressamente elencadas no referido dispositivo, não sendo aplicável nos casos em que o Impetrante busca o restabelecimento de vantagem anteriormente percebida. Precedentes.

3. O Administrado, que teve seu direito reconhecido na via mandamental, não pode ser prejudicado pela inércia do Administrador em cumprir a sentença concessiva, de modo que as parcelas vencidas após a referida sentença somente possam ser buscadas no demorado rito do precatório previsto no art. 730 do Código de Processo Civil.

4. Em face do caráter mandamental da sentença concessiva da ordem, as parcelas relativas ao período de setembro de 2001 – data da prolação da sentença concessiva – a setembro de 2002 – data do efetivo restabelecimento da vantagem – devem ser pagas por meio da inclusão em folha suplementar de pagamento, ressaltando-se que a execução poderá ser promovida nos próprios autos do *mandamus* independentemente de citação.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. RESTABELECIMENTO DE VANTAGEM (90%). SECRETÁRIO. AÇÃO DE COBRANÇA. ARTS. 5º DA LEI N. 4348/64 E 1º E 4º DA LEI N. 5.021/66. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

A impetração visava o restabelecimento da referida vantagem, já auferida pelo respectivo servidor-impetrante, por um período superior a dez anos, hipótese que não se enquadra nas limitações dos dispositivos citados das Leis n. 4.348/64 e 5.021/66.

Recurso desprovido. (REsp n. 493.888/PE, Quinta Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, julgado em 15.4.2003).

Nesse passo, analisemos o disposto na Lei n. 8.437/92:

Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

§ 1º Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos processos de ação popular e de ação civil pública.

§ 3º Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação.

§ 4º Nos casos em que cabível medida liminar, sem prejuízo da comunicação ao dirigente do órgão ou entidade, o respectivo representante judicial dela será imediatamente intimado.

§ 5º Não será cabível medida liminar que defira compensação de créditos tributários ou previdenciários.

[...]

Art. 3º O recurso voluntário ou ex officio, interposto contra sentença em processo cautelar, proferida contra pessoa jurídica de direito público ou seus agentes, que importe em outorga ou adição de vencimentos ou de reclassificação funcional, terá efeito suspensivo.

Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

§ 1º Aplica-se o disposto neste artigo à sentença proferida em processo de ação cautelar inominada, no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado.

Constata-se, da leitura do texto acima, que o óbice na concessão de liminar recai sobre as ações cautelares, em que não é permitido liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação. No entanto, tenho que tal regra não se aplica ao mandado de segurança, pois a liminar concedida em sede deste remédio constitucional, apesar de possuir natureza da antecipação de tutela, não está prevista no art. 273 do CPC, mas sim em lei específica – art. 7º, II, da Lei n. 1.533/51².

Mesmo porque, não há como afirmar que a medida liminar em mandado de segurança acarrete a perda do objeto da ação, tendo em vista sua natureza provisória, dependente de uma posterior confirmação por decisão de mérito para assentar resultados definitivos.

Este Tribunal já se pronunciou a respeito:

E M E N T A – AGRAVO REGIMENTAL – MANDADO DE SEGURANÇA – LIMINAR – CONCESSÃO – VIOLAÇÃO À NORMA CONTIDA NO § 3º DO ARTIGO 1º DA LEI N. 8.437/92 – INCOMPROVADA – LIMINAR QUE NÃO IMPORTA EM PERDA DO OBJETO DA AÇÃO – DEMONSTRAÇÃO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA A CORRELATA CONCESSÃO – PERICULUM IN MORA E FUMUS BONI IURIS CLARIFICADOS – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

O deferimento de liminar satisfativa do direito, diante das peculiaridades do caso concreto, não importa na perda do objeto do mandamus, ante a necessidade de que ocorra uma futura apreciação do mérito, hábil a confirmar ou não o resguardo do direito líquido e certo que sustenta a requerente ostentar.

Restando satisfatoriamente demonstrado o preenchimento dos requisitos do periculum in mora e do fumus boni iuris, inquestionável revela-se a necessidade de que seja concedida a liminar aspirada pela impetrante, sob pena de que o futuro e tardio resguardo de seus interesses venha a mostrar-se improfícuo. (AgRg em MS n. 2008.005729-2/0001.00, Primeira Seção Cível, Rel. Des. Rêmo Letteriello, julgado em 5.5.2008).

AGRAVO REGIMENTAL – CONCESSÃO DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA – INEXISTÊNCIA DE DECADÊNCIA – ATO OMISSIVO CONTINUADO – RENOVAÇÃO DO PRAZO DECADENCIAL MÊS-A-MÊS – INAPLICABILIDADE DAS LEIS N. 8.437/92 E 9.494/97 AO MANDADO DE SEGURANÇA. (AgRg em MS n. 2006.003731-1/0001.00, Terceira Seção Cível, Rel. Des. Atapôa da Costa Feliz, julgado em 15.5.2006).

Ressalto que a concessão da liminar, no caso em espeque, mostrou-se imprescindível, pois constatada a violação a um direito líquido e certo em sede de análise sumária, o que não é possível de se ignorar sob o argumento de que a respectiva medida liminar possui caráter satisfativo, pois tal entendimento tornaria ineficaz, descartável e obsoleta a figura deste remédio constitucional, que deixaria de alcançar seu objetivo de instrumento de proteção a direito líquido e certo.

2 Art. 7º. Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: [...] II - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida.

Deve ser observado, ainda, que acaso não fosse concedida a liminar no presente caso, o resultado seria, possivelmente, a ineficácia da prestação da tutela jurisdicional pleiteada.

Diante do exposto, decorre da lógica que todas as argumentações do agravante estão fadadas ao insucesso, visto que não se trata de reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagem a funcionário público, tampouco há falar em esgotamento do objeto do *mandamus*, pois a possibilidade de suspensão do ato impugnado é inerente à natureza do remédio constitucional, visando assegurar-lhe a eficácia.

Desse modo, sem mais delongas, nego provimento ao regimental.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO REGIMENTAL. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, O 3º VOGAL.

Presidência da Exma. Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Relatora, a Exma. Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Tânia Garcia de Freitas Borges, Dorival Renato Pavan, Oswaldo Rodrigues de Melo, Joenildo de Sousa Chaves e Ildeu de Souza Campos.

Campo Grande, 13 de agosto de 2009.

Apelação Cível n. 2006.001695-3 – Dourados
Quinta Turma Cível
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO – INOBSERVÂNCIA AO CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS POR PARTE DO DONATÁRIO – REVOGAÇÃO DE DOAÇÃO – POSSIBILIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

É cabível a revogação do ato administrativo pela Fazenda Pública nos casos em, que revendo seus próprios atos, conclui pela ausência dos requisitos que o ensejaram.

A não utilização do imóvel doado para os fins estabelecidos na legislação vigente implica na revogação da doação, com a consequente retomada do bem e incorporação ao patrimônio público.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 16 de julho de 2009.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Boavetura José dos Santos interpõe recurso de apelação, irresignado com a sentença proferida pelo juízo singular, que julgou improcedente o pedido formulado em face de Ana Caldeira e do Município de Dourados.

Alega, em síntese, que o imóvel foi doado em 13 de agosto de 1994, época em que o § 2º da Lei Municipal n. 1741 de 22/10/1991 estabelecia que o donatário não poderia vender ou transferir o imóvel pelo prazo de cinco anos, encontrando-se a sentença em desconformidade com a legislação vigente quando da celebração do negócio jurídico.

Afirma que a sentença deveria ter levado em consideração como *dies a quo* a data de 13.8.1994, cujo prazo de carência era de cinco anos e não o da lavratura da escritura, quando já havia passado para dez anos.

Salienta que no momento em que foi revogada a doação, havia transcorrido o prazo para a condição resolutiva estabelecida, consolidando em suas mãos a propriedade do bem, sendo que sua posterior revogação ocorreu de forma irregular, pois extemporânea, merecendo ser anulada.

Ressalta que a assinatura constante no termo de revogação administrativa não emanou de seu punho.

Ao final, requer o provimento do recurso, para que seja dado provimento ao recurso, reformando-se a sentença.

Os apelados apresentaram contrarrazões, pugnando pela manutenção da sentença.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Boavetura José dos Santos, irredigido com a sentença proferida pelo juízo singular, que julgou improcedente o pedido formulado em face de Ana Caldeira e do Município de Dourados.

Como bem decidiu o juízo de primeiro grau, cujos fundamentos adoto como razão de decidir, *in verbis*:

A revogação só tem cabida quando a Administração Pública, reexaminando uma dada situação, assegurada por certo ato administrativo perfeito, válido e eficaz, conclui que sua permanência no ordenamento jurídico, em termos atuais, não mais atende ao interesse público, não é mais conveniente ou oportuna, e resolve extingui-la total (ab-rogação) ou parcialmente (derrogação), pondo fim ou modificando o ato que a criara (DIOGENES GASPARINE. **Direito Administrativo**. 6ª ed. São Paulo, Saraiva, 2001, p. 96). Nesse sentido, a revogação funda-se no poder discricionário de que dispõe a Administração para rever sua atividade interna e encaminhá-la adequadamente à realização de seus fins específicos (HELY LOPES MEIRELLES. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2004, p. 198).

De outro norte, a doação de imóvel público obedece, unicamente, aos preceitos contidos na lei que o desafetou (STJ, REsp n. 56612/RS. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros). Com efeito, a LM n. 1.741/91 estabelece que a não utilização do imóvel para habilitação no tempo determinado ou o uso do mesmo para fim diverso, implicará na retomada do lote e sua incorporação ao patrimônio público com o conseqüente cancelamento da escritura de doação (art. 10, §1º) e o donatário não poderá vender ou transferir o imóvel, no prazo de 05 (cinco) anos contados a partir da transmissão do domínio, sob pena de nulidade da escritura de doação (art. 10, § 2º). Tal prazo foi elevado, para dez anos, através LM n. 2.012/98, e depois para vinte anos, pela LM n. 2.275/99.

No caso posto em juízo, o donatário recebeu o imóvel em 13.8.1994 – f. 12 –, mas somente aos 3.5.1996, o Município lhe outorgou escritura pública de doação, baseada na LM 1.741/91, alterada pela LM 2.012/95, ressaltando que não poderia transferir, nem mesmo sua posse, no prazo de 10 (dez) anos, contados daquela data, sob pena de nulidade dessa escritura – f. 13.

Nada obstante, o donatário a cedeu em 29.3.1999, como ele mesmo noticia na inicial, e, em razão de não atender às determinações da lei, ou seja, não residir no imóvel, conforme determina a Lei 1.741/91, alterada pela lei n. 2.012/95, foi ele notificado no sentido de que a promessa de doação se encontra revogada – f. 21-24 -.

Nessa ordem de idéias, a Administração podia revogar a doação. A uma, porque, em face do princípio *tempus regit actum*, prevalece a lei com as alterações previstas na data da escritura. A duas, porque inexistente comprovante da transferência de propriedade e nesses moldes, não há direito adquirido nem ato jurídico perfeito, pois, à luz do § 1º do art. 1245, do NCC, enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel. Enfim, porque, pelo dantes dito, está descumprida a regra básica que justificou a doação vergastada.

Assim, a pretensão do apelante não merece guarida, de modo que é facultado ao Município de Dourados revogar a liberalidade, nos casos em que há o descumprimento da condição dentro do prazo estabelecido pela legislação vigente.

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

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, UNÂNIME.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Vladimir Abreu da Silva, Luiz Tadeu Barbosa Silva e Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 16 de julho de 2009.

Apelação Cível n. 2006.009773-3 – Iguatemi
Quinta Turma Cível
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL – INDENIZATÓRIA – AGRESSÃO FÍSICA – MÉDICO – PACIENTE – PORTADOR DE PATOLOGIA – ALTERAÇÃO DO SISTEMA NERVOSO – INEXISTÊNCIA DE VONTADE CONSCIENTE – AUSÊNCIA DE CULPA – NÃO OCORRÊNCIA DE ATO ILÍCITO – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO BÁSICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL – VALORAÇÃO DAS PROVAS PELO JUÍZO *A QUO* – INTELIGÊNCIA AO PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – REDUÇÃO – PRETENSÃO NÃO-ACOLHIDA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Para a caracterização da responsabilidade civil, exige-se que a conduta do agente venha aderida de culpa ou dolo, necessário assim, o uso da vontade esclarecida do agente, que este tenha capacidade e discernimento.

Se o agente, na prática do ato, não tinha condições de entender o caráter ilícito da sua conduta, não pode ser responsabilizado pelo dano causado do ato ilícito dela decorrente.

Se na visão do julgador as provas apresentadas aos autos mostraram-se suficientes, deve ser prestigiada a valoração do conjunto probatório e o livre convencimento motivado que lhe foi conferido, notadamente, se, contrapondo-se a interpretação apontada pela parte ao juízo de valor externado pelo juiz sentenciante que analisou com acuidade e percuciência o conjunto probatório encartado, outra conclusão não se infere a não ser a da procedência da ação.

Correta a condenação do requerido ao pagamento da verba honorária de sucumbência, rejeitando-se o pedido de redução, se o valor fixado não é excessivo e remunera satisfatoriamente a atuação do patrono da parte vencedora.

Recurso conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 13 de agosto de 2009.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Trata-se de apelação cível interposta por Luiz Guilherme Junior, contra sentença proferida pelo Juízo da Comarca de Iguatemi, que julgou improcedente o pedido de indenização por dano material e moral ajuizado em face de João Aquino do Amaral e Ecleuza Aquino Amaral, considerando que o agente causador do hipotético dano moral e material, não possuía discernimento do que estava fazendo, não podendo ser-lhe imputado obrigação de indenizar, ante a ausência de culpa.

Discorre amplamente sobre o histórico do processo, momento em que ataca veementemente a prova pericial produzida nos autos bem como o fato da juíza singular ter se valido desta para formar sua cognição exauriente, quando deveria valer-se das provas testemunhas e documentais carreada aos autos.

Discorreu quanto aos danos causados pelos apelados, bem como no direito em perceber a reparação destes, com relação à condenação nas verbas de sucumbência, entende que estas devem ser reduzidas.

Finalizou requerendo, o conhecimento e provimento do apelo, condenando os apelados ao pagamento dos danos materiais e morais sofridos, invertendo-se o ônus da sucumbência.

Intimados, os apelados, apresentaram contrarrazões, pugnando pela manutenção do *decisum*.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator)

Adoto a bem fundamentada sentença proferida pela juíza singular como razões de decidir, *in verbis*:

Os requeridos requerem a declaração de ilegitimidade passiva *ad causam* da 2ª requerida, sob o argumento de que não teria qualquer culpa no ocorrido. A presente arguição se confunde com o mérito e com ele será apreciada

A teoria da responsabilidade civil sempre teve como pedra de toque o elemento imputabilidade (CC, art. 186). Já lembrava Savatier que quem diz culpa diz imputabilidade.

Imputar é atribuir a alguém a responsabilidade por alguma coisa. Imputabilidade é, pois, o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para poder responder pelas conseqüências de uma conduta contrária ao dever; imputável é aquele que podia e devia ter agido de outro modo.

É imputável apenas o agente mentalmente são e desenvolvido, capaz de entender o caráter reprovável de sua conduta e de decidir conforme esse entendimento.

O ato aqui praticado ocorreu quando da vigência do Código Civil de 1916, portanto, incabível se torna a aplicação do art. 928 do novo Código Civil, até porque aqui se aplica o princípio do *tempus regit actum*.

Em sede de responsabilidade civil implica sempre o exame da conduta voluntária violadora de um dever jurídico, pois o dever de indenizar repousa-se justamente no exame de transgressão ao dever de conduta que constitui ato ilícito. Resta extrair dos autos se a conduta dos requeridos é reveladora de culpa.

O autor sustenta dano material consistente na perda dos óculos, aquisição de uma cadeira, impossibilidade de desenvolver suas atividades laborativas por 30 dias e dano moral, em face da agressão e humilhação sofridas.

Depreende-se que o 1º requerido causou lesão corporal no autor, defendendo-se com a alegação de seu estado de saúde.

O laudo pericial é claro e conclusivo ao afirmar que:

[...] o examinado é portador de neurocisticercose. (resposta ao quesito n. 1 – fls. 135);

[...] Os doentes revelam, com frequência, distímias irritáveis, impulsos irresistíveis à prática de atos violentos, ligeiros estados de excitação, euforia, sonolência ou insônia, inquietação, estados angustiosos durante algumas horas antes do acesso.

[...] Atos delituosos de toda espécie podem ser praticados por esses enfermos e, de modo geral, consistem em impulsos, que sobrevêm de maneira inesperada[...] A característica do ato impulsivo consiste, exatamente, no fato de ser involuntário, irresistível e sem finalidade compreensível. Nesta categoria se enquadra de modo perfeito a impulsão homicida dos epiléticos (resposta ao quesito n. 4, f. 156).

A inicial revela que a reação agressiva do 1º requerido deu-se quando “foram alertado pelo Autor, que se, a perícia requerida, fosse relativa a mesma doença, de conformidade as anteriores já apresentadas nas vinte e cinco Perícias, as quais havia se submetido, provavelmente a solicitação resultaria indeferida pelos supervisores de Dourados-MS (f. 3).

Ora, o que se verifica pelas declarações do próprio autor, aquela seria a 26ª vez e especificamente naquele local a 12ª que o requerido buscava o almejado benefício da aposentadoria.

Revelam os autos que o autor, na qualidade de médico, conhecia o estado de saúde do 1º requerido, sendo este grave, conforme resposta ao quesito deste Juízo (f. 136):

1. O requerido João Aquino do Amaral é portador de anomalia psíquica ou mental?

Ele é portador da doença neurocisticercose que se manifesta por acessos convulsivos e grave comprometimento de suas funções psíquicas.

2. Caso positivo, qual o tipo e o grau da doença apresentada?

Neurocisticercose, com grau de evolução muito grave, apresentando comprometimento de memória muito acentuado, em consequência do processo de demenciação das funções intelectuais.

3. A eventual anomalia apresentada pode retirar do requerido a capacidade de discernimento de seus atos, mesmo que temporariamente?

Sim, completamente.

Ao se analisar a conduta do 1º requerido deve-se verificar se efetivamente constitui em dolo ou culpa em sentido estrito (negligência, imprudência ou imperícia).

Neste prisma, a lição de Sílvio de Salvo Venosa,

Quando as conseqüências da conduta são imprevistas ou imprevisíveis não há como configurar culpa. (*In* Direito Civil: **Responsabilidade Civil**, 4. ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 30).

Nesse passo, colhe-se de Carlos Roberto Gonçalves o seguinte:

Pra que alguém pratique um ato ilícito e seja obrigado a reparar o dano causado, é necessário que tenha capacidade de discernimento. (*In* **Responsabilidade Civil**, 8. ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p. 11.)

O mesmo autor, citando a lição de OROZIMBO NONATO leciona que:

Prosseguindo, afirmava que a atividade da pessoa privada de discernimento é uma força cega, comparável às forças naturais, assimilável ao fato fortuito e, assim, a ninguém vincula se, porventura, não ocorre infração do dever de vigilância. (Ob. citada, p. 13).

Nesse sentido:

Comprovado que o dano resultou de caso fortuito ou de força maior caracterizado pela imprevisibilidade ou inevitabilidade, excludentes da responsabilidade, ex vi do disposto no art. 1058 do CC, julga-se improcedente a ação, uma vez que não há dano a ser indenizado (1ª TACSP, Terceira Câmara, Ap. Rel. Sousa Lima, julgado em 8.9.1983, RT 587/139, citação em Rui Stoco, **Tratado de Responsabilidade Civil**, 5ª edição, São Paulo, RT, 2001, p. 123).

Em face da enfermidade, doença crônica do sistema nervoso central e de caráter demenciante, o requerido não tinha e não tem condições de avaliar as conseqüências de seus atos e de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Destarte, considera-se que o mesmo não tem capacidade nem discernimento suficiente, para ser considerado responsável por seus atos, inclusive na esfera civil. É caso de inimputabilidade e conseqüente irresponsabilidade civil.

Isto porque a responsabilidade civil, conforme previsão do art. 159 do CC de 1916, é subjetiva, ou seja, exige que a conduta do agente venha aderida de culpa ou dolo. Necessário, assim, o uso da vontade esclarecida do agente, ou seja, de capacidade de discernimento. Entretanto, se este agente, na prática do ato, não tinha condições de entender o caráter ilícito da sua conduta, não pode ser responsabilizado pelo mesmo.

Carlos Alberto Gonçalves, ao comentar o art. 186 do NCC, que basicamente repete o disposto no art. 159, podendo, assim, ser aplicado ao caso presente:

Pressupõe o art. 186 do Código Civil o elemento imputabilidade, ou seja, a existência, no agente, de livre determinação de vontade. Para que alguém pratique um ato ilícito e seja obrigado a reparar o dano causado, é necessário que tenha capacidade de discernimento. Em outras palavras, aquele que não pode querer e entender não incorre em culpa e, *ipso facto*, não pratica ato ilícito.

A jurisprudência também é nesse sentido:

Responsabilidade civil - Agente menor e alienado mental - Dano causado - Doença mental reconhecida, conquanto não decretada a interdição - Réu inimputável - Carência de ação decretada” (RJTJSP, 40:102, apud Carlos Roberto Gonçalves, “**Responsabilidade civil**”. Ed. Saraiva, 7ª edição, 2002, p. 13). Quanto a segunda requerida, não há nexo causal entre o dano sofrido pelo autor e sua conduta, eis que sendo caso fortuito, assim considerada a ação daqueles desprovidos de culpa como reconhecido ao seu marido, aquele rompe o nexo causal porque o cerceia ou interrompe, pois, “na verdade, no caso fortuito e na força maior inexiste relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o resultado danoso.

Portanto, em face da ausência de causa direta do fato ocasionado pela requerida Ecleuza, não há se falar em obrigação de reparar.

Portanto, as razões apresentadas em sede de apelo não têm o poder de alterar o entendimento externado na sentença acima transcrita.

Ressalto ainda que frente à irresignação do apelante quanto a valoração do acervo probatório constante nos autos, momento em que discorda da interpretação dada pela juíza singular quanto a real patologia vivenciada pelo apelado João Aquino do Amaral, melhor sorte não guarda referida tese porque a pretensão do apelante implica em afronta ao princípio do livre convencimento do magistrado, pois sem prova pericial produzida lícitamente, não há o que macule referido instrumento de cognição do magistrado, sendo que sua nova valoração em sede recursal, consubstancia-se contrária ao que prescreve o artigo 131 do Código de Processo Civil.

Neste sentido já me posicionei em outros julgamentos proferidos perante esta Quinta Turma, conforme julgados, *in verbis*:

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL – DANO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO – PRELIMINAR – JULGAMENTO EXTRA PETITA E ULTRA PETITA – INEXISTÊNCIA – AGENTE DO DANO – MENORES – AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE – VALORAÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL – PROVA TESTEMUNHAL PRODUZIDA EM INQUÉRITO POLICIAL – NECESSIDADE DE SUA REPRODUÇÃO NA ESFERA JUDICIAL – OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL – LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ – INTELIGÊNCIA NO ARTIGO 131 DO CPC – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Não há falar em julgamento extra petita ou ultra petita quando o juiz simplesmente exercita, em sede de cognição exauriente, o princípio do seu livre convencimento diante das provas produzidas nos autos, valorando as provas testemunhais, em detrimento de declarações unilaterais colhidas em sede de inquérito policial.

Para que seja imputada culpa decorrente de ato ilícito, é imprescindível que fique demonstrado o nexo de causalidade entre o dano e a conduta comissiva ou omissiva do agente.

Não restando demonstrado que o agente concorreu com conduta omissiva ou comissiva para o evento danoso, não pode ser responsabilizado por dano causado ao patrimônio público.

Segundo a inteligência do artigo 131 do CPC, pode o magistrado afastar provas testemunhais produzidas em sede de inquérito policial, sob o argumento de que deveriam ser reproduzidas em juízo, primando pelos princípios do contraditório e da ampla defesa. (AC, Ordinário, 2004.004049-0, Ponta Porã, julgado em 12.3.2009).

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – COBRANÇA – ÔNUS DA PROVA – INEXISTÊNCIA DO VÍNCULO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – PROVA – VALORAÇÃO PROBATÓRIA – PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E IMPROVIDO.

Se o autor deixou de carrear aos autos provas que demonstrem os fatos e fundamentos jurídicos descritos na inicial, contrariando o que prescreve os artigos 282, inciso IV, e 333, inciso I, do CPC, a improcedência do pedido é medida de justiça.

A prestação de serviço advocatícios oferecida por sindicato de classe, em não havendo contrato escrito que dispunha em sentido contrário, não obriga o assistido ao pagamento de honorários advocatícios. (AC, Sumário, n. 2006.011880-0, Dourados, julgado em 7.8.2008).

Entendo ainda, que não há o que se falar em dano causado pelo apelado, pois este não agiu com culpa, já que não agiu conscientemente, motivo pelo qual, não existindo culpa, não há que se falar em ato ilícito, consequentemente em responsabilidade civil e, por conseguinte, em dever de reparar o patrimônio de outrem.

A este respeito temos o seguinte entendimento doutrinário, *in verbis*:

[...]

Também Eugênio Facchini Neto observou que “o novo Código manteve a primazia da culpa como fundamento básico da responsabilidade civil, como se percebe da cláusula geral do novo art. 186” (**Funções e modelos da responsabilidade aquiliana no novo Código**. Revista Jurídica, Porto Alegre, Notadez, n. 309, ano 51, p. 23-32).

[...]. (STOCO, Rui, **Tratado de Responsabilidade Civil, Doutrina e Jurisprudência**, Capt. I. **A responsabilidade e a obrigação de indenizar**, 7ª Edição, 2007, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo pág. 132).

Por derradeiro, frente à pretensão recursal de redução dos honorários advocatícios arbitrados em sede de sentença, esta também não merece prosperar, pois ao arbitrar a verba honorária, sabe-se, que o magistrado deve considerar os requisitos constantes do § 3º do art. 20 do CPC, ainda que o faça de maneira equitativa (§ 4º).

Ao comentar sobre os referidos requisitos, ou seja, os critérios para fixação dos honorários advocatícios, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery lecionam que:

São objetivos e devem ser sopesados pelo juiz na ocasião da fixação dos honorários. A dedicação do advogado, a competência com que conduziu os interesses de seu cliente, o fato de defender seu constituinte em comarca onde não resida, os níveis de honorários na comarca onde se processa a ação, a complexidade da causa, o tempo despendido pelo causídico desde o início até o término da ação, são circunstâncias que devem ser necessariamente levados em conta pelo juiz quando da fixação dos honorários de advogado. [...] (**Código de Processo Civil Comentado**; 9. ed. São Paulo: Editora RT. p. 193).

Dessa maneira, analisando os autos, concluo que os honorários advocatícios foram fixados em valor proporcional ao trabalho desempenhado pelo patrono dos apelados, em consonância com o princípio da razoabilidade, não merecendo nenhuma redução, sob pena de se confundir modicidade com barateamento de honorários advocatícios, o que não encontra amparo na lei.

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

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Vladimir Abreu da Silva, Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 13 de agosto de 2009.

Apelação Cível n. 2009.008081-6 – Cassilândia**Quinta Turma Cível****Relator Des. Vladimir Abreu da Silva**

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE PAGAMENTO INDEVIDO – DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS – LEGISLAÇÃO MUNICIPAL COMPLEMENTAR – EMENDA CONSTITUCIONAL 41/2003 – DESCONTO SOBRE O VENCIMENTO DO CARGO EFETIVO ACRESCIDO DAS VANTAGENS DE CARÁTER PERMANENTE ESTABELECIDAS EM LEI – DESCONTO SOBRE VERBAS DE CARÁTER PROVISÓRIO – RESTITUIÇÃO DEVIDA – RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO E DO GESTOR DO FUNDO DE PREVIDÊNCIA – RECURSOS IMPROVIDOS.

Após a Emenda Constitucional n. 41/2003, a base de cálculo dos descontos previdenciários passou a incidir somente sobre o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei, os adicionais de caráter individual, excluídas as parcelas transitórias, que não integrarão o valor da aposentadoria.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Quinta Turma Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, negar provimento aos recursos, unânime.

Campo Grande, 23 de julho de 2009.

Des. Vladimir Abreu da Silva – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva

Trata-se de recursos de apelação interpostos por Município de Cassilândia e Previsca - Previdência dos Servidores Municipais de Cassilândia, nos autos da ação de restituição de pagamento indevido que lhes moveu Luiz Umberto Cardoso.

Alega o município-apelante que a sentença deve ser reformada, visto que julgou ser o Município devedor solidário do Instituto de Previdência, o que não procede, pois este, como empregador, somente efetua o recolhimento das contribuições previdenciárias, repassando-as ao gestor do fundo previdenciário, motivo pelo qual descabe a condenação do Município à restituição dos valores, que se constitui mero repassador dos valores.

Sustenta, com relação ao reconhecimento das verbas consideradas transitórias que (em razão do local de trabalho) deve ser reformada a sentença, uma vez que a gratificação de produtividade SUS, instituída como forma de incentivo pela Lei Municipal 1.160/2000 e que é recebida pela apelada há mais de três anos, perdeu assim sua natureza de transitoriedade, devendo ser incluída no desconto previdenciário na forma do artigo 18, § 1º, da Lei Complementar Municipal 082/04.

Assevera a total desproporcionalidade da condenação a título de honorários advocatícios em R\$ 1.000,00 (mil reais), pois representam mais de 150% do valor da causa, em total desacordo com o previsto nos §§ 3º e 4º do artigo 20 do CPC.

Previsca - Previdência dos Servidores Municipais de Cassilândia - também apela da sentença, alegando não ter responsabilidade nenhuma pela devolução de contribuições previdenciárias recolhidas indevidamente, pois não efetua os recolhimentos. Alega, também, que não se pode falar em descontos indevidos, pois beneficiarão a apelada por ocasião de sua aposentadoria, elevando a média para o cálculo do valor dos seus proventos.

A apelada ofertou contrarrazões (f. 81-91).

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (Relator)

Trata-se de apelações cíveis interpostas por Município de Cassilândia e Previsca - Previdência dos Servidores Públicos do Município de Cassilândia, nos autos da ação de restituição de pagamento indevido que lhes moveu Luiz Umberto Cardoso.

A) Apelação Interposta pelo Município de Cassilândia.

Alega o apelante que não pode ser condenado à devolução dos valores descontados, pois atua somente como repassador das contribuições ao órgão previdenciário, responsável pela gestão do respectivo patrimônio.

Não lhe assiste razão entretanto.

A partir da edição da Emenda Constitucional n. 41, de 19.12.2003, houve grandes mudanças nas regras do sistema de previdência social e se estabeleceram os princípios gerais para o regime previdenciário obrigatório para os servidores públicos (federais, estaduais, distritais e municipais), sendo que, a partir daí, qualquer dos entes da Federação pode dispor sobre a Previdência Pública.

A Constituição Federal, artigo 40, § 3º, determinou a utilização das remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor a todos os regimes de previdência, necessitando, porém, de regulamentação, para que as aposentadorias a serem concedidas obedecessem ao novo comando constitucional.

Dispõe o artigo 40 da Constituição Federal:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

§ 1º. Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17:

[...]

§ 2º. Os proventos de aposentadoria e as pensões, por ocasião de sua concessão, não poderão exceder a remuneração do respectivo servidor, no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão.

§ 3º. Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei.

A Lei n. 10.887, de 18 de junho de 2004, que dispõe sobre a aplicação de disposições da Emenda Constitucional n.º 41, definiu quais as parcelas que não incidem para a contribuição da previdência, a saber:

Art. 4º A contribuição social do servidor público ativo de qualquer dos Poderes da União, incluídas suas autarquias e fundações, para a manutenção do respectivo regime próprio de previdência social, será de 11% (onze por cento), incidente sobre a totalidade da base de contribuição.

§ 1º Entende-se como base de contribuição o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei, os adicionais de caráter individual ou quaisquer outras vantagens, excluídas:

I - as diárias para viagens;

II - a ajuda de custo em razão de mudança de sede;

III - a indenização de transporte;

IV - o salário-família;

V - o auxílio-alimentação;

VI - o auxílio-creche;

VII - as parcelas remuneratórias pagas em decorrência de local de trabalho;

VIII - a parcela percebida em decorrência do exercício de cargo em comissão ou de função de confiança; e

IX - o abono de permanência de que tratam o § 19 do art. 40 da Constituição Federal, o § 5º do art. 2º e o § 1º do art. 3º da Emenda Constitucional n. 41, de 19 de dezembro de 2003.

§ 2º O servidor ocupante de cargo efetivo poderá optar pela inclusão na base de contribuição de parcelas remuneratórias percebidas em decorrência de local de trabalho, do exercício de cargo em comissão ou de função de confiança, para efeito de cálculo do benefício a ser concedido com fundamento no art. 40 da Constituição Federal e art. 2º da Emenda Constitucional n. 41, de 19 de dezembro de 2003, respeitada, em qualquer hipótese, a limitação estabelecida no § 2º do art. 40 da Constituição Federal.”

O Município de Cassilândia, a partir dessas orientações, editou a Lei Complementar 082/2004, dispondo em seu artigo 18:

Art. 18. A contribuição dos segurados será de 11% (onze por cento), da base salarial de contribuição, em iguais parâmetros do artigo.

§ 1º. A base de contribuição para efeito de cálculo de contribuição será o vencimento do cargo efetivo, acrescido das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei, os adicionais de caráter individual ou quaisquer outra vantagens, excluídas:

I – As diárias para viagens;

II – A indenização de transporte;

III – O salário-família;

IV – O auxílio-alimentação;

V – O auxílio-creche;

VI – Insalubridade;

VII – Periculosidade;

VIII – Adicional de férias na forma prevista na Constituição Federal inciso XVII do art. 7.º, e no Estatuto dos Servidores Municipais de Cassilândia.

Assim, verifica-se que o apelante infringiu dispositivo legal quando efetuou os descontos previdenciários sobre parcelas provisórias, motivo pelo qual não lhe assiste razão quanto ao argumento de não ser condenado à restituição dos valores retidos indevidamente, pois é de sua responsabilidade a retenção dos valores em folha de pagamento da apelada, pouco importando se posteriormente haverá o repasse para a gestora do fundo previdenciário Previsca.

Quanto à alegação de que os descontos devam incidir sobre a gratificação de produtividade SUS, instituída pela Lei Municipal n. 1.160/2000, também não lhe assiste razão.

Pelo que consta, a gratificação em comento foi instituída em função dos profissionais que atuam com procedimentos SIA/SUS/FAE/FAEC, como forma de incentivo para que, no exercício de suas funções, possam atuar com maior eficácia nos postos de atendimento de saúde do município, não se tratando, no entanto, de verba de caráter permanente, não integrando as respectivas remunerações do profissional, visto que depende de recursos repassados pelo Fundo Municipal de Saúde PAB-Variável e Ceo (art. 5º) e dependem de metas cumpridas pelo profissional e do número de usuários atendidos, frequência e assiduidade dentre outros requisitos que determinem a forma de rateio, devendo, por isso, ser excluída da retenção.

Por fim, no tocante aos honorários advocatícios, fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais), deve ser mantido o *quantum* arbitrado, pois, nas causas em que seja vencida a Fazenda Pública, os honorários são fixados em valor certo, de acordo com o § 4.º do art. 20 do CPC. É de se ressaltar que, na aplicação do § 4.º do art. 20 do CPC, o julgador não está obrigado a observar os percentuais máximo e mínimo previstos no § 3.º do citado artigo, todavia haverá de fixar valor que remunere condignamente o trabalho desenvolvido pelo patrono do autor.

Por tais razões, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

B) Apelação interposta por Previsca – Previdência dos Servidores Municipais de Cassilândia.

O Instituto de Previdência dos Servidores Municipais de Cassilândia apela da sentença, alegando não ter responsabilidade nenhuma pela devolução de contribuições previdenciárias recolhidas indevidamente, pois não efetua os recolhimentos. Alega, também, que não se pode falar em descontos indevidos, pois que beneficiarão a apelada por ocasião de sua aposentadoria, elevando a média para o cálculo do valor dos seus proventos.

Razão não lhe assiste, visto que, com a retenção dos valores efetuados em folha de pagamento pelo Município, tais valores lhe são repassados, a fim de que atue em sua função de gestora, devendo ser, juntamente com o Município de Cassilândia, responsável pela devolução dos valores.

Também não procede à alegação de que os descontos sobre verbas transitórias beneficiarão a apelada, uma vez que os descontos devem incidir sobre a remuneração do cargo efetivo, acrescidos das vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei (§ 1º do artigo 18 da Lei Complementar n. 082/2004), sendo vedadas as de caráter provisório, pois tais verbas não integrarão os proventos de aposentadoria.

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

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS, UNÂNIME.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Vladimir Abreu da Silva, Luiz Tadeu Barbosa Silva e Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 23 de julho de 2009.

REVISTA
TRIMESTRAL DE
JURISPRUDÊNCIA

TJMS

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL



Apelação Criminal n. 2008.020850-7 – Corumbá
Segunda Turma Criminal
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

E M E N T A - APELAÇÃO CRIMINAL – PENAL – MANUTENÇÃO DE CASA DE PROSTITUIÇÃO – INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – DEPOIMENTOS NA FASE POLICIAL NÃO CONFIRMADOS EM JUÍZO – AUSÊNCIA DE INVESTIGAÇÃO QUANTO À HABITUALIDADE E EXCLUSIVIDADE DA REALIZAÇÃO DE PROGRAMAS SEXUAIS – ABSOLVIÇÃO – PROVIMENTO.

A materialidade do crime descrito no art. 229, do Código Penal, depende da comprovação de que no estabelecimento comercial objeto da investigação policial haja a prática habitual de programas sexuais, mediante o pagamento de remuneração que também seja a principal fonte de renda do proprietário.

Se os depoimentos prestados pelos policiais – que não presenciaram a realização de programas como atividade preponderante do estabelecimento – não são confirmados por nenhuma testemunha conhecedora dos fatos apurados na ação penal, e não houve investigação específica para apurar a atividade desenvolvida no local, as provas são insuficientes para a condenação do acusado pela prática do crime previsto no art. 229, do Código Penal, impondo-se a sua absolvição com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

Apelação Criminal defensiva a que se dá provimento, a fim de se reformar a sentença e absolver o recorrido, ante a insuficiência de provas quanto à materialidade delitiva.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, unânime e contra o parecer.

Campo Grande, 31 de agosto de 2009.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Trata-se de apelação criminal interposta por Munir Sadeq Ramunieh, objetivando a reforma da sentença que o condenou como incurso nas penas do art. 229, *caput* (manter local ou casa para fins de prostituição), do Código Penal.

O apelante requer a absolvição sustentando que não restou devidamente demonstrada a materialidade do delito, pois a sentença baseou-se apenas no depoimento dos policiais, alternativamente, requer a diminuição da reprimenda e a consequente substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou a suspensão condicional da pena.

Ao final, prequestiona violação ao art. 93, X, e 5º, LV, ambos da Constituição Federal.

O apelado bate-se pelo não provimento do recurso (f. 334-340).

No mesmo sentido é a manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 348-355).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator)

Munir Sadeq Ramunieh inconformado com a sentença que a condenou como incurso no art. 229, *caput* (manter local ou casa para fins de prostituição), do Código Penal, a pena de 3 (três) anos de reclusão e pagamento de 30 (trinta) dias-multa, a ser cumprida no regime semi-aberto, interpõe a presente apelação criminal.

O apelante foi denunciado porque – aos 14 de outubro de 2005, por volta das 15 h, na Rua Duque de Caxias 73, Bairro Aeroporto, na cidade de Corumbá – foi surpreendido pelos policiais federais, que cumpriam mandado de Busca e Apreensão na “Boate Babilônia” – mantendo local destinado à prostituição.

O recorrente pede a absolvição, pois entende que não restou demonstrada a materialidade do delito.

Com razão o apelante, pois o exame da materialidade delitiva, no caso dos autos, resvala no estudo da própria tipicidade do crime descrito na denúncia.

O apelante, ouvido na fase judicial, negou a prática do delito, esclarecendo que as prostitutas que freqüentam a boate “Babilônia Drink’s”, o fazem na condição de clientes, não havendo nenhuma intermediação do acusado nos eventuais programas por elas realizados, *in verbis* (f. 208):

[...] que não possui casa de prostituição; que possui uma casa de shows chamada Babilônia; que é uma boate onde frequentam inclusive prostitutas [...] que os encontros são feitos na boate e se pretendem relações sexuais tem que se dirigirem a motéis; que ao lado funciona um motel cuja propriedade é do pai do interrogando [...] que as frequentadoras da boate não tem vínculo empregatício com o interrogando, mas é feito um contrato com o interrogando, mas é feito um contrato com a finalidade de triagem, para verificação de documentação pessoal; que as garotas somente pagam o que elas consomem na boate (Destaques não originais)

Ora, é evidente que o apelante não explora a prostituição, no caso, por intermédio da manutenção de um estabelecimento voltado a essa prática, pois a “WISKERLA BABILÔNIA” fornece bebidas aos clientes que ali comparecem, inclusive para as garotas de programa.

Outrossim, os policiais que efetuaram as diligências (f. 230 e 239) não presenciaram nenhuma situação que denotasse a prática de prostituição naquele ambiente, apenas informaram que ouviram algumas garotas dizerem que ocorriam relações sexuais no estabelecimento, mas não houve confirmação por nenhuma delas, até porque não foram ouvidas na fase judicial, e os seus depoimentos seriam importantíssimos para o esclarecimento dos fatos.

A ausência de tal prova reforça a tese defensiva no sentido de que os elementos probatórios são frágeis, e não são aptos para embasar a condenação do apelante.

Por outro lado, a jurisprudência desta Corte é firme quanto ao entendimento de que é necessária a realização de sindicância prévia no local, com a finalidade de apurar se a prostituição é o verdadeiro – e único – objeto da empresa e também a exclusiva fonte de renda do acusado; a respeito colhe-se:

APELAÇÃO CRIMINAL – ARTIGO 229 DO CÓDIGO PENAL – INEXISTÊNCIA DE SINDICÂNCIA PRÉVIA PARA AUFERIR SE A PROSTITUIÇÃO É A ÚNICA E EXCLUSIVA FONTE DE RENDA EXISTENTE – DELITO DESCARACTERIZADO – IMPERIOSA A ABSOLVIÇÃO – RECURSO PROVIDO.

Inexistindo sindicância policial ou outras provas de habitualidade na manutenção da casa de shows mantida pelo apelante, tão pouco o suposto lucro auferido com a prostituição, e provado que o local não era freqüentado por menores, descaracteriza-se a prática do ilícito do artigo 229 do Código Penal.

APELAÇÃO CRIMINAL – CASA DE PROSTITUIÇÃO (ART. 229 DO CP) – AUSÊNCIA DE SINDICÂNCIA POLICIAL OU PROVA DE HABITUALIDADE – PROVAS INSUFICIENTES A DEMONSTRAR A EXISTÊNCIA DE PROSTÍBULO – ABSOLVIÇÃO – RECURSO PROVIDO.

É pacífico o entendimento dos Tribunais no sentido de que a manutenção de casas e bares noturnos com o conhecimento e fiscalização das autoridades, a semelhança de motéis, casas de massagem etc., ainda que se prestem a encontros para práticas sexuais, afasta a configuração do crime do art. 229 do Código Penal, mormente em razão de não ter havido uma sindicância policial a demonstrar que no local funcionava uma casa de prostituição.

APELAÇÃO CRIMINAL – CASA DE PROSTITUIÇÃO (ART. 229 DO CP) – AUSÊNCIA DE SINDICÂNCIA POLICIAL OU PROVA DE HABITUALIDADE – PROVAS INSUFICIENTES A DEMONSTRAR A EXISTÊNCIA DE PROSTÍBULO – ABSOLVIÇÃO – [...] – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

É pacífico o entendimento dos Tribunais no sentido de que a manutenção de casas e bares noturnos com o conhecimento e fiscalização das autoridades, a semelhança de motéis, casas de massagem etc., ainda que se prestem a encontros para práticas sexuais, afasta a configuração do crime do art. 229 do Código Penal, mormente em razão de não ter havido uma sindicância policial a demonstrar que no local funcionava uma casa de prostituição.

Como visto, a polícia apenas realizou as investigações relativas ao fato descrito na denúncia – conforme descrito no relatório de f. 118-143 – sem a preocupação com a apuração da habitualidade ou exclusividade da prática de prostituição no estabelecimento do apelante, restando evidenciada a ausência de materialidade do crime previsto no art. 229, do Código Penal.

Mesmo que se afirme inexigível a realização de sindicância policial, é certo que sem a comprovação de que o estabelecimento onde se encontravam algumas garotas de programa visava com exclusividade (ou como atividade principal) e habitualidade a exploração lucrativa da prostituição, fica evidenciada a insuficiência probatória quanto à materialidade do delito.

Sem provas suficientes quanto à materialidade delitiva, impõe-se a absolvição do recorrente, com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso interposto por Munir Sadeq Ramunieh, para reformar a sentença e absolve-lo da imputação referente ao crime descrito no art. 229, do Código Penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, UNÂNIME E CONTRA O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Carlos Eduardo Contar, Claudionor Miguel Abss Duarte e Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 31 de agosto de 2009.

Apelação Criminal n. 2009.006066-3 – Amambai
Segunda Turma Criminal
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

E M E N T A - APELAÇÃO CRIMINAL – PENAL – CORRUPÇÃO DE TESTEMUNHA – CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO E COERENTE – CONFIRMAÇÃO DA PROPOSTA DE PAGAMENTO EM DINHEIRO – TESTEMUNHAS QUE NÃO CUMPREM O COMBINADO – IRRELEVÂNCIA – DEPOIMENTO DE ADOLESCENTE – VALIDADE – ERRO DE PROIBIÇÃO – RÉ ORIUNDA DE ALDEIA INDÍGENA – PESSOA INTEGRADA À SOCIEDADE E ÀS SUAS REGRAS – NÃO PROVIMENTO.

O crime de corrupção de testemunha para o fim de produzir efeito em processo penal se consuma com o oferecimento da proposta de pagamento ou vantagem, não importando se os depoentes faltaram ou não com a verdade.

Comprovado que a acusada ofereceu dinheiro às testemunhas que iriam prestar depoimento em processo em que o réu é seu esposo, a fim de beneficiá-lo, impõe-se a condenação pelo crime previsto no art. 343, parágrafo único, do Código Penal.

Excetuadas as restrições impostas por lei, qualquer pessoa pode ser testemunha, não sendo impedida a criança ou adolescente, cabendo ao julgador valorar a relevância da prova colhida e conferir-lhe a devida credibilidade.

Mesmo oriunda de aldeia indígena, uma vez comprovado que a acusada acha-se integrada à sociedade e às suas regras, onde convive e – inclusive – participa como cidadã (eleitora), não há falar em erro de proibição, pelo simples fato de suas origens étnicas ou por ser analfabeta.

Apelação criminal defensiva a que se nega provimento, quando verificado o acerto da sentença condenatória.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, negar provimento ao recurso, unânime e com o parecer.

Campo Grande, 3 de agosto de 2009.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Trata-se de apelação criminal interposta por Augusta Ferreira, condenado pela prática do crime previsto no artigo 343, parágrafo único, do Código Penal, ao cumprimento das penas de 4 (quatro) anos, 9 (nove) meses e 5 (cinco) dias de reclusão em regime semiaberto, e ao pagamento de 100 (cem) dias-multa.

A recorrente pede a absolvição, ante a insuficiência de provas de que tenha oferecido dinheiro às testemunhas e pela não caracterização do crime.

Sustenta que agiu sob a excludente de culpabilidade do erro sobre a ilicitude do fato (art. 21 do Código Penal), em razão da sua condição de indígena e semianalfabeta.

O apelado bate-se pelo não provimento do recurso (f. 129-135).

A Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo improvimento (f. 143-150).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator)

Augusta Ferreira, inconformada com a sentença que a condenou pela prática do crime previsto no artigo 343, parágrafo único, do Código Penal, ao cumprimento das penas de 4 (quatro) anos, 9 (nove) meses e 5 (cinco) dias de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 100 (cem) dias-multa, interpõe recurso de apelação criminal.

A apelante foi denunciada, porque – aos 20 de outubro de 2006, por volta das 16h, no interior da sala de audiências da 1ª Vara da comarca de Amambai – ofereceu dinheiro às testemunhas Rosilene Benites, Rosilene Benites e Valdemor Ferreira, para que elas fizessem afirmação falsa em processo penal.

Segundo a recorrente, a testemunha Valdenor sequer testemunhou, nem poderia, pois era menor; que não teve a oportunidade de se retratar e que não teria condições financeiras de cumprir a promessa de entrega de dinheiro às testemunhas.

Sem razão a apelante, contudo. É irrelevante a eventual retratação da acusada quanto à proposta de oferecimento de dinheiro às testemunhas, ou mesmo que estas não tenham realmente prestado depoimentos falsos e recebido o dinheiro prometido, para a caracterização do tipo penal descrito no art. 343, parágrafo único, do Código Penal.

O crime de corrupção de testemunhas, a fim de produzir efeito em processo penal efetiva-se com o simples oferecimento do dinheiro, conforme ensina a doutrina, *in verbis*:

Consuma-se o crime de corrupção ativa de testemunha ou perito com a dação, oferta ou promessa de dinheiro ou qualquer outra vantagem, material ou moral (crime de mera atividade). É irrelevante que a oferta ou promessa seja aceita pela testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete. É igualmente desnecessário que qualquer deles faça afirmação falsa, negue ou cale a verdade em depoimento, perícia, cálculo, tradução ou interpretação. (Destaques não originais.)

Note-se que as testemunhas ouvidas perante a autoridade policial foram uníssonas e seguras em afirmar que a apelante ofereceu dinheiro para que mentissem em juízo (f. 7-9), em benefício de Astúrio Rossati – esposo da recorrente – que está sendo acusado pela prática de homicídio nos autos n. 004.06.003095-3, em curso na comarca de Amambai.

Estes depoimentos foram confirmados em juízo pelas testemunhas Rosilene Benites– depoimento prestado nestes autos, à f. 86 – e por Rosilene Benites, nos autos n. 004.06.003095-3 (f. 15-16); além disso, o

Promotor de Justiça Ricardo Rotunno declarou ter presenciado o oferecimento de dinheiro às testemunhas, nos seguintes termos (f. 87):

[...] as demais testemunhas que também foram ouvidas no processo crime confirmaram que a ré tinha lhes prometido dinheiro para mentir em juízo em favor de seu marido; que inclusive teve uma testemunha que afirmou ter recebido R\$ 25,00 adiantados e que este dinheiro ele teria usado para comprar um tênis; que confirma que o tênis trata-se do constante às f. 23; que ainda foram a ré e testemunhas confrontadas e elas perante a ré reafirmaram a promessa do dinheiro bem como, a entrega dos R\$ 25,00.

Assim, indeclináveis no caso tanto a autoria, que recai indubitavelmente sobre a pessoa da recorrente, quanto a materialidade do crime de corrupção de testemunha, a fim de produzir efeito em processo penal.

Também não há falar que depoimentos de menores não possuem validade, pois com exceção das restrições dispostas nos artigos 206 a 208, ambos do Código de Processo Penal, a lei adjetiva não faz nenhuma discriminação em relação ao tipo de pessoa que poderá ser testemunha, ao contrário, afirma que – de regra – todos podem sê-la.

Por outro lado, também não procede a alegação de que a recorrente agiu sob o pálio da excludente de culpabilidade do erro sobre a ilicitude do fato, sob o argumento de que desconhecia a proibição quanto à sua conduta em razão da sua condição de indígena, porque não há nos autos nenhuma prova – que, em tal situação, cabia à defesa obter – que demonstrasse a falta de contato com a sociedade.

Muito pelo contrário, evidencia-se que a apelante fala a língua portuguesa com fluência, tanto que não teve dificuldades em expressar a sua negativa de autoria (f. 10, 39-40); também informou que estudou até o segundo ano do ensino fundamental e, destaque-se, ou seja, perfeitamente integrada, podendo votar e ser votada, na forma das leis que a amparam.

O fato de ser a apelante oriunda da Aldeia Amambai (f. 19) não a exime de conhecer a ilicitude da conduta por ela praticada, pois manifesta é a sua integração na sociedade, sendo evidente que o “suborno” pretendido trata-se de vantagem que sabia imprópria, ilegal e imoral em qualquer cultura.

Ante todo o exposto, **nego provimento** ao recurso de apelação criminal interposto por Augusta Ferreira.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, UNÂNIME E COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Carlos Eduardo Contar, Claudionor Miguel Abss Duarte e Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 3 de agosto de 2009.

Apelação Criminal n. 2009.015713-1 – Coxim
Segunda Turma Criminal
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

E M E N T A - APELAÇÃO CRIMINAL – PENAL – CRIME AMBIENTAL – ARMAZENAMENTO DE PESCADO FORA DA MEDIDA E SEM COMPROVAÇÃO DE ORIGEM – ALEGADA INSUFICIÊNCIA DE PROVAS E INAPTIDÃO DO LAUDO PERICIAL – EXAME QUE SE DESTINA À VERIFICAÇÃO DOS EXEMPLARES E SUAS MEDIDAS – AUSÊNCIA DE PROVA QUANTO À ORIGEM DOS PEIXES – REDUÇÃO DA PENA-BASE – MAUS ANTECEDENTES E CULPABILIDADE RAZOAVELMENTE INTENSA – NÃO PROVIMENTO.

O laudo pericial realizado após a apreensão do pescado não serve para comprovar a procedência das espécies apreendidas armazenadas para comércio (no sentido de saber se nativos ou de criadouro), mas sim quanto ao tipo e medida dos peixes objetos de análise.

Não demonstrada documentalmente a origem lícita da mercadoria impõem-se a condenação pelo crime descrito no art. 34, parágrafo único, III, da Lei n. 9.605/98.

Havendo mais de uma circunstância judicial desfavorável caracterizada pelos maus antecedentes e culpabilidade da ré justifica-se a fixação da pena-base em patamar um pouco acima do mínimo legal.

Apelação criminal defensiva a que se nega provimento, ante a segurança do acervo probatório e da correta fixação da pena.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, negar provimento ao recurso, unânime e com o parecer.

Campo Grande, 21 de setembro de 2009.

Des. Carlos Eduardo Contar – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Thereza Alves de Lima interpõe apelação criminal objetivando a reforma da sentença que a condenou a pena total de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de detenção, em regime aberto, substituída por restritiva de direito, pela prática do crime descrito no art. 34, parágrafo único, III, da Lei n. 9.605/98, c/c art. 14 (comercialização de pescado em desacordo com a legislação ambiental), do Decreto n. 11.724/04.

Aduz que não há provas suficientes para a sua condenação, e que a pena-base foi estabelecida de modo exacerbado na sentença.

Contrarrazões pelo não provimento do recurso (f. 117-124).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina no mesmo sentido (f. 131-136).

VOTO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Thereza Alves de Lima objetivando a reforma da sentença que a condenou à pena total de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de detenção, em regime aberto, substituída por restritiva de direito, pela prática do crime descrito no art. 34, III, c/c art. 14, do Decreto n. 11.724/04.

A recorrente foi denunciada porque – aos 29 de julho de 2006, por volta das 12h30min, na Conveniência e Peixaria Douradenses Ltda., em Coxim – estava armazenando para fins de comercialização, pescados sem a documentação que comprovasse a sua origem e que apresentavam medidas inferiores às permitidas pela legislação ambiental.

A recorrente almeja a absolvição e a redução da pena-base.

A materialidade delitiva restou comprovada pelo “Auto de Prisão em Flagrante” (f. 05), pelo relatório de ocorrência (f. 11), e laudo pericial (f. 24-25), que demonstraram a extrapolação das medidas dos peixes apreendidos, bem como a ausência de documentos que comprovassem onde os produtos foram adquiridos.

Ainda que a defesa alegue ser nulo o “Laudo Pericial”, em razão da inexistência de exame que apontasse a origem do pescado – se de cativoiro ou de rios da região – é certo esse questionamento não passa de sofisma; o laudo pericial não foi produzido com a finalidade de apontar a origem dos peixes, mas sim as espécies e as suas medidas.

A origem do pescado se comprova mediante documentos aptos para esse fim; assim, o laudo de f. 24-25 é perfeito e válido, servindo para comprovar a materialidade do delito descrito no art. 34, III, da Lei n. 9.605/98.

Aliás, ao tentar demonstrar a origem dos peixes apreendidos em seu estabelecimento, a defesa juntou o documento de f. 55, que se trata de uma nota fiscal com data de emissão (29 de setembro de 2006) posterior à apreensão (29 de junho de 2006).

As testemunhas de defesa (f. 61-62) não informaram nada de concreto a respeito dos fatos, fazendo apenas deduções sobre a compra de peixes pela recorrente. De outro tanto, o Policial Militar Ambiental Valfrido Pereira Assis descreveu com clareza que a apelante armazenava peixes para comercialização sem documentação de origem, e alguns deles fora da medida, asseverando *in verbis* (f. 06):

[...] efetuaram uma vistoria de rotina na ‘Conveniência e Peixaria Douradenses’, localizada na Av. Presidente Vargas, n. 761, de propriedade de Thereza Alves de Lima; QUE, no local foi constatado o armazenamento de pescado para comercialização, sendo que constatarem a presença de sete exemplares de pescado da espécie ‘pacu’,

com tamanho inferior ao permitido por Lei e, todo o estoque de pescado existente naquele estabelecimento, estava sem documentação, não se constatando a origem do pescado, sendo 32 kg da espécie pacu, 03 kg de piraputanga, 2,5 kg de Dourado e 01 kg de Piauçu, totalizando 38 kg [...] QUE, foi acionado a perícia, sendo que foi ao local o Celso Rodrigues.

Desse modo, a manutenção da sentença condenatória é medida que se impõe.

De outro vértice, a pena-base fixada pelo Juiz singular não merece reparos, porque foram acrescidos apenas 8 (oito) meses à pena mínima abstrata para o referido tipo penal, havendo uma grande diferença com o patamar máximo (3 anos).

Inobstante já estar demonstrada a proporcionalidade da fixação da pena pelo ângulo dos intervalos entre o mínimo e o máximo da pena determinados para o crime do art. 34, parágrafo único, III, da Lei n. 9.605/98, a sentença também considerou que a recorrente possui maus antecedentes (f. 74-75 e 80) e a culpabilidade “é de envergadura pouco acima do normal” (f. 98); essas circunstâncias são aptas para justificar o estabelecimento da pena-base em patamar um pouco acima do mínimo legal.

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso interposto por Thereza Alves de Lima, mantendo inalterada a sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, UNÂNIME E COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargador Carlos Eduardo Contar, Juiz Manoel Mendes Carli e Desembargador Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 21 de setembro de 2009.

Apelação Criminal n. 2009.015812-6 – Miranda
Segunda Turma Criminal
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – CO-AUTORIA – NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA VINCULAÇÃO DO AGENTE COM A CONDUTA DELITIVA – IMPOSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA DE TODOS OS OCUPANTES DA RESIDÊNCIA – ÔNUS PROBATÓRIO DA ACUSAÇÃO – CONFIRMAÇÃO DA PROPRIEDADE DA DROGA POR UM DOS RÉUS – ALEGAÇÃO DE POSSE PARA CONSUMO PRÓPRIO – INVIABILIDADE – *MODUS OPERANDI* QUE DEMONSTRA A MERCANCIA – ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – CRIME PLURISSUBJETIVO – CONDENAÇÃO DE APENAS UM RÉU POR TRÁFICO – IMPOSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO – RECURSO MINISTERIAL – PEDIDO DE EXCLUSÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4.º, LEI N. 11.343/06 – DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA – ÔNUS PROBATÓRIO DA ACUSAÇÃO – INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – IMPOSSIBILIDADE DE PRESUNÇÃO PELO DESEMPREGO – RECURSOS DEFENSIVOS PROVIDOS PARA AFASTAR A CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E MANTER APENAS A CONDENAÇÃO DE UM RÉU POR TRÁFICO DE DROGAS – RECURSO MINISTERIAL IMPROVIDO.

Para que a acusação de tráfico de drogas, em co-autoria, seja procedente, é imprescindível que o órgão acusatório demonstre a existência de ligação de todos os agentes com a conduta delitiva.

Não é possível a acusação generalizada tráfico de todos os ocupantes da residência em que a droga foi localizada, invertendo-se o ônus da prova, ou seja, que seriam os réus incumbidos de provar que não traficavam. O ônus de demonstrar a autoria é da acusação, não sendo necessário analisar qualquer contradição nos depoimentos dos acusados, se o *Parquet* não consegue demonstrá-la.

A confirmação da propriedade da droga por um dos réus, alegando ser para consumo próprio, não enseja a desclassificação para o crime previsto no art. 28, da Lei n. 11.343/06, quando o *modus operandi* (vários pedaços de plástico recortados e separados para embrulhar drogas) demonstra intuito comercial.

O crime de associação para o tráfico (art. 35, Lei n. 11.343/06) é plurissubjetivo. Assim sendo, havendo a condenação de apenas um réu pelo tráfico de drogas, a manutenção da condenação por associação é completamente inviável.

O ônus probatório quanto à dedicação à atividade criminosa é do órgão de acusação, sendo incabível presumi-la somente pelo fato de o agente estar desempregado. Não havendo provas suficientes, a causa de diminuição do art. 33, § 4.º, Lei n. 11.343/06, deve ser mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, negar provimento ao recurso ministerial e dar provimento ao recurso defensivo, nos termos do voto do relator, unânime e contra o parecer.

Campo Grande, 20 de julho de 2009.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Trata-se de recursos de apelação interpostos por Alexandre Velasquez Duarte, Júnior Velasquez dos Santos, Evanilda dos Santos Afonso, Franks de Brito Rodrigues e pelo Ministério Público Estadual, objetivando a reforma da sentença (f. 394-412), que condenou os denunciados às seguintes penas:

Júnior Velasquez dos Santos e Franks de Brito Rodrigues foram condenados a 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 950 (novecentos e cinquenta) dias-multa, pela infringência aos artigos 33, *caput* (Tráfico de substância entorpecente), e 35 (Associação para o tráfico), ambos da Lei n. 11.343/06.

Inconformados com o *decisum*, o apelante Júnior Velasquez dos Santos, aduz, em apertada síntese, que (f. 538-574): 1) deve ser absolvido dos ilícitos por ausência de provas; 2) subsidiariamente, deve haver adequação da pena ante a quantidade da droga apreendida. Franks de Brito Rodrigues aduz, em apertada síntese que (f. 481-488): 1) deve ser absolvido do crime de tráfico, porquanto a droga apreendida era para seu próprio consumo, bem como do crime de associação para o tráfico, ante a ausência de provas; 2) subsidiariamente, a redução da pena-base.

Em contrarrazões, o Ministério Público Estadual pugna pelo não provimento dos recursos (f. 577-588).

A Procuradoria-Geral de Justiça (f. 592-609), de igual forma, pugna pelo não provimento dos apelos, entretanto, opina pelo reconhecimento, *ex officio*, da atenuante de pena prevista no art. 65, I, do Código Penal (agente menor de 21 anos à época dos fatos), tão somente para o apelante Júnior Velasquez dos Santos.

Alexandre Velasquez Duarte e Evanilda dos Santos Afonso foram condenados a 9 (nove) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 1.350 (mil trezentos e cinquenta) dias-multa, pela infringência aos artigos 33, *caput* (Tráfico de substância entorpecente), e 35 (Associação para o tráfico), ambos da Lei n. 11.343/06.

Em suas razões de apelação (f. 538-574), Alexandre Velasquez Duarte aduz, em apertada síntese, que: 1) deve ser absolvido dos ilícitos por ausência de provas; 2) subsidiariamente, deve haver adequação da pena ante a quantidade da droga apreendida. Evanilda dos Santos Afonso aduz, em apertada síntese, que (f. 465-478): 1) deve ser absolvida dos crimes descritos na denúncia, por ausência de provas; 2) subsidiariamente, a redução da pena-base.

Em contrarrazões, o Ministério Público Estadual pugna pelo não provimento dos recursos (f. 577-588).

A Procuradoria-Geral de Justiça (f. 592-609), opina, de igual forma, pelo não-provimento dos apelos.

O Ministério Público Estadual se insurge contra a sentença, aduz que os recorridos Franks e Júnior não fazem jus à causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, porquanto foram condenados por associação para o tráfico, e requer, assim, a reforma da sentença (f. 442-448).

Em contrarrazões, os apelados pugnam pelo não provimento do recurso (f. 513-520 e 533-534).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento do recurso ministerial (f. 592-609).

VOTO

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

Trata-se de Apelações Criminais interpostas por Alexandre Velasquez Duarte, Júnior Velasques dos Santos, Evanilda dos Santos Afonso, Franks de Brito Rodrigues e pelo Ministério Público Estadual, inconformados com a sentença (f. 394-412), que os condenou pela prática dos crimes previsto nos artigos 33, *caput* (tráfico de drogas), e 35 (associação para o tráfico), ambos da Lei n. 11.343/06.

Evanilda dos Santos Afonso e Alexandre Velasquez Duarte foram condenados às penas de 6 (seis) anos de reclusão e de 600 (seiscentos) dias-multa, pela prática do crime do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, e de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa, pela prática do crime do art. 35 da Lei n. 11.343/06. Praticados em concurso material, as penas totalizam 9 (nove) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 1.350 (mil trezentos e cinquenta) dias-multa.

Franks de Brito Rodrigues e Júnior Velasques dos Santos, beneficiados pela concessão da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, foram condenados às penas de 2 (dois) anos e (seis) meses de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, pela prática do crime do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, e de 3 (três) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa, pela prática do crime do art. 35 da Lei n. 11.343/06. Praticados em concurso material, as penas totalizam 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 950 (novecentos e cinquenta) dias-multa.

Consta na denúncia que, no dia 17 de março de 2008, na residência situada na Rua Aurora, 195, Bairro Santa Cruz, na Cidade de Miranda, uma equipe composta por policiais militares e civis apreendeu 8 (oito) porções de cocaína, 1 (uma) porção de maconha, 2 (duas) balanças de precisão, 2 (duas) embalagens de bicarbonato de sódio, 1 (uma) tesoura, vários plásticos cortados e R\$ 123,00 (cento e vinte e três reais), em espécie.

Consta, ainda, que o local era conhecido como “*Boca da Vânia*” e vinha sendo monitorado há meses pela polícia civil, ante as inúmeras denúncias anônimas, por meio das quais informavam que ali funcionava, corriqueiramente, um ponto de distribuição de drogas. Os denunciados teriam se unido de forma estável e permanente para a prática reiterada de tráfico ilícito de entorpecentes, onde cada qual exercia atividade bem definida no grupo.

Por ordem de prejudicialidade, os recursos defensivos devem ser analisados em primeiro lugar, já que o ministerial trata apenas de dosagem de pena.

Em primeiro lugar, todos os apelantes sustentam a tese absolutória, tanto do crime de tráfico quanto do crime de associação para o tráfico. Assim sendo, torna-se possível a análise conjunta das condutas.

Evanilda dos Santos Afonso sustenta que a condenação foi baseada na comprovação da materialidade, visto que foi localizada droga na residência, e na presunção de autoria, já que todos os presentes na residência foram condenados por tráfico, e não existiriam elementos que indicassem de forma satisfatória o conhecimento da apelante sobre a droga. Ademais, seu desconhecimento acerca da existência da droga em sua residência ensejaria a absolvição do crime de associação para o tráfico, por consequência.

De fato, assiste razão às alegações da apelante.

O único ponto relevante tomado em consideração para a sua condenação foi a informação dada pelos policiais que realizaram a apreensão da droga, de que ali funcionava a “*Boca da Vânia*”, e que este seria o seu apelido. Na verdade, esta alcunha não é comprovada nos autos.

Há apenas o depoimento (f. 346) do corréu Junior Velasquez dos Santos que confirma o conhecimento do apelido: “*sabe dizer que a acusada Evanilda é conhecida por ‘Vania’*”. Entretanto, este fato deve ser analisado com cautela. Observe-se que não se trata de depoimento tomado na forma de estenotípia, portanto depende do ditado do juiz da causa para a sua transcrição.

É óbvio que não se está colocando em xeque a lisura do magistrado que tomou o depoimento. Todavia, é sabido que a forma como a frase é escrita pode alterar completamente seu conteúdo.

Esta observação é importante, porque no mesmo dia em que o depoimento de Junior Velasquez dos Santos foi tomado, seu irmão Alexandre Velasquez Duarte prestou depoimento (f. 348) e esclareceu que: “*tomou conhecimento ‘pelo papel’ que recebeu na Delegacia de que o apelido de Evanilda é ‘Vânia’*”.

A acusação é justamente de que Alexandre visitava, constantemente, a residência de Evanilda para trazer drogas. Neste sentido, seria bastante estranho que admitisse o conhecimento do apelido da corré somente depois de ser preso, enquanto seu irmão – Junior –, que, aparentemente, esteve poucas vezes ali, saberia a alcunha de antemão.

Excetuada esta questão, é imperioso reconhecer que não há mais nenhum elemento probatório que ligue a conduta da apelante à de tráfico de drogas ou associação para o tráfico. Deve-se mencionar que a existência de uma condenação anterior por tráfico poderia ser utilizada na fixação de eventual pena, jamais para a verificação de autoria.

Chama a atenção, ainda, o fato de os policiais interrogados afirmarem que realizaram campana por bastante tempo e receberam muitas denúncias anônimas de que ali funcionaria uma boca de fumo, mas não se conseguiu colacionar o testemunho de nenhum usuário de drogas que tenha negociado com a apelante.

É claro que a formação do convencimento judicial dispensa algumas formalidades exacerbadas. Contudo, é inconcebível a manutenção de uma condenação fundada apenas nos depoimentos isolados de policiais, quando eles mesmos deixam claro que havia outros elementos probatórios, que, inexplicavelmente, não foram trazidos ao processo.

Neste sentido, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro já manifestou entendimento:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS.

Apelante surpreendido em local onde no dia anterior teria ocorrido operação policial, visando evitar tráfico de entorpecentes, ocasião em que diversas pessoas e adolescentes foram presos e apreendidos.

Ausência de elementos capazes de vincular o apelante ao fato anterior ou que tenha se evadido durante a operação.

Policiais que no dia posterior encontram o apelante próximo ao local, mas não portando o entorpecente, que foi encontrado em um terreno, não sendo o apelante visto se descartando do referido tóxico.

Prova insuficiente para a condenação.

Informações anônimas a respeito do apelante de que ele participava do grupo preso anteriormente e que tinha a guarda do entorpecente encontrado em terreno baldio, não são suficientes para manter a condenação.

Impossibilidade de uma condenação fundada na sugestibilidade, alterabilidade e fluuabilidade da voz popular, derivada de comentários anônimos e possivelmente inspirada em boatos que tanto propagam o falso como o verdadeiro.

Recurso integralmente provido para absolver o apelante. Maioria. (TJRJ, ACr n. 2006.050.07299, Sexta Câmara Criminal, Des. Antonio Carlos Amado, julgado em 23.7.2008, Ementário 1542009).

É certo que a apelante mantinha relacionamento conjugal com Franks – que assumiu a propriedade de toda a droga. Ocorre que este fato, *per se*, não pode servir de fundamento para presumir seu conhecimento de que o companheiro era usuário e/ou traficante de drogas. Afinal, existem incontáveis exemplos de pessoas que conseguem esconder o vício de seus cônjuges, por anos a fio, ainda mais numa situação familiar desajustada, como a que se observa nos autos.

Alexandre Velasquez Duarte e Junior Velasquez dos Santos aduzem que não existe nenhuma prova que os liguem à substância entorpecente encontrada na residência que se encontravam, portanto deveriam ser absolvidos.

O pleito deve ser atendido.

Inicialmente, deve-se esclarecer que a jurisprudência nacional admite, tranquilamente, que o testemunho de policiais envolvidos com a prisão do réu sejam utilizados como prova. Para inadmissão seria necessária a demonstração de suspeição ou impedimento do policial, que nem sequer foi questionada pela defesa técnica.

Ocorre, entretanto, que a análise das provas deve se dar de forma global, afinal, o conjunto probatório é uno. Ademais, as declarações dos policiais devem ser interpretadas como a de qualquer testemunha, ou seja, caso narrem situações que não estão demonstradas nos autos, não se pode admiti-las verdadeiras.

O que se observa é que a sentença condenatória se pautou, exclusivamente, nas contradições existentes entre os depoimentos dos acusados, enquanto silenciou sobre as contidas nas declarações dos policiais.

O Policial Civil Enio Dias, em seu depoimento judicial (f. 236-237), afirma que:

MP: o senhor participou de alguma campanha perto da residência dos acusados?

Testemunha: não.

[...]

MP: ficou constatado que essa droga estava vindo de onde?

Testemunha: pela denúncia anônima de Corumbá/MS

MP: através das investigações quem, trazia a droga de Corumbá para Miranda?

Testemunha: precisamente não.

MP: algum dos acusados indicados na denúncia transportava a droga de Corumbá para Miranda para revender?

Testemunha: não.

[...]

Juízo: a droga foi encontrada em que lugar?

Testemunha: a droga foi encontrada no muro dentro do terreno da casa.

Juízo: As balanças eram balanças de precisão? Onde foram encontradas?

Testemunha: Sim, no interior da casa.

Juízo: Os plásticos para acondicionamento de droga foram encontrados em que local?

Testemunha: Em cima do guarda-roupa existente no quarto co casal juntamente com uma tesoura. A droga apreendida estava acondicionada no mesmo tipo de plástico apreendida na cor preta.

Juízo: os quatro acusados moravam no local dos fatos?

Testemunha: Não sei, não.

Juízo: as pessoas que ligavam fazendo denúncia que ali funcionava como boca de fumo indicavam quais acusados como traficantes?

Testemunha: O Franks e a Evanilda como donos da boca. Quem abastecia a boca de fumo, segundo as denúncias pela fisionomia apontada, era o acusado Alexandre Velasques.

Juízo: Qual era a participação do Junior nesse crime?

Testemunha: o Junior eu não sei.

Juízo: Quando o senhor chegou na casa o que o Junior estava fazendo?

Testemunha: O Junior estava no banheiro.

Deste depoimento é possível se extrair que a única convicção da testemunha que leva à culpabilidade de Alexandre e Junior decorre da opinião de outros policiais ou de denúncias anônimas.

A própria testemunha reconhece que nunca fez nenhuma campana no local, portanto, não é possível que informe se havia ou não movimentação de usuários e motos, como foi afirmado pelo membro do *Parquet*.

Perguntado, diretamente, se ficou constatado de onde vinha a droga apreendida, limitou-se a dizer que a denúncia anônima dizia ser de Corumbá. Na sequência, questionado se algum dos acusados trazia a droga de Corumbá, afirmou que não. E, ao final de seu depoimento, afirmou ser Alexandre o abastecedor da boca de fumo, com base no que diziam as denúncias anônimas.

Chama a atenção, ainda, o fato de ele esclarecer que o plástico e a tesoura, que a acusação reputa indicar a prática de tráfico de drogas de conhecimento de todos, estavam sobre o mesmo guarda-roupa em que a arma de fogo foi localizada. Isso porque, desde o primeiro momento, o acusado Franks assume a propriedade da arma, da droga e de todos os petrechos, mas a acusação admite o desconhecimento dos demais apenas em relação à primeira.

Por fim, a testemunha não traz nenhum elemento de convencimento em relação ao recorrente Junior, afirmando apenas que não sabia nada sobre ele e que estava no banheiro no momento da abordagem.

O depoimento judicial (f. 239-241) do Policial Civil Marcos Figueiredo Silva também mantém a mesma linha contraditória:

MP: o senhor participou de alguma campana perto da residência dos acusados?

Testemunha: a gente sabia já, tinha informações que na residência indicada na denúncia funcionava o tráfico drogas. O depoente via grande movimento de motos e de usuários de drogas naquele local, mas nunca fizeram a abordagem, pois ficaram aguardando o dia certo e a hora certa para realizar a diligência.

[...]

MP: ficou constatado que essa droga estava vindo de onde?

Testemunha: de Corumbá/MS

MP: através das investigações quem, trazia a droga de Corumbá para Miranda?

Testemunha: apenas foram denúncias anônimas dizendo que Alexandre trazia droga de Corumbá para Miranda e seus irmãos abasteciam, toda Miranda.

MP: a residência, local dos fatos, era de quem?

Testemunha: de Franks, o 'Pantera'. Nós nunca comprovamos que era Alexandre que trazia droga de Corumbá. Inclusive nós fizemos um levantamento com a PRF sobre a denúncia de que Alexandre e Junior faziam o trajeto de Miranda a Corumbá e de Corumbá a Miranda transportando drogas. A única coisa que tínhamos certeza era de que o Alexandre viajava muito de Miranda para Corumbá e de vez em quando não ficava certo se vinha de Corumbá para Miranda ou para Aquidauana.

MP: Pelas denúncias anônimas as características físicas de quem transportava a droga batiam com as de Alexandre?

Testemunha: com certeza.

[...]

Juízo: as pessoas que ligavam fazendo denúncia que ali funcionava como boca de fumo indicavam quais acusados como traficantes?

Testemunha: O Franks e a mulher dele Evanilda, o Alexandre e o Junior.

Juízo: qual era a função de cada um dos acusados na empreitada criminosa?

Testemunha: o Alexandre fazia batida para o transporte da droga de Corumbá para Miranda. O Franks e Evanilda vendiam a droga na residência dos mesmos. O Junior distribuía para outros lugares.

Nota-se que a testemunha apresentou convicção formada da traficância de todos os acusados, baseando-se unicamente em denúncias anônimas. Aliás, é imperioso notar que ela mesma afirma que nunca comprovaram que Alexandre trazia drogas de Corumbá. O reconhecimento deste recorrente é fundado tão-somente nas características relatadas pelas tais denúncias anônimas.

Quanto ao recorrente Junior, os elementos de convencimento são ainda mais frágeis. A testemunha, com base apenas em denúncias anônimas, afirma que o recorrente era o responsável pela distribuição de drogas em “*outros lugares*”. Chama a atenção, o fato de a acusação admitir que esta única informação pode transformar uma pessoa em distribuidor atacadista de substância entorpecente.

Finalmente, o depoimento judicial (f. 330-332) do Policial Militar Paulo Roberto Amarilho, traz as seguintes informações:

JUIZ: O senhor participou da diligência?

DEPOENTE: Não participei.

JUIZ: Não participou?

DEPOENTE: Não.

JUIZ: O senhor tem conhecimento desses fatos de que forma?

DEPOENTE: É porque, em uma ocorrência anterior eu estava em busca deles, desse pessoal. Só que foi numa ocorrência anterior. Que eu entrei, eu tentei adentrar numa vila que eles estavam, mas aí nós fomos recebidos a tiros, entendeu?

JUIZ: Isso foi em Miranda ou em Corumbá?

DEPOENTE: Miranda. Se não me engano, agora que eu estou me recordando, eles são daqui de Corumbá eles foram para lá pra... Eles estavam fazendo uma linha de tráfico, aí eles... Nós tivemos denúncia, aí eu fui com a viatura até esse local, que não é esse que o senhor falou. Aí eu tentei adentrar, só que nós fomos recebidos a tiros. E essa gangue, ela conseguiu se evadir, entendeu? Aí, numa outra oportunidade, que eu vim... Eu já estava de folga, vim para Corumbá, aí outra equipe da Polícia Militar, juntamente com a Polícia Civil, teve êxito na busca. Aí eu não sei

[...]

JUIZ: O senhor, então, diretamente, não tomou conhecimento desses fatos, aqui narrados, sobre essa droga encontrada nesse local, sobre essa arma em questão? O senhor, diretamente, não tem conhecimento desses fatos?

DEPOENTE: Não, não tenho conhecimento.

JUIZ: Mas o senhor tem conhecimento que essas pessoas faziam parte de uma quadrilha que fazia tráfico de drogas?

DEPOENTE: Com certeza.

Inicialmente, verifica-se que a testemunha nem sequer participou da diligência que apreendeu a droga e prendeu os acusados. Aliás, inquirido se tinha conhecimento dos fatos narrados na denúncia, ele afirmou, categoricamente, que não; e, na sequência, afirmou categoricamente que os acusados faziam parte de uma quadrilha de tráfico de drogas.

Analisando, detidamente, as informações trazidas pelo depoente, constata-se que a única informação relevante foi a existência de uma diligência anterior em que a Polícia teria sido recebida à bala pela quadrilha de traficantes.

A própria testemunha, entretanto, afirma que as pessoas que atiraram nos policiais não foram capturadas e nem identificadas, portanto, não há maneira de saber se eram os recorrentes. Ademais, em que pese ser criminoso, este evento não está sob julgamento neste processo.

Diante de todo este cenário probatório, há que se reconhecer a existência de elementos contraditórios nos depoimentos dos apelantes – como o tempo que conheciam o apelante Franks, a quantidade de vezes que viajaram para Miranda e o namoro de Junior com a filha de Evanilda, por exemplo –, todavia, o simples fato de os apelantes Alexandre e Junior estarem na residência em que a droga foi localizada não os coloca como traficantes.

Neste ponto, é importante frisar que o ônus probatório recai sobre o órgão de acusação. A análise das versões dos acusados mostra-se despendiosa se a acusação não consegue demonstrar nenhuma ligação entre os réus e o tráfico de drogas.

Assim sendo, em relação aos apelantes Alexandre, Evanilda e Junior, deve ser consagrado o princípio do *in dubio pro reo*, resultando na absolvição do crime de tráfico de drogas, por insuficiência de provas.

Franks de Brito Rodrigues alega que, desde o momento da abordagem policial, assumiu a propriedade isolada da droga, que teria adquirido para uso próprio. Nesta esteira, argumenta a inexistência de qualquer união de desígnios com os demais denunciados para a prática de crime de tráfico, devendo ser absolvido do crime do art. 35, Lei n. 11.343/06.

Verifica-se que, desde o primeiro momento, o recorrente assume a propriedade da droga. Apesar de dizer que seu intento era o consumo próprio, o *modus operandi* demonstra claramente o *animus* de traficar, seja pelas drogas divididas em pequenas trouxinhas, seja pelos plásticos e tesoura localizados sobre o guarda-roupa, junto com a arma de fogo de sua propriedade, por isso, a condenação pelo crime do art. 33, *caput*, da Lei n. 11343/06 deve ser mantida.

Desta forma, até mesmo por não ser pedido da apelação, não se mostra possível a desclassificação da conduta do crime de tráfico de drogas para o de porte de drogas para uso pessoal.

Quanto ao crime de associação para o tráfico, conclui-se que todos os acusados devem ser absolvidos.

Guilherme de Souza Nucci¹ ensina que o crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/06 é “*plurissubjetivo (só pode ser cometido por mais de um agente)*”. Desta forma, havendo a condenação do apelante *Franks*, pelo crime de tráfico de drogas, e a absolvição dos demais, por insuficiência de provas, descaracteriza-se a conduta de associação para o tráfico.

Assim, não é possível manter a condenação de associação para o tráfico dos apelantes Alexandre, Evanilda e Junior, se a acusação não obteve êxito nem mesmo para a demonstração da traficância. De igual forma, é incabível a condenação de apenas Franks pelo crime de associação, por se tratar de crime plurissubjetivo, conforme mencionado nas linhas acima.

Quanto ao recurso ministerial, a única insurgência refere-se à aplicação da causa de diminuição de pena disposta no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 para os recorridos Franks e Junior, por entender que se dedicavam a atividades criminosas e integravam organização criminosa.

De início, observa-se que o pedido está parcialmente prejudicado. Primeiro, porque o apelado Junior está sendo absolvido, portanto não se discute mais a possibilidade de aplicação da causa de diminuição. Segundo, porque a absolvição do apelado Franks do crime de associação para o tráfico torna inconcebível vedar a incidência de uma causa de diminuição por participação em organização criminosa.

Assim sendo, a única insurgência que ainda persiste é referente à dedicação a atividades criminosas do recorrido Franks. Neste ponto, a condenação de Franks por tráfico persistiu apenas pela forma como a droga estava acondicionada, bem como pela localização de petrechos em locais estratégicos, para a confecção de trouxinhas.

Não há nenhum elemento que comprove habitualidade na prática da atividade criminosa, impossibilitando o reconhecimento de dedicação à atividade criminosa. Aliás, neste ponto, convém mencionar ensinamento do próprio Guilherme de Souza Nucci² (mencionado pelas razões ministeriais):

[...] não se compreende o que significa a previsão de não se dedicar às atividades criminosas. Se o sujeito é reincidente ou tem maus antecedentes pode-se supor que se dedique à atividade criminosa. No mais, sendo primário, com bons antecedentes, não há cabimento em se imaginar a dedicação a tal tipo de atividade ilícita.

Portanto, não existindo elementos nos autos que possibilitem afastar a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a sua incidência na dosimetria de pena do acusado constitui um direito subjetivo.

Assim sendo, reformada a sentença, persiste apenas a condenação de Franks de Brito Rodrigues, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, às penas de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa.

Diante do exposto, contrariando o parecer, **dou provimento aos recursos defensivos**, para absolver todos os apelantes do crime do art. 35 da Lei n. 11.343/06, com fulcro no art. 386, II, do CPP, e absolver Evanilda dos Santos Afonso, Alexandre Velasquez Duarte e Junior Velasquez dos Santos, do crime do art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, com fulcro no art. 386, V, do CPP, e **nego provimento ao recurso ministerial**.

¹ Leis penais e processuais penais comentadas. 4. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 366.

² Leis penais e processuais penais comentadas. 4. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 361.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, UNÂNIME E CONTRA O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Claudionor Miguel Abss Duarte, Romero Osme Dias Lopes e Marilza Lúcia Fortes.

Campo Grande, 20 de julho de 2009.

Apelação Criminal n. 2009.016335-4 – Ivinhema
Segunda Turma Criminal
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – INCÊNDIO – LAUDO SUBSCRITO POR UM ÚNICO PERITO – PRETENDIDA NULIDADE – NÃO-OCORRÊNCIA – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – PROVAS DA MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA – EXCLUSÃO DE QUALIFICADORA – AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO ENTRE A DENÚNCIA E A SENTENÇA – INOCORRÊNCIA – ARBITRAMENTO DE QUANTIA PARA REPARAÇÃO DE DANOS CAUSADOS À VÍTIMA – INEXISTÊNCIA DE PEDIDO E CONTRADITÓRIO – CONCESSÃO *EX OFFICIO* – VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA INÉRCIA DA JURISDIÇÃO E AMPLA DEFESA – DECISÃO *ULTRA PETITA* – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Somente se exige a dualidade de peritos quando não sejam eles oficiais, não havendo falar em nulidade do exame quando realizado por um único *expert* oficial.

O farto conjunto probatório, demonstrado por meio da materialidade e dos testemunhos que o apelante incendiou a casa onde habitava com a sua amásia, impede sua absolvição, ainda mais quando o agente não trouxe nenhum elemento de contraprova que elidissem a denúncia.

O réu se defende dos fatos e não da capitulação jurídico-penal dela constante. Assim, não há falar em ausência de correlação entre a denúncia e a sentença se a qualificadora prevista no art. 250, §1º, II, alínea “a”, do CP, embora não capitulada, estava devidamente narrada na denúncia.

O art. 387, IV, do CPP, com redação dada pela Lei n. 11.719/08, possibilita a fixação de *quantum* destinado à reparação dos danos causados à vítima, na sentença penal condenatória. Entretanto, é imprescindível o respeito aos princípios da inércia da jurisdição e da ampla defesa. O arbitramento de *quantum* na sentença, sem nenhum pedido ou defesa das partes durante todo o processo, torna a decisão *ultra petita* e deve ser excluído da decisão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do relator, unânime e contra o parecer.

Campo Grande, 13 de julho de 2009.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

José Lopes Filho interpõe recurso de Apelação Criminal, inconformado com a sentença que julgou procedente a denúncia formulada pelo Ministério Público Estadual.

O réu foi condenado a 4 (quatro) anos de reclusão, em regime aberto, e 16 (dezesseis) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 250, § 1º, II, alínea “a”, do CP (Incêndio em casa habitada ou destinada a habitação), sendo a pena privativa de liberdade substituída em duas restritivas de direitos, consistentes no pagamento de 10 (dez) salários mínimos em favor da vítima e pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, que somados aos 16 (dezesseis) já fixados, totalizam 66 (sessenta e seis) dias-multa a serem recolhidos na forma do art. 50, do Código Penal.

Estabeleceu, ainda, como valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração penal a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Em suas razões recursais o recorrente arguiu preliminar de nulidade da perícia técnica realizada nos autos, vez que elaborada por apenas um perito.

No mérito, sustenta, em apertada síntese, que: 1) deve ser absolvido, uma vez que a materialidade e autoria delitiva não restaram devidamente comprovadas; 2) o valor da reparação de danos fixado em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) é deveras exacerbado, porquanto teria direito a meação dos bens danificados, além do que não houve prejuízo de tamanha monta; 3) a fixação do valor acima mencionado constitui *bis in idem*, visto que já fora fixado o valor de 10 (dez) salários mínimos, a título de indenização a serem pagos à vítima pelo mesmo fato; 4) não foi respeitado o princípio da correlação entre a denúncia e a sentença condenatória, vez que a qualificadora prevista no art. 250, § 1º, II, alínea “a” (casa habitada ou destinada à habitação), do CP não foi capitulada na inicial acusatória.

O Ministério Público Estadual, em contra-razões (f. 278-292), pugna pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo improvimento do recurso (f. 299-310).

VOTO

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

José Lopes Filho interpõe recurso de Apelação Criminal, inconformado com a sentença que julgou procedente a denúncia formulada pelo Ministério Público Estadual.

O réu foi condenado a 4 (quatro) anos de reclusão, em regime aberto, e 16 (dezesseis) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 250, § 1º, II, alínea “a”, do CP (Incêndio em casa habitada ou destinada a habitação), sendo a pena privativa de liberdade substituída em duas restritivas de direitos, consistentes no pagamento de 10 (dez) salários-mínimos em favor da vítima e pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, que somados aos 16 (dezesseis) já fixados, totalizam 66 (sessenta e seis) dias-multa a serem recolhidos na forma do art. 50, do Código Penal.

Estabeleceu, ainda, como valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração penal a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais)

Em suas razões recursais o recorrente arguiu preliminar de nulidade da perícia técnica realizada nos autos, vez que elaborada por apenas um perito.

No mérito, sustenta, em apertada síntese, que: 1) deve ser absolvido, uma vez que a materialidade e autoria delitiva não restaram devidamente comprovadas; 2) o valor da reparação de danos fixado em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) é deveras exacerbado, porquanto teria direito a meação dos bens danificados, além do que não houve prejuízo de tamanha monta; 3) a fixação do valor acima mencionado constitui *bis in idem*, visto

que já fora fixado o valor de 10 (dez) salários mínimos, a título de indenização a serem pagos à vítima pelo mesmo fato; 4) não foi respeitado o princípio da correlação entre a denúncia e a sentença condenatória, uma vez que a qualificadora prevista no art. 250, § 1º, II, alínea “a” (casa habitada ou destinada à habitação), do CP não foi capitulada na inicial acusatória.

O Ministério Público Estadual, em contra-razões (f. 278-292), pugna pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo improvimento do recurso (f. 299-310).

Consta na denúncia que:

[...] O presente inquérito policial fora instaurado para apurar o incêndio ocorrido no dia 08 de junho de 2005, aproximadamente às 20:00 horas, na residência das vítimas Eliana Neres dos Santos e Pamela Regina dos Santos Reis, localizada na Rua 03, n. 205, Bairro Itapoã, nesta cidade.

Foram efetuadas várias diligências para apurar os fatos [...], tendo a vítima Eliana e seus vizinhos indicado como sendo autor do incêndio o denunciado José Lopes Filho, vulgo “Zé Paraguai”, que após o incêndio desapareceu da cidade, não deixando informações de seu paradeiro.

Conforme relato da vítima Eliana, o denunciado veio a incendiar sua residência enquanto a mesma estava na igreja, sendo que o mesmo já havia ameaçado de colocar fogo nesta residência. Logo após os fatos, o denunciado ligou para a vítima confessando sua autoria e comprometeu-se a reparar os danos [...]

1 – Da questão prejudicial de mérito

Em suas razões recursais o recorrente arguiu preliminar de nulidade da perícia técnica realizada nos autos, vez que realizada por apenas um perito.

Inicialmente, cumpre ressaltar que, não obstante o art. 159 do Código de Processo Penal dispor, à época dos fatos, que a elaboração do laudo pericial devia ser realizada por 2 (dois) peritos, disposição alterada através publicação da Lei n.11.690/08, já era remansoso o entendimento de que a presença de apenas 01 (um) perito, desde que oficial, não gera sua nulidade da perícia.

Nesse sentido, remansosa é a jurisprudência dos Tribunais pátrios:

PENAL – PROCESSUAL PENAL – *HABEAS CORPUS* – RÉU MENOR: AUSÊNCIA DE CURADOR NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO A DEFESA – INOCORRÊNCIA DE NULIDADE – LAUDO PERICIAL – SÚMULA 361: INAPLICAÇÃO – ALEGAÇÃO DE INEPCIA DA DENUNCIA – PROVA: EXAME.

[...]

II. A Súmula 361 - STF não tem aplicação, se o exame pericial é feito por perito oficial.³

³ STF, HC n. 72.921/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ. 16.2.96.

A exigência da assinatura de dois peritos no laudo pericial somente se aplica quando se cuide de experts não oficiais e em caso de ocorrência de prejuízo, alegado na fase do art. 571 do Código de Processo Penal.⁴

No mesmo sentido posiciona-se a doutrina, esclarecendo que *“a jurisprudência do STF tem-se orientado no sentido de que o enunciado da Súmula 361, inquinando de nulidade o exame realizado por um só perito, tem como pressuposto a aplicação do § 1º do art. 159 do CPP, isto é, somente se exige a dualidade de peritos quando não sejam eles oficiais. Tratando-se de perito oficial, um será suficiente para atender ao preceito legal.”*⁵

In casu, o Laudo Pericial de f. 42-48 foi realizado por perita oficial do Estado (Secretaria de Justiça e Segurança Pública – Coordenadoria de Perícia – Núcleo Regional de Criminalística de Nova Andradina-MS), ou seja, em consonância com o entendimento jurisprudencial acima esposado.

Ademais, o recorrente não comprovou o prejuízo sofrido em decorrência da suposta irregularidade, requisito este indispensável para a decretação da nulidade de qualquer ato processual, com exceção das nulidades absolutas, em que o prejuízo é presumido, conforme estabelece o art. 593, do CPP, que abaixo se transcreve:

Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

Neste sentido, Guilherme de Souza Nucci⁶, leciona com maestria que *“por várias razões, dentre as quais o princípio da economia processual, não se proclama a existência de uma nulidade, buscando-se refazer o ato - com perda de tempo e gastos materiais para as partes - caso não advenha qualquer prejuízo concreto”*.

Destarte, rejeita-se a preliminar de nulidade do laudo pericial.

2 – DO MÉRITO RECURSAL

2.1 – Do pedido de absolvição e exclusão da causa de aumento de pena.

No que diz respeito ao pedido de absolvição e exclusão da causa de aumento prevista no art. 250, § 1º, II, alínea “a”, do CP (Incêndio em casa habitada ou destinada a habitação), utilizo como razão de decidir o bem elaborado parecer de lavra do Procurador de Justiça, Guilherme Ferreira Dutra, que abaixo se transcreve:

DA ABSOLVIÇÃO

A defesa afirma que “não há nos autos prova testemunhal que, incontestavelmente sirva de parâmetro de motivação para aplicação de uma sentença condenatória ao apelante. (f. 268) O que não merece prosperar.

Quanto à materialidade e autoria delitiva, não restaram dúvidas.

A materialidade dos delitos restou comprovada pelo boletim de ocorrência (f. 8), certidão de ocorrência (f. 17), laudo pericial (f. 42-48) bem como farta prova oral.

4 TJSP, Ap. n. 294.960-3, Tietê. Terceira Câmara Extraordinária, Rel. Des. Rocha de Souza, 12.4.2000, apud NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**, 6. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 360.

5 BONFIM, Edilson Mougenot. **Código de Processo Penal anotado**, São Paulo: Saraiva, 2007. p. 309.

6 **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 826.

Da mesma forma a autoria se faz cristalina, inevitavelmente recaindo sobre a pessoa do apelante.

No caso em apreço, o acusado foi condenado como incurso nas sanções do artigo 250, § 1º, II, “a” do Código Penal porque no dia 8 de junho de 2005, por volta das 20h, causou incêndio na residência das vítimas Eliana Neres dos Santos e Pamela Regina dos Santos Reis, localizada na Rua Três, n. 205, Bairro Itaporã no município de Ivinhema-MS.

Apesar de a defesa negar a autoria delitiva do apelante, o conjunto probatório atesta o contrário. O réu José Lopes Filho ao ser interrogado em juízo (f. 117-118) afirmou que:

[...] Diz que viveu uns sete anos com dona Eliane, no início vivia bem, nos últimos anos ela começou encrencar, propondo a separação; a casa incendiada foi adquirida na constância do casamento; ela dizia que perdia tudo, mas não dava nada para o interrogando, mas nunca falou em incendiar a casa. [...]

Todavia, não é no mesmo sentido o depoimento da vítima (f. 82).

[...] Convivia com o acusado e não estava tendo um bom relacionamento. Várias vezes ele ameaça dizendo que “passaria com o caminhão por cima da casa”, ou que “colocaria fogo na casa”

[...] O declarante estava em casa quando a declarante foi para a igreja, mas não estava mais lá quando do incêndio. Passados uns dias recebeu uma ligação do acusado, o qual assumiu ter sido o autor do incêndio e propondo a reconciliação com a declarante, inclusive dizendo que pagaria os prejuízos [...].

Ainda, nesse mesmo sentido declarou a vítima Pamela Regina dos Santos Reis (f. 83).

A prova colhida nos autos é robusta e segura no sentido de que o acusado estava presente na casa no dia dos fatos, e se esvaeceu após o ocorrido. Vejamos.

O Sr. Claudinei Cândido de Sá (f. 84), vizinho da vítima, narrou que:

[...] Estava em casa quando viu a casa da Eliana, sua vizinha, pegando fogo. Foi até a igreja avisá-la e ao retornar os bombeiros já tinham contido o fogo. Segundo Eliana foi o acusado, seu ex-companheiro, quem colocou fogo na casa. [...]

Até o dia do incêndio o acusado morava com Eliana, mas depois ele não voltou na casa [...].

O Laudo Pericial, anexado aos autos às f. 43-48, certifica a presença, no local do crime, de elementos que demonstram ter havido no imóvel a incêndio de gênese proposital, considerando os elementos de ordem objetiva angariados no local.

Desta maneira, percebe-se que a conduta do apelante encontra-se plenamente subsumida ao tipo legal, não havendo que se falar em absolvição, estando a negativa de autoria, esposada pela defesa, completamente divorciada do caderno probatório. Nesta linha de raciocínio, impossível o acolhimento do pedido de absolvição formulado.

DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO ART. 250, § 1º, INCISO II, “a” DO CÓDIGO PENAL

Alega ainda a defesa que a sentença acolheu causa de aumento de pena não descrita na inicial, sendo *ultra petita*, razão pela qual requer a desclassificação do crime contido na sentença condenatória, para a sua forma simples prevista no art. 250, *caput*, do Código Penal.

Porém, tal afirmação não prospera, visto que ao Magistrado é dada autonomia para classificar o crime de modo diverso do constante da denúncia, mesmo que em consequência disto seja aplicada pena mais grave.

Assim reza o art. 383 do CPP:

“O juiz pode dar ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou da denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.”

O caso é, pois, de *emendatio libelli*, tendo em vista que houve uma simples emenda na acusação, o que não trouxe, de forma alguma, prejuízo ao réu, pois este deve defender-se dos fatos, e não da classificação jurídica constante na denúncia.

Confirmando o exposto acima, cabe citar o ensinamento do notável jurista Julio Fabbrini Mirabete ⁷:

“Estando os fatos descritos na denúncia, pode o juiz dar-lhe na sentença definição jurídica diversa, inclusive quanto às circunstâncias da infração penal porquanto o réu se defendeu daqueles fatos e não de sua capitulação inicial.”

Ademais, no caso em comento a causa de aumento de pena, qual seja, incêndio em casa habitada, restou devidamente descrita na denúncia.

[...] o presente inquérito policial fora instaurado para apurar incêndio ocorrido no dia 08 de junho de 2005, aproximadamente às 20hs, na residência das vítimas Eliana Neres dos Santos e Pamela Regina dos Santos Reis, localizada na Rua 03, n. 205, Bairro Itaporã, nesta cidade.

Não há que se falar, portanto, em nulidade da sentença, uma vez que o magistrado apenas definiu juridicamente o delito de modo diverso do disposto na denúncia, atendo-se aos fatos ali narrados.

2.2 – Da reparação do dano e da prestação pecuniária

O recorrente em relação a esta matéria devolve ao conhecimento desta Corte duas teses: 1) o valor da reparação de danos fixado em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), é deveras exacerbado, porquanto teria direito a meação dos bens danificados, além do que não houve prejuízo de tamanha monta; 2) a fixação do valor acima mencionado constitui *bis in idem*, visto que já fora fixado o valor de 10 (dez) salários-mínimos, pela indenização a serem pagos à vítima pelo mesmo fato.

⁷ Código de processo penal interpretado: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

Inicialmente, de ofício, cumpre mencionar a nova redação do art. 387, IV, CPP, após a alteração efetuada pela Lei n. 11.719/2008:

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: [...]

IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;

Verifica-se que a alteração legislativa representou grande inovação no sistema processual brasileiro, eis que, em tese, permitiria a prestação da tutela jurisdicional de forma mais rápida e efetiva. Entretanto, pela falta de legislação expressa sobre o procedimento a ser adotado, a sua aplicação deve ocorrer de acordo com os princípios processuais constitucionais e infraconstitucionais.

O princípio da inércia da jurisdição preceitua que o Poder Judiciário não deve decidir de ofício, salvo em se tratando do poder geral de cautela, que não é o caso. Assim sendo, mesmo que não se exijam formalidades, para que haja fixação de algum *quantum* reparatório é imprescindível que exista um pedido, do Ministério Público ou do ofendido.

Ante a ausência de qualquer pedido neste sentido, a decisão do julgador sobre este aspecto é *ultra petita*, devendo ser reconhecida a nulidade parcial de ofício. Ademais, é *conditio sine qua non* o respeito ao princípio da ampla defesa em qualquer procedimento judicial. Isso porque, ainda que exista previsão legal que possibilite a fixação de *quantum* indenizatório mínimo na sentença, não é possível que o acusado seja surpreendido, sem que tenha oportunidade de defesa sobre isso durante todo o trâmite do processo.

Calha à fiveleta o comentário de Guilherme de Souza Nucci⁸:

Reparação dos danos: sejamos absolutamente realistas, sem nos impressionarmos com a pretensa reforma autêntica do processo no Brasil. Há muito, aguarda-se possa o juiz criminal decidir, de uma vez, não somente o cenário criminal em relação ao réu, mas também a sua dívida civil no tocante à vítima, de modo a poupar outra demanda na esfera cível. O que se faz? Menciona-se que o magistrado pode fixar um valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, levando em conta os prejuízos sofridos pela vítima. Ora, para o estabelecimento de um valor mínimo o juiz deverá proporcionar todos os meios de provas admissíveis, em benefício dos envolvidos, mormente do réu. Não pode arcar com qualquer montante se não tiver tido a oportunidade de se defender, produzir prova e demonstrar o que, realmente, seria, em tese, devido. [...]

Procedimento para a fixação da indenização civil: admitindo-se que o magistrado possa fixar o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração penal, é fundamental haver durante a instrução criminal, um pedido formal para que se apure o montante civilmente devido. Esse pedido deve partir do ofendido, por seu advogado (assistente de acusação), ou do Ministério Público. A parte que o fizer precisa indicar valores e provas suficientes a sustentá-los. A partir daí, deve-se proporcionar ao réu a possibilidade de se defender e produzir a contraprova, de modo a indicar valor diverso ou mesmo a apontar que inexistiu prejuízo material ou moral a ser reparado. Se não houver formal pedido e instrução específica para apurar o valor mínimo para o dano, é defeso ao julgador optar por qualquer cifra, pois seria nítida infringência ao princípio da ampla defesa (grifo nosso)

8 Código de processo penal comentado. 8. ed. São Paulo : Saraiva, 2008, p. 691.

Nessa esteira, já houve decisão unânime da 2ª Turma Criminal, em processo desta relatoria, quando julgamento da Apelação Criminal n. 2009.005489-7, que assim restou ementado:

APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO E LESÃO CORPORAL CULPOSA NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. ARTS. 302 E 303, CTB. PRELIMINAR. REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO. DESNECESSIDADE DE NOTIFICAÇÃO PELA AUTORIDADE POLICIAL. CONTAGEM DO PRAZO DECADENCIAL DA DATA EM QUE A VÍTIMA TEM CIÊNCIA DA AUTORIA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE, EM RELAÇÃO AO CRIME DO ART. 303, CTB. NULIDADE DA SENTENÇA. MOTIVAÇÃO. DOSIMETRIA DE PENA. FIXAÇÃO NO MÍNIMO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. REJEIÇÃO. NULIDADE DA SENTENÇA. ARBITRAMENTO DE QUANTIA PARA REPARAÇÃO DE DANOS CAUSADOS À VÍTIMA. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO E CONTRADITÓRIO. CONCESSÃO EX OFFICIO. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA INÉRCIA DA JURISDIÇÃO E AMPLA DEFESA. DECISÃO ULTRA PETITA. MÉRITO. ALEGAÇÃO DE CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. COMPROVAÇÃO DE CAUSA EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE. ÔNUS PROBATÓRIO DA DEFESA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.

O prazo decadencial para o oferecimento de representação do ofendido, nos crimes apurados por ação penal pública condicionada, deve ser contado da data em que a vítima tenha ciência da autoria delitiva. A notificação da autoridade policial, para que a vítima manifeste interesse no oferecimento da representação, é inócua para a contagem de prazo.

Não pode ser apreciada a alegação de nulidade da dosimetria de pena, por falta de fundamentação, quando não foi demonstrado nenhum prejuízo ao réu. Devido à adoção do princípio do prejuízo no sistema processual brasileiro, a fixação da pena no mínimo legal e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos obsta a análise de nulidade da dosimetria de pena, aventada pela defesa.

O art. 387, IV, do CPP, com redação dada pela Lei n. 11.719/08, possibilita a fixação de *quantum* destinado à reparação dos danos causados à vítima, na sentença penal condenatória. Entretanto, é imprescindível o respeito aos princípios da inércia da jurisdição e da ampla defesa. O arbitramento de *quantum* na sentença, sem nenhum pedido ou defesa das partes durante todo o processo, torna a decisão ultra petita e deve ser excluído da decisão.

A culpa exclusiva da vítima é causa excludente de culpabilidade. Sua comprovação é ônus da defesa. A acusação tem o dever de comprovar apenas a autoria, a materialidade, o nexo causal e o elemento subjetivo; não podendo se imputar ao órgão ministerial o ônus de demonstrar a inexistência de causa excludente de culpabilidade.

Portanto, de ofício, declaro a nulidade parcial da sentença, no ponto que trata do ressarcimento da vítima, restando prejudicado os demais pedidos do recorrente em relação a esta matéria

DO DISPOSITIVO

Em face do exposto, contrariando o parecer, dou provimento parcial ao recurso para, em reformando a sentença, declarar a nulidade da sentença, tão somente em relação à indenização de reparação de danos fixados pelo magistrado.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, UNÂNIME E CONTRA O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Claudionor Miguel Abss Duarte, Romero Osme Dias Lopes e Marilza Lúcia Fortes.

Campo Grande, 13 de julho de 2009.

Habeas Corpus n. 2009.016664-2 - Campo Grande
Segunda Turma Criminal
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – CRIMES MILITARES – VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL – ABANDONO DE POSTO – PECULATO-FURTO – CONDENAÇÃO MANTIDA EM APELAÇÃO – PACIENTE QUE RESPONDEU AO PROCESSO EM LIBERDADE – NÃO OCORRÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO, EM RAZÃO DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSOS PERANTE AS CORTES SUPERIORES – EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO – EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE – OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE – IRRELEVÂNCIA DE INEXISTÊNCIA DE EFEITO SUSPENSIVO – ORDEM CONCEDIDA.

Segundo o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, ofende o princípio da não culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu.

A inexistência de efeito suspensivo nos recursos interpostos perante os Tribunais Superiores não acarreta a execução provisória da sentença condenatória. Ainda que o recurso interposto não tenha efeito suspensivo, o direito brasileiro só admite a prisão do acusado, antes do trânsito em julgado, quando presentes os requisitos da custódia cautelar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, conceder a ordem, unânime e contra o parecer.

Campo Grande, 3 de agosto de 2009.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

A advogada Hérika Cristina dos Santos Ratto impetra ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor do paciente Onis César Ribeiro, que se encontra preso, pela prática dos delitos previstos nos artigos 226, § 1º (violação de domicílio, por duas ou mais pessoas), 222 (constrangimento ilegal), por duas vezes, 195 (abandono de posto), 303, § 2º (peculato-furto), c/c artigo 70, inciso II, letras “g”, “l”, c/c artigo 79 e artigo 53, todos do Código Penal Militar, nos autos n. 001.05.036376-0, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara da Auditoria Militar Estadual da Comarca de Campo Grande/MSSustenta a impetrante, em apertada síntese, que:

1) A autoridade apontada como coatora, nos autos da Ação Penal Militar n. 001.05.036376-0, em 17 de junho de 2009, expediu mandato de prisão em desfavor do paciente, mesmo estando ciente da pendência dos recursos especial e extraordinário;

2) Aduz a impetrante que a sentença penal condenatória ainda se encontra pendente de recursos, não sendo medida justa decretar a prisão antecipada do paciente, que desde o início responde o processo em liberdade.

Requer a concessão da ordem, expedindo-se o alvará de soltura, para que seja suspenso o mandado de prisão expedido em desfavor do paciente, até o efetivo trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Liminar indeferida à f. 76.

Solicitadas as informações à autoridade apontada como coatora, estas vieram aos autos à f. 79.

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer lançado às f. 96-101, opina pela denegação da ordem de *habeas corpus*.

VOTO

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

A advogada Hérika Cristina dos Santos Ratto impetra ordem de habeas corpus, com pedido de liminar, em favor do paciente Onis César Ribeiro, que se encontra preso, pela prática dos delitos previstos nos artigos 226, § 1º (violação de domicílio, por duas ou mais pessoas), 222 (constrangimento ilegal), por duas vezes, 195 (abandono de posto), 303, § 2º (peculato-furto), c/c artigo 70, inciso II, letras “g”, “l”, c/c artigo 79 e artigo 53, todos do Código Penal Militar, nos autos n. 001.05.036376-0, apontado como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara da Auditoria Militar Estadual da Comarca de Campo Grande-MSSustenta a impetrante, em apertada síntese, que:

1) A autoridade apontada como coatora, nos autos da Ação Penal Militar n. 001.05.036376-0, em 17 de junho de 2009, expediu mandato de prisão em desfavor do paciente, mesmo estando ciente da pendência dos recursos especial e extraordinário;

2) Aduz a impetrante que a sentença penal condenatória ainda se encontra pendente de recursos, não sendo medida justa decretar a prisão antecipada do paciente, que desde o início responde ao processo em liberdade.

Requer a concessão da ordem, expedindo-se o alvará de soltura, para que seja suspenso o mandado de prisão expedido em desfavor do paciente, até o efetivo trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O Magistrado, instado a prestar as informações solicitadas, manifestou-se nos autos à f. 79, aduzindo que:

[...]

Verte-se dos autos que houve a interposição, por ambas as partes, de Recurso Especial e Extraordinário, aos quais foi negado seguimento com fundamento na súmula nº 286 do Supremo Tribunal Federal, conforme depreende das decisões com cópias anexas. Diante disso, considerando que o paciente teve a sua condenação confirmada em segunda instância, e que foi negado seguimento aos aludidos recursos, pendendo apenas os agravos e que estes não têm efeito suspensivo, foi determinado o cumprimento da sentença penal condenatória, consistindo na expedição de mandado prisão e da guia de execução da pena, pelo qual não há, salvo melhor juízo, falar-se em constrangimento ilegal.

[...]

Assiste razão à impetrante, devendo a ordem ser concedida.

Compulsando os autos, verifica-se que o paciente foi condenado por crimes militares, à pena de 4 (quatro) anos e 4 (quatro) meses de detenção, a ser cumprida em regime semiaberto (f. 40). A defesa interpôs recurso de apelação (fls. 43-51), que foi improvido por este Tribunal de Justiça.

Ato contínuo, foram interpostos Recurso Especial e Recurso Extraordinário, que tiveram seguimento negado, conforme f. 80-91. Ao final, foram interpostos Agravos de Instrumento ao Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, em f. 59, dos autos, ainda pendentes de julgamento.

Noticiam, ainda, que, em 17 de junho do corrente ano, a autoridade apontada como coatora, em fls. 61, expediu mandado de prisão em desfavor do paciente, mesmo tendo ciência de pendência de recursos perante as cortes superiores.

A presente ordem de *habeas corpus* objetiva a concessão do direito do paciente de responder o processo em liberdade, enquanto aguarda a decisão dos agravos de instrumento interpostos no STJ e STF, evitando-se, assim, a execução provisória da condenação.

Na sentença proferida pela autoridade apontada como coatora, em f. 29-41, ficou anotado que:

O regime de cumprimento de pena será o semi-aberto, podendo os sentenciados apelar em liberdade.

Com o trânsito em julgado desta sentença, expeça-se mandado de prisão e guia de execução de pena.

Assim, no caso em tela, **verifica-se que não houve o trânsito em julgado da sentença**, porquanto pendentes ainda os agravos de instrumento interpostos em cortes superiores no Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, que, apesar de não possuírem efeito suspensivo, não autorizam a expedição do mandado de prisão, se ainda pendentes de julgamento.

Sobre o assunto, trago ensinamento do professor Antonio Scarance Fernandes (**Processo Penal Constitucional** – 4ª edição – Editora Revista dos Tribunais - pág. 314-315), que:

[...]

Outro princípio relevante para o estudo da prisão cautelar é o da presunção de inocência, também denominado princípio da não culpabilidade, estabelecido no art. 5.º, inc. LVII, da seguinte forma: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

[...]

Outra orientação, mais ampla, liga o princípio de inocência ao ônus de provar e, ainda, à prisão, extraindo dele regra fundamental sobre a prisão durante o processo. Se o réu apenas pode ser considerado culpado após sentença condenatória transitada em julgado, a prisão, antes disso, não pode configurar simples antecipação de pena, somente se justificando quando tiver natureza cautelar. Em suma, qualquer prisão durante o processo, para não haver ofensa ao princípio da presunção de inocência, deve ter natureza cautelar e não pode significar antecipação da pena, pois esta, necessariamente, deve decorrer de sentença condenatória transitada em julgado.

[...]

Recentemente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu que “ofende o princípio da não-culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP” (HC n. 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, 05.02.2009, Informativo STF n. 534).

A decisão foi noticiada no Informativo n. 534/STF. Confira-se:

Ofende o princípio da não-culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP. Com base nesse entendimento, o Tribunal, por maioria, concedeu habeas corpus, afetado ao Pleno pela 1ª Turma, para determinar que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado da sentença condenatória. Tratava-se de habeas corpus impetrado contra acórdão do STJ que mantivera a prisão preventiva do paciente/impetrante, ao fundamento de que os recursos especial e extraordinário, em regra, não possuem efeito suspensivo – v. Informativos 367, 371 e 501. Salientou-se, de início, que a orientação até agora adotada pelo Supremo, segundo a qual não há óbice à execução da sentença quando pendente apenas recursos sem efeito suspensivo, deveria ser revista.

Esclareceu-se que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal, artigos 105, 147 e 164), além de adequados à ordem constitucional vigente (art. 5º, LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP, que estabelece que o recurso extraordinário não tem efeito suspensivo e, uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença. Asseverou-se que, quanto à execução da pena privativa de liberdade, dever-se-ia aplicar o mesmo entendimento fixado, por ambas as Turmas, relativamente à pena restritiva de direitos, no sentido de não ser possível a execução da sentença sem que se dê o seu trânsito em julgado.

Aduziu-se que, do contrário, além da violação ao disposto no art. 5º, LVII, da CF, estar-se-ia desrespeitando o princípio da isonomia.

Em seguida, afirmou-se que a prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente poderia ser decretada a título cautelar. Enfatizou-se que a ampla defesa englobaria todas as fases processuais, razão por que a execução da sentença após o julgamento da apelação implicaria, também, restrição do direito de defesa, com desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. Ressaltou-se que o modelo de execução penal consagrado na reforma penal de 1984 conferiria concreção ao denominado princípio da presunção de inocência, não sendo relevante indagar se a Constituição consagraria, ou não, a presunção de inocência, mas apenas considerar o enunciado normativo de garantia contra a possibilidade de a lei ou decisão judicial impor ao réu, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, sanção ou consequência jurídica gravosa que dependesse dessa condição constitucional. Frisou-se que esse quadro teria sido alterado com o advento da Lei n. 8.038/90, que instituiu normas procedimentais relativas aos processos que tramitam perante o STJ e o STF, ao dispor que os recursos extraordinário e especial seriam recebidos no efeito devolutivo. No ponto, observou-se que a supressão do efeito suspensivo desses recursos seria expressiva de uma política criminal vigorosamente repressiva, instalada na instituição da prisão temporária pela Lei n. 7.960/89 e, posteriormente, na edição da Lei n. 8.072/90. Citou-se o que decidido no RE 482006/MG (DJU de 14.12.2007), no qual declarada a inconstitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impunha a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta

prática de crime funcional, ao fundamento de que tal preceito afrontaria o disposto no art. 5º, LVII, da CF. Concluiu-se que, se a Corte, nesse caso, prestigiara o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade, não o poderia negar quando se tratasse da garantia da liberdade. Vencidos os Ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie, que denegavam a ordem. (HC n. 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 5.2.2009).

A propósito, trago à baila os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMADA EM SEGUNDA INSTÂNCIA. EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE PRISÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. ORDEM CONCEDIDA. 1. A questão tratada no presente habeas corpus diz respeito à possibilidade de expedição de mandado de prisão em desfavor do réu que teve sua condenação confirmada em segunda instância, quando pendente de julgamento recurso sem efeito suspensivo (recurso especial ou extraordinário) interposto pela defesa. 2. Recentemente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu, por maioria, que “ofende o princípio da não-culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP” (HC n. 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 5.2.2009, Informativo STF n. 534). 3. Por ocasião do julgamento, me posicionei contrariamente à tese vencedora. 4. Entretanto, não tendo prevalecido meu posicionamento, curvo-me ao entendimento da maioria, que, ao julgar o HC n. 84.078, assentou ser inviável a execução provisória da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, quando inexistentes os pressupostos que autorizam a decretação da prisão cautelar nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. 5. Ordem concedida. (HC n. 98166, Segunda Turma, Relª. Minª. Ellen Gracie, julgado em 2.6.2009, DJ 113 DIVULG 18.6.2009 PUBLIC 19.6.2009 EMENT VOL-02365-03 PP-00480)

PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. INTERPOSIÇÃO DE RECURSOS SEM EFEITO SUSPENSIVO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA NÃO-CULPABILIDADE. DECISÃO DO PLENÁRIO DO STF. ORDEM CONCEDIDA.

1. Segundo o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, “ofende o princípio da não-culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP (Informativo 534).

2. Sendo decisão do Plenário do STF, a fidelidade ao enunciado sumular 267/STJ não se justifica, porquanto somente traria ônus ao paciente.

3. Ordem concedida para determinar a expedição de alvará de soltura em favor dos pacientes, a fim de que permaneçam em liberdade até o trânsito em julgado da condenação, sem prejuízo de que venha a ser decretada a custódia cautelar, com demonstração inequívoca de sua necessidade. (HC n. 122191/RJ *Habeas Corpus* 2008/0264406-3, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima (1128) julgado em 14.4.2009, DJ 18.5.2009).

Assim, em que pese o enunciado sumular 267 (*A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão*) do STJ, colacionado pela PGJ, não há obrigatoriedade na expedição de mandado de prisão em desfavor do paciente, por inexistir a necessidade da prisão cautelar, na hipótese.

Portanto, mostra-se inviável a execução provisória da pena privativa de liberdade, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, pois inexistentes os pressupostos que autorizam a decretação cautelar da prisão do paciente.

Ante o exposto, **concedo a ordem**, contra o parecer, para determinar a **expedição de alvará de soltura** em favor do paciente Onis César Ribeiro, a fim de que permaneça em liberdade até o trânsito em julgado da condenação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

CONCEDIDA A ORDEM, UNÂNIME E CONTRA O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Claudionor Miguel Abss Duarte, Romero Osme Dias Lopes e Marilza Lúcia Fortes.

Campo Grande, 3 de agosto de 2009.

Apelação Criminal n. 2009.010546-2 – Dourados
Primeira Turma Criminal
Relator Des. João Batista da Costa Marques

E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – INCÊNDIO DOLOSO – REQUER A ABSOLVIÇÃO – ALEGAÇÃO DE PROVAS PRODUZIDAS APENAS NA FASE INQUISITORIAL – IMPOSSIBILIDADE – ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO DEMONSTRANDO AUTORIA E MATERIALIDADE DO CRIME – RECURSO NÃO PROVIDO

Quando as provas produzidas na fase inquisitorial são confirmadas em juízo e harmônicas com as demais provas produzidas, formam um conjunto probatório apto a sustentar a condenação.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 23 de junho de 2009.

Des. João Batista da Costa Marques – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques

Fábio de Souza Santos, inconformado com a sentença (f. 105-112) que o condenou ao cumprimento da pena de 5 (cinco) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão e ao pagamento de 49 (quarenta e nove) dias-multa, pela prática do crime previsto no artigo 250, § 1º, inciso II, alínea “a”, do Código Penal, interpõe razões recursais (f. 126/130), requerendo absolvição, sob alegação de que a sentença se baseou apenas nas provas produzidas na fase inquisitória e que as provas são insuficientes para demonstrar a autoria do delito.

Em contrarrazões, o Ministério Público (f. 132-137) pugna pelo não provimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela manutenção da sentença em todos os seus termos.

VOTO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques (Relator)

Fábio de Souza Santos foi denunciado, processado e ao final condenado pela prática da seguinte conduta assim narrada na peça exordial acusatória:

[...] Consta das inclusas peças informativas, que no dia 17 de setembro de 2006, por volta das 03h30min, a vítima Hildete Ferreira de Souza estava em sua residência, localizada à Rua Amandio de Matos Pereira, n. 588, Vila Industrial, nesta cidade, quando ouviu um barulho de vidro quebrado, sendo que seu filho Fábio havia quebrado o vidro com um pára-lama de bicicleta, em seguida jogou um produto inflamável e ateou fogo, sendo que a vítima viu todos os móveis pegando fogo e chamou a polícia e eles, por sua vez, chamaram os bombeiros.

Consta ainda, que o acusado ameaçou matá-la e disse que da próxima vez não vai atear fogo e sim jogar uma bomba na casa da vítima.

De acordo com o Laudo Pericial n. 13.009/DO, na sala havia uma estante, jogo de sofás, aparelho televisor, uma mesa pequena e pequenos objetos, os quais se encontravam totalmente carbonizados, os peritos concluíram ainda que o incêndio se dera de forma premeditada.

Agindo de forma que agiu, o denunciado cometeu o crime de incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física e o patrimônio de sua própria mãe.

Face ao exposto, vem denunciar Fábio de Souza Santos, como incurso no artigo 250, § 1º, inciso II, letra a, do Código Penal [...]

Após o trâmite processual, o magistrado acatou os termos da denúncia e o condenou ao cumprimento da pena de 5 (cinco) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão e ao pagamento de 49 (quarenta e nove) dias-multa, pela prática do crime previsto no artigo 250, § 1º, inciso II, alínea “a”, do Código Penal.

Inconformado com a condenação, Fábio de Souza Santos interpõe razões recursais (f. 126-130), requerendo absolvição, sob alegação de que a sentença se baseou apenas nas provas produzidas na fase inquisitória e que as provas são insuficientes para demonstrar a autoria do delito.

Vejamos os fundamentos do magistrado na sentença condenatória que causou inconformismo do apelante:

[...] Inquirida na fase inicial, Hildete bem realçou o comportamento do acusado, acrescentando ter sido inclusive por ele ameaçada na oportunidade. Note-se:

[...] estava em sua residência ouviu um barulho de vidro quebrado, sendo que Fábio havia quebrado o vidro com um paralamas de uma bicicleta e em seguida um produto inflamável e ateou fogo;

Que a declarante levantou e viu pegando fogo na cortina e no sofá e saiu correndo pois estava incendiando a casa;

Que a declarante chamou a polícia e eles chamaram o Corpo de Bombeiros; Que seu filho Fábio usa entorpecente há cerca de 9 anos, e tem dado trabalho a declarante há muito tempo; Que Fábio ameaça matar a declarante e disse que da próxima vez não vai colocar fogo e sim jogar uma bomba na casa da declarante; [...] Que Fábio disse à sua avó que é para ela sair da casa, se não ela vai morrer também, pois ele vai colocar fogo de novo na residência.” (f.17)

Em juízo, embora tentando apresentar versão mais amena ao filho, o que é natural depois de alguns meses, cessado o perigo, culminou por confirmar as declarações acima enfocadas, que lhe foram integralmente lidas em audiência na presença das partes (f. 90-91).

Confirmou, igualmente, ter sido admitido pelo réu, à ocasião, a autoria do crime em tela.

Não passa despercebida a aparente hesitação de Hildete em juízo, quanto à responsabilização de Fábio, porém, tal circunstância não altera o entendimento aqui esposado.

A uma, porque, tratando-se da própria mãe do acusado, é compreensível, senão previsível, que depois de alguns meses e cessado o perigo, procure amenizar a situação do ente querido.

A duas, porque, de toda forma, repita-se, confirmou as declarações apresentadas na fase inicial, bem como o fato de o acusado, na oportunidade, ter admitido o cometimento do delito.

A três, porque sequer conseguiu esclarecer quem, à exceção do filho, teria motivos para incendiar a sua casa. Questionada sobre isso, esquivou-se e saiu pela tangente, referindo-se laconicamente a pessoas desconhecidas, de paradeiro ignorado e que nem teriam razões plausíveis para agir de maneira tão violenta. Note-se:

JUIZ: E quem teria sido, se não o Fábio?

DEPOENTE: Eu penso, eu acho que é esse povo que me assaltaram.

JUIZ: E quem seria?

DEPOENTE: A gente até hoje, os menino investigou tudo, sabe, mas não...

JUIZ: E por que esses supostos assaltantes colocariam fogo na sua residência? Com que propósito?

DEPOENTE: Eu não sei por que propósito porque eu não tenho amizade ali com ninguém. Tem quatro anos que eu comprei aquela casa.

JUIZ: Tem inimizade com alguém?

DEPOENTE: Não, não, não tenho não.

JUIZ: Inimigos?

DEPOENTE: Não, não tenho, graças a Deus não. (f.91)

[...]

Acresça-se que o acusado, ao ser interrogado em juízo, alegou estar dormindo em imóvel pertencente a um tal Izaque, em local diverso, quando o incêndio ocorrera na residência de sua mãe. Entretanto, nenhuma comprovação apresentou nesse sentido, a despeito da dilação probatória assegurada. Aliás, sequer interessou-se em arrolar o tal Izaque para confirmar o alegado; longe disso, externou desconhecer o nome completo e o endereço dessa suposta pessoa, contradizendo-se nitidamente à medida que, antes, havia alegado ter pernoitado em imóvel residencial da mesma.

Insofismável, pois, a sua atuação dolosa, voltada ao incêndio que causara na residência da vítima, expondo a perigo a vida, a integridade física e o patrimônio desta.

Tratava-se de casa habitada, tanto que danificados e carbonizados uma estante, um jogo de sofás, um televisor, uma mesa pequena e vários objetos, consoante laudo pericial estampado às f.28-33.

Materialidade consubstanciada no laudo pericial acima mencionado, além da prova oral, tornando despiciendas considerações adicionais.

À vista do exposto e mais que dos autos consta, julgo procedente a denúncia, para o fim de **condenar Fábio de Souza Santos**, identificado nestes autos nº 002.07.005746-1, às penas do art. 250, § 1º, inciso II, letra “a”, do Código Penal [...]

Como se pode extrair da sentença acima transcrita o magistrado fundamentou e demonstrou a valoração das provas para ensejar a condenação.

O argumento de que o magistrado se baseou apenas nas provas produzidas no inquérito não deve prosperar.

A vítima Hildete Ferreira de Souza na delegacia diz o seguinte (f. 17-18):

[...] Que na data de 17.9.2006 por volta das 03:30 hs a declarante estava em sua residência ouviu um barulho de vidro quebrado, sendo que Fábio havia quebrado o vidro com um paralamas de uma bicicleta e em seguida um produto inflável e ateou fogo [...]

Quando depõe em juízo a vítima diz:

JUIZ: A propósito ele vai fazer a leitura das declarações que a senhora prestou na delegacia à época, escuta com atenção e depois me diga se as confirma ou não.

(leitura)

DEPOENTE: Isso.

JUIZ: A senhora confirma essas declarações?

DEPOENTE: Confirmo. [...]

Apesar da confirmação em juízo, a depoente faz uma tentativa de retratação com a evidente intenção de abrandar a situação de seu filho.

Temos que é razoável admitir que a verdade estivesse no momento em que foi ouvida no inquérito, uma vez que é normal que seja instruída como se portar em juízo.

Ademais a condenação do apelante não está apenas fundada no depoimento da vítima, tais depoimentos juntamente com o Laudo Pericial de f. 23/28 que concluiu que o incêndio ocorreu de maneira proposital e a extensa ficha criminal do apelante (f. 54-55, 72-76 e 78-81) formam um conjunto probatório apto a sustentar a condenação.

O apelante nega os fatos em todas as oportunidades em que foi ouvido, contudo não produziu a seu favor nenhum tipo de prova que o inocentasse tampouco apresenta o álibi que apontou em seu depoimento.

Assim não merece reforma a sentença atacada.

Destarte nego provimento ao recurso interposto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Batista da Costa Marques, Marilza Lúcia Fortes e João Carlos Brandes Garcia.

Campo Grande, 23 de junho de 2009.

Agravo Criminal n. 2009.012808-2 - Campo Grande**Primeira Turma Criminal****Relator Des. João Batista da Costa Marques**

E M E N T A – AGRAVO CRIMINAL – PERDA DOS DIAS REMIDOS – INCONFORMISMO – IMPROCEDÊNCIA – COMETIMENTO DE FALTA GRAVE – POSSE DE TELEFONE CELULAR DENTRO DA CELA – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 50, VII, DA LEP COM A INTRODUÇÃO FEITA PELA LEI N. 11.466/07 – IMPROVIMENTO.

Demonstrado pelas provas que o reeducando possuía telefone celular dentro da sua cela, de que se apossou durante um trabalho a que foi designado e não fez comunicação ao comando, verifica-se a existência da falta grave (art. 50, VII, da LEP c.c. a Lei n. 11.46/07), devendo perder os dias remidos ante a regra do artigo 127 da mesma lei.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, negar provimento ao recurso, unânime, com o parecer.

Campo Grande, 7 de julho de 2009.

Des. João Batista da Costa Marques – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques

Pedro Eduardo Cabreira interpõe este agravo contra a decisão de f. 210, que declarou a perda dos dias remidos em favor do agravante, devendo recomeçar novo período para futura progressão da data do cometimento de falta grave, interpõe este recurso, sob o argumento de que foi exagero essa punição, visto que o fato gerador da perda do benefício (entrada de um celular no presídio) não se constitui em falta grave, considerando que o celular seria entregue ao comandante da guarnição. Enfatiza que os dias remidos devem ser considerados direito adquirido do condenado, não podendo ser excluídos sem que seja atingido o princípio da imposição da pena que é ressocializar por meio de trabalho digno.

Nas contrarrazões (f. 285-289), a ilustre representante do *parquet* sustenta que a perda dos dias remidos representa uma punição prevista na lei e na jurisprudência, por isso o recurso deve ser improvido.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se sobre o tema pelo parecer de f. 297-303, opinando pelo improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques (Relator)

O cerne da discussão travada neste recurso diz respeito à possibilidade ou não de o agravante perder os dias remidos em razão do cometimento de falta grave.

Depreende-se do histórico do processo de execução da pena que, durante uma vistoria de rotina na cela do agravante, foi encontrado um celular na sua posse, conforme se observa do Termo de Justificação de f. 201:

[...] que o celular encontrado na sua cela foi parar nas mãos do interrogando quando este fazia a destruição das tocas existentes no PME e que o aparelho estava acondicionado em uma sacola plástica entre o amadeiramento; que tinha encontrado o celular na quinta-feira; que chegou a procurar pelos internos quem seria o proprietário mas ninguém apareceu; que não se preocupou em fazer a entrega ao comandante; que o sentenciado trabalha de telefonista que não tem necessidade de aparelho celular; que não fez nenhuma ligação com o aparelho celular; que o aparelho não estava funcionando aparecia apenas “emergência”.

A Promotora de Justiça, pelo parecer de f. 203, acentuou que esse fato se afigura contrário às normais atribuições do agravante, pois ele tinha sido convocado para efetuar a destruição de “tocas” existentes dentro da prisão e, ao encontrar tal aparelho celular, a sua obrigação era entregá-lo ao comando da operação. Assim como recolheu o aparelho na sua cela, há demonstração inequívoca de que tencionava utilizá-lo para algum fim escuso. Destarte, a representante do *parquet* requereu o reconhecimento da falta grave, nos termos do artigo 50, V, da Lei n. 7.210/84, decretando-se a regressão do regime de cumprimento da pena (artigo 118 da mesma Lei).

O magistrado acolheu tal pedido, conforme o teor da decisão de f. 210:

Tal situação acarreta ao detento uma série de conseqüências, como a perda dos dias remidos.

Caso não fosse comumente a posse do aparelho celular no interior do presídio, no momento em que o preso constatou que estava com o telefone, deveria tê-lo entregue aos responsáveis pela administração e fiscalização do presídio e não guardá-lo consigo.

Considerando que o ideal da justiça é o tratamento igualitário a todos e, buscar manter a ordem jurídica e o estrito cumprimento da pena imposta, com fundamento no art. 127 da LEP, decreto a perda dos dias remidos, devendo começar o novo período a partir da data do cometimento do fato considerado como falta grave.

O agravante não pode querer tornar sem consequência um ato tão grave, considerando que o fato de existir celular dentro do presídio tem causado sérios transtornos para a administração do sistema carcerário brasileiro, tendo em vista que as organizações criminosas continuam em franca atuação no meio externo – mesmo ante a prisão dos seus líderes – graças às comunicações por celular de dentro dos presídios. Assim, essa questão não pode ser analisada como algo supérfluo ou de conteúdo inexpressivo como quer fazer entender a defesa neste recurso. Trata-se de uma conduta altamente nociva à administração do sistema carcerário, sendo certo que tal comportamento propicia que o sistema se torne vulnerável e ineficiente, causando na sociedade a sensação de que o submundo do crime é mais atuante de que a própria instituição de controle e de prevenção.

Aliás, a lei (LEP), por meio do artigo 50, inciso VII, prevê essa hipótese de falta grave, ao incluir no seu núcleo a seguinte situação: “*Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade: [...] VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo*” (conduta incluída pela nova Lei n. 11.466/07).

Essa punição tem origem na grande repercussão observada em nossa atualidade, em face da comunicação que os presos estão tendo com o mundo externo. Essa realidade mostra não só a ineficiência dos órgãos de fiscalização e de repressão intramuros, como também escancara a forma organizada e sem escrúpulos que o mundo do crime atua em nossa sociedade, praticando ou permitindo que se pratique, com essa prática de comunicação, diversos outros crimes como roubos, sequestros, ameaças etc. etc.

Denota-se, assim, que não se pode atender aos reclames da defesa quando tenta amenizar a situação do agravante, ao afirmar que tal conduta é indiferente ou pouco nociva na sistemática carcerária, já que somente as posições sérias e de notória aplicação pela Justiça é que estaremos caminhando para dar fim a essa comunicação entre o preso e o criminoso externo.

Assim, aplica-se, *in casu*, sem nenhuma dúvida, a regra do artigo 127 da LEP, de seguinte teor: “O condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar”.

Esse é o posicionamento firme do Superior Tribunal de Justiça. Vejamos:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. FALTA GRAVE. COMETIMENTO DE NOVO DELITO (TRÁFICO DE DROGAS) DURANTE O PERÍODO DE PROVA DO LIVRAMENTO CONDICIONAL. PERDA DOS DIAS REMIDOS PELO TRABALHO. PRECEDENTES DO STJ. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA. 1. O art. 127 da Lei de Execução Penal preceitua que o condenado que for punido com falta grave perderá o direito ao tempo remido pelo trabalho, iniciando-se o novo cômputo a partir da data da infração disciplinar. 2. O entendimento desta Corte Superior e do Pretório Excelso é de que o instituto da remição constitui, em verdade, um benefício concedido ao apenado que trabalha e a decisão acerca de sua concessão sujeita-se à cláusula rebus sic stantibus. 3. Tratando-se a remição de mera expectativa de direito do reeducando, não afronta a coisa julgada a decisão que determina a perda do referido benefício legal, mesmo que transcorridos 2 anos do decurso que reconheceu o cometimento da falta grave. 4. Parecer do MPF pela denegação da ordem. 5. Ordem denegada.” (HC n. 116653/SP, HABEAS CORPUS n. 2008/0214136-0, Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho (1133), julgado em 26.3.2009, DJ 11.5.2009).

Posto isso, nego provimento a este recurso, conforme o parecer.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, UNÂNIME, COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Batista da Costa Marques, Marilza Lúcia Fortes e Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 7 de julho de 2009.

Apelação Criminal n. 2009.013294-0 – Anaurilândia
Primeira Turma Criminal
Relator Des. João Batista da Costa Marques

E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – LESÃO CORPORAL – ART. 129, § 1º, III DO CP – AFASTADA PRELIMINARES – LESÃO CORPORAL GRAVE DESNECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO – AÇÃO PÚBLICA INCONDICIONADA – SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – IMPOSSIBILIDADE – NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA – INOCORRÊNCIA – NO MÉRITO – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS – NÃO COMPROVADA A LEGÍTIMA DEFESA – DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO CORPORAL LEVE – IMPOSSIBILIDADE – LAUDOS QUE COMPROVAM A NATUREZA GRAVE DA LESÃO. RECURSO IMPROVIDO.

É sabido que o delito de lesão corporal de natureza grave é de ação penal pública incondicionada, porquanto, não há falar em representação como condição de procedibilidade da ação penal.

Afasta-se a possibilidade de Suspensão Condicional do Processo, quando não preenchidos os requisitos previstos no art. 89 da Lei n. 9.099/95.

Não há falar em absolvição por legítima defesa nem mesmo desclassificação para modalidade leve, quando as provas são fartas em demonstrar a conduta típica prevista no art. 129, § 1º, III, do Código Pena – Lesão Corporal Grave.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, negar provimento ao recurso, unânime, com o parecer.

Campo Grande, 28 de julho de 2009.

Des. João Batista da Costa Marques – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques

O apelante foi condenado pelo Juiz da Vara Única da Comarca de Anaurilândia a uma pena de 1 (um) ano de reclusão em regime inicial aberto, pelo crime de lesão corporal art. 129, § 1º, I e III, do Código Penal, sendo-lhe concedida a Suspensão condicional da Pena, pelo prazo de 02 anos.

Consta nos autos que no dia 30 de abril de 2004, por volta das 23h30min, na Escola Municipal Professor Paulo Ney, localizada nesta cidade, o denunciado ofendeu a integridade física de José Pereira dos Santos, desferindo-lhe um golpe de canivete na região do tórax.

Inconformado, o apelante pleiteia preliminarmente a nulidade processual em virtude da falta de representação da vítima, e o não oferecimento do benefício da transação penal. A desclassificação para modalidade culposa com a consequente prescrição da pretensão punitiva com fulcro no art. 109, V, do Código Penal. No mérito, absolvição por ausência de provas.

O Ministério Público em ambas as instâncias é pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques (Relator)

O apelante foi condenado pelo Juiz da Vara Única da Comarca de Anaurilândia a uma pena de 1 (um) ano de reclusão em regime inicial aberto, pelo crime de lesão corporal art. 129, § 1º, I e III, do Código Penal, sendo-lhe concedida a Suspensão condicional da Pena, pelo prazo de 02 anos.

Consta nos autos que no dia 30 de abril de 2004, por volta das 23h30min, na Escola Municipal Professor Paulo Ney, localizada nesta cidade, o denunciado ofendeu a integridade física de José Pereira dos Santos, desferindo-lhe um golpe de canivete na região do tórax.

Inconformado, o apelante pleiteia preliminarmente a nulidade processual em virtude da falta de representação da vítima, e o não oferecimento do benefício da transação penal. Pugna pela desclassificação para modalidade culposa com a consequente prescrição da pretensão punitiva com fulcro no art. 109, V, do Código Penal. No mérito, absolvição por ausência de provas.

O Ministério Público em ambas as instâncias é pelo desprovimento do recurso.

Passo à análise do recurso.

Da Preliminar:

Nulidade Processual ausência de representação.

Verifica-se dos autos que a capitulação inicial do delito se deu pela lesão corporal de natureza leve (art. 129, caput), no entanto, o juiz ao analisar detidamente o exame de corpo de delito, de f. 22, aplicou o instituto da *emendatio libelli*, ou seja, atribuiu definição jurídica diversa a que foi dada a denúncia, vez que a lesão sofrida pela vítima ter sido de natureza grave.

É sabido que o delito de lesão corporal de natureza grave é de ação penal pública incondicionada, porquanto, não há falar em representação como condição de procedibilidade da ação penal.

Ainda em matéria preliminar, o apelante pede a concessão da suspensão condicional do processo, alegando fazer *jus* ao benefício previsto no art. 89 da Lei n. 9.099/95.

A preliminar deve ser rejeitada, pois o apelante não preenche os requisitos previstos no art. 89 da Lei n. 9.099/95.

Veja-se o que dispõe o artigo 89 da Lei n. 9.099/95, que embasa a pretensão do apelante:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

A suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei n. 9.099/95, se insere na discricionariedade do Ministério Público, à vista das condições do réu, e, nesse ponto, o *parquet* de primeira instância manifestou-se contrariamente à propositura, conforme denúncia de f. 3.

A certidão criminal às fls. 18, revela que o apelante já havia sido beneficiado com o instituto, inclusive por crime da mesma natureza, o que demonstra que sua conduta social e personalidade não recomendam a aplicação do benefício, consoante disposto no art. 77, incisos II e III do Código Penal.

Dessa forma, incabível a aplicação do aludido instituto.

Quanto à prescrição da pretensão punitiva.

Restou claramente comprovado nos autos, através dos laudos de exame de Corpo de Delito Indireto, Complementar, e Laudo Médico Pericial, juntado aos autos às f. 22, 52 e 100-103, que os ferimentos provocados na vítima foram de natureza grave, sendo assim, não há falar em prescrição da pretensão punitiva, vez que o crime de lesão corporal de natureza grave, tem pena máxima de cinco anos, por conseguinte, o prazo prescricional é de doze anos.

Desse modo, todas as preliminares devem ser afastadas.

Do Mérito:

Por fim, alega o apelante não haver prova segura de que tinha o dolo de ferir a vítima, assevera que apenas exerceu seu direito de defesa, devendo ser absolvido, ou subsidiariamente sua conduta seja desclassificada para prevista no art. 129, *caput* do Código Penal (lesão corporal leve).

Sem razão o apelante.

Analisando detidamente os autos, vê-se que as provas colhidas no decorrer da instrução processual demonstram que Vagner incorreu no tipo descrito no art. 129, § 1º, III, do Código Penal.

A tese de legítima defesa encontra-se isolada nos autos, frente aos depoimentos da vítima às f. (10 e 44), e da testemunha Carlos Cândido Pereira, às f. (10 e 45), que afirmam de forma contundente que Vagner é quem começou com a agressão.

Da mesma forma não há que se falar em desclassificação do delito para modalidade mais branda, pois restou fartamente provado a natureza da lesão sofrida pela vítima - lesão corporal grave, conforme laudos de f. 100-103, que atestou que a vítima sofreu perda da função no membro superior esquerdo em 20 % (vinte por cento).

Portanto, não há falar em desclassificação para modalidade leve nem mesmo absolvição por legítima defesa, quando as provas são farta em demonstrar a conduta típica prevista no art. 129, § 1º, III, do Código Penal.

Ante o exposto, com o parecer nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO, UNÂNIME, COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Batista da Costa Marques, Marilza Lúcia Fortes e João Carlos Brandes Garcia.

Campo Grande, 28 de julho de 2009.

Apelação Criminal n. 2009.009444-4 – Nioaque
Primeira Turma Criminal
Relator Des. João Carlos Brandes Garcia

E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – ART. 184, § 2º, DO CP – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO – AUSÊNCIA DE CONTEÚDO MATERIAL DO CRIME – ABSOLVIÇÃO DECRETADA – INTELIGÊNCIA DO ART. 386, III, DO CPP – RECURSO PROVIDO.

O direito penal deve punir somente as condutas que atinjam de maneira mais veemente os bens jurídicos essenciais ao convívio em sociedade, sendo sua aplicação reservada, quando os demais ramos do direito foram insuficientes para cumprir essa função.

Na esteira do entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal, o princípio da insignificância é aplicável quando os vetores da mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada fazem-se simultaneamente presentes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, unânime, contra o parecer.

Campo Grande, 25 de agosto de 2009.

Des. João Carlos Brandes Garcia – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

Trata-se de apelação criminal interposta por Silval Palaoro em relação a sentença que o condenou à pena de 02 (dois) anos de reclusão e 10 dias-multa, à razão de 1/2 (meio) do salário-mínimo, a ser cumprida em regime aberto, a qual foi substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e pagamento de dez salários-mínimos em favor da APAE de Nioaque, pela infringência do art. 184, § 2º (Violação de Direito Autoral), do Código Penal.

Pleiteia sua absolvição sob o argumento de que o decreto condenatório foi consubstanciado apenas nos testemunhos dos policiais responsáveis pela apreensão dos produtos, sem a valoração dos depoimentos prestados pelas testemunhas arroladas pela defesa, as quais teriam sido uníssonas, de que não expõe à venda em seu estabelecimento o material apreendido, que não seria de sua propriedade, tanto que não possuía preço ou código de barras.

Aduz, ademais, que o fato não tem relevância penal, devendo ser absolvido em respeito ao princípio da insignificância.

Alternativamente, pretende a redução das penas de multa e prestação pecuniária, pois alega que foram fixadas em valor excessivo, sem que fosse avaliada sua condição financeira, além de que, não possui condições de cumprir a prestação de serviços à comunidade sem prejudicar o seu horário de trabalho com o qual sustenta a sua família.

Contra-razões às f. 100-109, pelo improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina no mesmo sentido (f. 116-124).

VOTO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Silval Palaoro, objetivando a reforma da sentença que o condenou à pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/2 (meio) salário-mínimo, a qual foi substituída por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, a razão de sete horas semanais, e prestação pecuniária no valor de 10 salários-mínimos, pela infringência do art. 184, § 2º (Violação de Direito Autoral), do Código Penal.

Narra a denúncia que no dia 22 de junho de 2007, por volta das 17h30min, no estabelecimento comercial denominado “Supermercado Palboch”, localizado na Av. Visconde de Taunay, 274, centro, na cidade de Nioaque/MS, o denunciado e proprietário, expôs à venda material áudio visual reproduzidos de maneira ilegal, violando os direitos autorais, consistentes em 186 (cento e oitenta e seis) DVD’S e 61 (sessenta e um) CD’S, de origem ilícita, conhecidos como “produtos piratas”.

Os policiais civis que participaram da operação de combate ao comércio de CD’s e DVD’s prestaram seus testemunhos em juízo, afirmando que tais produtos foram encontrados no estabelecimento do réu e estavam expostos dentro de caixas abertas sobre um expositor de vidro próximo ao setor de brinquedos (f. 56 e 58), conforme, aliás, pode-se constatar por meio da fotografia de f. 14.

O apelante alega que o édito condenatório foi proferido apenas com base em tais depoimentos, sem, contudo, atentar-se aos prestados pelas testemunhas arroladas pela defesa, as quais teriam sido uníssonas no sentido de que não há em seu estabelecimento a exposição à venda do material apreendido. Além disso, pretende sua absolvição invocando, para tanto, o princípio da insignificância, sob o argumento de que o fato não possui relevância social.

Não é o que se extrai, contudo, do arcabouço probatório constante do processo, haja vista que, enquanto contra os depoimentos dos policiais não foi levantada qualquer prova capaz de declará-los suspeitos, sobretudo porque foram coerentes e harmônicos entre si, em favor do acusado prestaram depoimento seu funcionário, que por razões óbvias não o prejudicaria (f. 68), e outras duas pessoas, um ex-funcionário, que tomou conhecimento dos fatos por comentários (f. 67), e um terceiro que lhe presta serviços eventuais e que não teve conhecimento do ocorrido (f. 69).

A sentença, portanto, foi devidamente fundamentada.

Não obstante, quanto à pretensa absolvição com base na atipicidade do fato por violação ao Princípio da Insignificância, não ousarei divergir da orientação fixada por esta Primeira Turma Criminal no julgamento do *Habeas Corpus* n. 2009.006129-4, cuja relatoria coube ao Ilustre Desembargador João Batista da Costa Marques, que adotou, *in totum*, o bem lançado parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, onde consta um irretocável estudo doutrinário sobre o tema. Confira-se:

[...] No caso posto em juízo a materialidade do delito restou demonstrada pelo Auto de Apreensão (fls.06) e pelo Exame Pericial (f.18-20). De igual modo, a autoria por meio da confissão do apelante (f.37-38) e dos depoimentos colhidos durante a instrução criminal (f.50-55).

Assim, não obstante as alegações defensivas, os policiais Marcos Yukio Camarella Meguro e Ademir Sincler de Lima afirmaram que alguns dos CD'S e DVD'S estavam expostos à venda na banca do mesmo jeito que os outros produtos, e, ainda que esporadicamente, era Maria Alves dos Santos Schuatz quem tomava conta do comércio na ausência do marido, conforme declarou o próprio réu e as testemunhas Neuza Nogueira da Silva e Terezinha Goretti de Souza Onning. De conseguinte, tem-se que a ré também aderiu à conduta formalmente típica.

Contudo, muito embora os fatos praticados pelos apelantes amoldem-se ao disposto no Art.184, § 2º, do Código Penal, as circunstâncias do evento criminoso estão a indicar a ausência de tipicidade material na conduta.

Pois bem. É certo que a tipicidade penal tem a função de constituir o primeiro requisito do crime e consubstancia-se na tipicidade formal (conduta, resultado naturalístico, nexos de causalidade e adequação deste fato à letra da lei) e tipicidade material (juízo de desaprovação da conduta, juízo de desaprovação do resultado jurídico, juízo de imputação objetiva do resultado).

O supramencionado dispositivo legal assim dispõe:

Art.184- Violar direitos de autor e os que lhe são conexos:

Pena- detenção, de 03 (três) meses a 01 (um) ano, ou multa.

§1º- Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com o intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente:

Pena- reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 2º- Na mesma pena do § 1º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, de direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente [...] grifou-se

O parágrafo 2º do artigo, a exemplo do caput, resguarda os direitos do autor (detentor dos direitos autorais que sofreu as violações), bem como os conexos a este, tutelando-se somente a obra intelectual e o fonograma.

Nessas hipóteses, estariam incidindo no tipo incriminador os vendedores ambulantes, conhecidos popularmente com “camelôs”, em razão da comercialização, em sua grande maioria, de CD (Compact Disc) e DVD (Digital Video Disc) reproduzidos de forma não autorizada, os quais são denominados vulgarmente de “piratas”.

Todavia, a conduta imputada aos “camelôs”, caracterizada pela venda de CD’S e DVD’S, com violação do direito de autor, do direito de artista, intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonogramas, embora formalmente típica, revela-se despidida de antinormatividade, numa concepção material da tipicidade penal, que leva em consideração a importância do bem jurídico, possivelmente atingido no caso concreto.

Isso porque, os CD’S e DVD’S “piratas”, notadamente por seus preços módicos, caíram no gosto dos consumidores brasileiros, que não hesitam em adquiri-los em qualquer banca ou mesmo em estabelecimentos comerciais bem estruturados. De se registrar, então, que a conduta desses consumidores se subsume também formalmente ao tipo do Art.180, caput, do Código Penal.

A par desses aspectos, conclui o professor mineiro de Direito Penal Informático Túlio Lima Vianna:

O monopólio do direito de reprodução das obras intelectuais (copyright) surgiu há séculos como instrumento de censura política em uma simbiose dos monarcas com os detentores dos meios de produção. Com o advento do sistema capitalista, este monopólio passou a ser sustentado até os dias de hoje, sob a ideologia da “propriedade intelectual”, em benefício dos detentores dos meios de produção, e acabou por constituir verdadeira censura econômica.

O alto valor de livros, CD’S, DVD’S e de programas de computador é sustentado por uma escassez de obras intelectuais criadas artificialmente por um monopólio do direito de cópia concedido pelo Estado aos detentores dos meios de produção. Esta escassez artificial, longe de tutelar os direitos do autor da obra intelectual, beneficia principalmente a “indústria cultural”, em detrimento da classe hipossuficiente da população, que é obrigada a escolher entre o consumo de bens de subsistência e de bens culturais e acaba optando impreterivelmente por aqueles. Desta forma, aumenta-se o fosso cultural existente entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos e, internamente, entre os membros de uma elite econômica e cultural e a massa da população fadada ao trabalho braçal, à miséria e à ignorância.

Sob a secular ideologia da “propriedade intelectual”, a “indústria cultural” procura desesperadamente justificar a necessidade de uma tutela penal da conduta de “violar direitos de autor”. Uma detida análise do bem jurídico tutelado demonstra, no entanto, a nítida dicotomia entre a justificada tutela penal dos direitos personalíssimos do autor e a inconstitucional criminalização do descumprimento de obrigações civis originadas dos direitos patrimoniais de autor.

Necessário se faz uma imediata releitura dos artigos 184 do CP e 12 da Lei n. 9.609/98 pelos Tribunais para que se declare inconstitucional a tutela penal dos direitos patrimoniais de autor, seja pela inobservância do Princípio Constitucional da Taxatividade, seja pela inobservância da vedação constitucional à prisão por dívidas. Entender de forma diversa é consagrar a instrumentalização do Direito Penal como meio de coerção ao pagamento de dívidas civis e de intervenção econômica para a garantia de monopólios privados.

Como se sabe, o tipo penal implica uma seleção de comportamentos e, ao mesmo tempo, uma valoração. Assim certas condutas em si mesmas típicas carecem de relevância por serem coerentes no meio social, já que muitas vezes há um descompasso entre as normas penais incriminadoras e o socialmente permitido ou tolerado.

A ação socialmente adequada está desde logo excluída do tipo, porque se realiza no âmbito de normalidade social. Jamais serão típicas aquelas ações que, apesar de formalmente subsumíveis aos tipos, permanecem funcionalmente integradas à organização da vida comunitária de um povo em um determinado momento histórico.

A violação aos direitos autorais é um problema global que deve ser encarado sob ponto de vista social. Por certo, a reprodução e comercialização de produtos falsificados devem ser combatidos. No entanto, o Estado se vê longe da atuação mais coerente. Não é difícil encontrar diversos lugares onde artigos “pirateados” e contrabandeados são comercializados sem a menor fiscalização. Tal fato se tornou aceitável pela esmagadora parcela da população, consumidora assídua dos produtos, e deixou de ser coibido pelo próprio Estado. Diversos são os shoppings populares, autorizados pelo Estado, para comercialização de artigos ditos “populares”, mas que, na verdade, são uma grande feira de “pirataria”. Tudo que se vende são materiais falsificados, sem notas fiscais.

Nessa perspectiva e a partir da premissa de que o direito penal somente tipifica condutas que têm certa “relevância social”, deduz-se, como consequência, que há condutas que por sua adequação social não podem ser consideradas como criminosas. Esta é a essência da chamada teoria da “adequação social da conduta”: as condutas que se consideram “socialmente adequadas” não podem ser delitos, e, portanto, devem ser excluídas do âmbito da tipicidade.

Esse princípio, que segundo Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho trata-se do “principal componente normativo do sistema finalista”, vem ganhando aceitação entre os doutrinadores penais brasileiros, entre eles, Cezar Roberto Bitencourt, que explanando sobre o verdadeiro objetivo da norma penal, afirma que

O tipo penal implica uma seleção de comportamentos e, ao mesmo tempo, uma valoração (típico já é penalmente relevante). Contudo, também é verdade, certos comportamentos, em si mesmos típicos, carecem de relevância por serem coerentes no meio social, pois, muitas vezes, há um descompasso entre as normas penais incriminadoras e o socialmente permitido ou tolerado.

Não obstante, é certo que a Constituição da República de 1988 adotou no Art. 5º, XXXIX, o conhecido princípio da legalidade que possui entre as funções, a proibição de incriminações vagas e indeterminadas, implicando, em consequência, na máxima determinação e taxatividade dos tipos penais.

A exigência de normas penais de teor preciso e unívoco decorre do propósito de proteger o cidadão do arbítrio judiciário, posto que, fixado com certeza necessária do ilícito penal, fica restrita a discricionariedade do aplicador da lei.

Apesar disso, trata-se o delito de violação de direitos do autor de um tipo penal vago, fundamentado em um bem jurídico indeterminado. Isso porque reúne sob o rótulo de propriedade intelectual uma gama de interesses tão diversos quanto o direito de atribuição de autoria, o direito de assegurar a integridade da obra (ou de modificá-lo), o direito de conservar a obra inédita, entre outros direitos morais, e os direitos de edição, reprodução e outros patrimoniais.

Uma detida análise do bem jurídico tutelado demonstra a nítida dicotomia entre a justificada tutela penal dos direitos personalíssimos do autor e a inconstitucional criminalização do descumprimento de obrigações civis originadas dos direitos patrimoniais de autor.

As políticas estatais de regulação social, em nome do eficientismo, têm o transformado em delitos ações/omissões lícitas, ocupando-se de controlar criminalmente condutas que poderiam ser disciplinadas por outros meios de inclusão (não-exclusivas) e integração (não-segregacionistas).

Em verdade, não há justificativa democrática para se “criminalizar” questões meramente patrimoniais, as quais podem ser resolvidas no seu respectivo campo civil, mediante ações respectivas. O Direito Penal não deve servir de longa manus das grandes corporações que se valem do Estado apenas para manter a exploração, ainda mais em se tratando de Brasil. O caso é de típica demanda civil, sem que qualquer pretensão penal possa ser deferida, sequer pela questão tributária, pois esta, também, não implica prisão.

Se o direito penal responde somente ao objetivo de tutelar os cidadãos e de minimizar a violência, as únicas proibições penais justificadas por sua absoluta necessidade são, por sua vez, as proibições mínimas necessárias, isto é, as estabelecidas para impedir condutas lesivas que, acrescentadas à reação informal que comportam, suporiam uma maior violência e uma mais grave lesão de direitos do que as geradas institucionalmente pelo direito penal.

É ainda bem de ver que, também para ser típica, além de se ajustar a uma descrição legal, a conduta deve ser materialmente lesiva a bens jurídicos, a ponto de fazer atuar o direito penal.

Nesse contexto, 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 o Princípio da Insignificância, é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal.

Destarte, evidenciado in casu que os bens apreendidos possuem importância ínfima – 54 discos de mídia avaliados em torno de R\$ 4,50-, já de início seria inconveniente movimentar o Poder Judiciário para solucionar tal lide, porquanto não houve nenhuma periculosidade social da ação; a reprovabilidade do comportamento foi de grau reduzidíssimo e a lesão do bem jurídico se revelou inexpressiva.

Posto isso, requer esta Procuradoria de Justiça o PROVIMENTO do recurso interposto, a fim de absolver os réus, com fundamento no Art. 386, III, do Código de Processo Penal [...]

Desse modo, não há falar, com efeito, em conteúdo material do crime, diante da ausência dos princípios fundamentais que lhe dão sustentação, entre eles, o da Taxatividade, Fragmentariedade, Intervenção Mínima e Subsidiariedade das Normas Penais, da Insignificância e Adequação Social.

Posto isso, dou provimento ao recurso para o fim de absolver **Silval Palaoro** pelo delito previsto no artigo 184, § 2º, do Código Penal, com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, UNÂNIME, CONTRA O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Carlos Brandes Garcia, João Batista da Costa Marques e Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 25 de agosto de 2009.

Habeas Corpus n. 2009.018317-4 - Campo Grande
Primeira Turma Criminal
Relator Des. João Carlos Brandes Garcia

E M E N T A – *HABEAS CORPUS* – EXECUÇÃO PENAL – DOENÇA MENTAL SUPERVENIENTE – MEDIDA DE SEGURANÇA SUBSTITUTIVA – PRAZO – RESTRITO AO TEMPO RESTANTE DA PENA – CUMPRIMENTO INTEGRAL – PRECEDENTES DO STJ – PROVIDÊNCIA PREVISTA NO ARTIGO 682, § 2º, DO CPP – INTERNAÇÃO EM HOSPITAL COMUM DA REDE PÚBLICA A SER DETERMINADO PELO JUÍZO CÍVEL – ORDEM CONCEDIDA PARA DECLARAR EXTINTA A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.

A duração da medida de segurança substitutiva é restrita ao tempo restante para o cumprimento da pena, de modo que, se ao término desse prazo, for verificada a não cessação da periculosidade e a consequente impossibilidade de retorno ao convívio social, deve o juiz da execução colocar o sentenciado à disposição do juízo civil competente para serem determinadas as medidas de proteção adequadas à sua enfermidade (art. 682, § 2º, do CPP), encaminhando-se, ademais, o condenado à internação em hospital psiquiátrico comum da rede pública que se mostre mais adequado ao tratamento de sua patologia.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, conceder a ordem, nos termos do voto do relator, unânime, contra o parecer.

Campo Grande, 4 de agosto de 2009.

Des. João Carlos Brandes Garcia – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Jader Roberto de Freitas em favor do paciente Romilson Candino Muniz, sob o argumento de estar este sofrendo constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal de Execução Penal da comarca de Campo Grande, consistente na demora no exame do cumprimento total da medida de segurança substitutiva que, limitada pelo *quantum* da pena restante, já permitiria a liberdade do paciente.

Segundo a impetração, o paciente foi preso em 5.11.2004, sendo, posteriormente, condenado à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, como incurso no art. 12 da Lei n. 6.368/76, e 2 (dois) anos de reclusão pelo crime do art. 14 da mesma lei; que sobreveio, no decorrer do cumprimento da pena, doença mental determinante da aplicação de medida de segurança na modalidade de internação/prisão; que foi deferida ao paciente a diminuição

da pena pela superveniência do artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (*lex mitior*), reduzindo-se o *quantum* da reprimenda em 2/3, para 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão; que, segundo precedentes do Superior Tribunal de Justiça, vencido o tempo previsto para o cumprimento da pena original, haveria constrangimento ilegal na manutenção da medida de segurança, devendo ser o paciente posto em liberdade.

A liminar foi indeferida à f. 107.

Sobrevieram as informações às f. 110-114.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (Relator)

Com efeito, consoante entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, se sobrevier doença mental do condenado, no curso da execução da pena privativa de liberdade, o juiz poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança, a teor do disposto no art. 183 da Lei de Execuções Penais, sendo que a duração dessa medida substitutiva não pode ser superior ao tempo restante para o cumprimento da pena, sob pena de ofensa à coisa julgada.

Assim, ao término do referido prazo, se o sentenciado, por suas condições mentais, não puder ser restituído ao convívio social, como foi comprovado por meio de perícia médica a que se submeteu o paciente, a qual atestou não ter cessado sua periculosidade (f. 134-136), deve o juiz da execução colocá-lo à disposição do juízo cível competente para serem determinadas as medidas de proteção aconselhadas para sua enfermidade (art. 682, § 2º, do Código de Processo Penal).

Nesse sentido, confira-se:

EMENTA: CRIMINAL. HC. EXECUÇÃO. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUPERVENIÊNCIA DE DOENÇA MENTAL. MEDIDA DE SEGURANÇA SUBSTITUTIVA. RESTRITA AO TEMPO DE CUMPRIMENTO DA PENA. ORDEM CONCEDIDA.

I - A medida de segurança prevista no Código Penal é aplicada ao imputável, no processo de conhecimento e tem prazo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada a cessação da periculosidade. Já a medida de segurança prevista na Lei de Execuções Penais é aplicada quando, no curso na execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, ocasião em que a pena é substituída pela medida de segurança, que deve perdurar pelo período de cumprimento da pena imposta na sentença penal condenatória.

II - A medida de segurança substitutiva é adstrita ao tempo de cumprimento da pena privativa de liberdade fixada na sentença condenatória, sob pena de ofensa à coisa julgada.

III. Hipótese que trata de medida de segurança substitutiva da pena, aplicada aos imputáveis que, no decorrer da execução penal, foram acometidos de doença mental - diferentemente da medida de segurança aplicada aos imputáveis, que tem tempo indeterminado.

IV – Evidente o constrangimento ilegal, eis que a reprimenda encontra-se encerrada desde 27.1.2001, devendo ser declarada extinta a medida de segurança substitutiva, pelo seu integral cumprimento.

V – “Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.” (HC n. 24.455/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 19.5.2003).

Ementa: *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. EXECUÇÃO DA PENA. SUPERVENIÊNCIA DE DOENÇA MENTAL. MEDIDA DE SEGURANÇA. DURAÇÃO.

A substituição da pena privativa de liberdade pela medida de segurança - prevista no art. 183 da LEP - não pode ter duração superior ao tempo restante da pena. Pena integralmente cumprida. Expedição de alvará de soltura.

Ordem concedida. (HC n. 16.752/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 3.9.2001).

Ementa: PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO DA PENA. DOENÇA MENTAL SUPERVENIENTE. MEDIDA DE SEGURANÇA SUBSTITUTIVA. DURAÇÃO.

- Havendo medida de segurança substitutiva da pena privativa de liberdade, a sua duração não pode ultrapassar ao tempo determinado para cumprimento da pena.

Writ deferido (HC n. 12.957/SP, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 4.9.2000).

Ementa: PENAL. PROCESSUAL. EXECUÇÃO DA PENA. SUPERVENIÊNCIA DE DOENÇA MENTAL. MEDIDA DE SEGURANÇA SUBSTITUTIVA. DURAÇÃO. *HABEAS CORPUS*.

1. A medida de segurança substitutiva, prevista na LEP, art. 183, não pode ter duração superior ao tempo restante da pena.

2. *Habeas Corpus* conhecido; ordem concedida, sem prejuízo das considerações do CPP, art. 682, § 2.º. (HC n. 7.220/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 8.6.1998).

Ementa: PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO DA PENA. DOENÇA MENTAL SOBREVINDA. MEDIDA DE SEGURANÇA.

- Duração. Afeita ao sistema vicariante de 1984, a medida de segurança detentiva aplicável nos termos do art. 183 da LEP não pode ter duração superior ao tempo restante da pena, sem prejuízo de que, afinal, recomende-se a providência prevista no art. 682, § 2º, do CPP (HC n. 2.445/SP, Rel. Min. José Dantas, DJ de 31.5.1993).

Ante o exposto, acolhendo a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, concedo a ordem para declarar extinta a pena privativa de liberdade de Romilson Cândido Muniz, em razão de seu cumprimento, recomendando-se, outrossim, ao Juízo da Execução Criminal, a providência prevista no art. 682, § 2º, do Código de Processo Penal, sem prejuízo de que, até que se efetive, se for o caso, o procedimento de interdição, ele seja transferido para internação em hospital psiquiátrico comum da rede pública que o juízo cível entenda mais apropriado para esse fim, tendo em vista a gravidade da patologia de que o paciente é portador (f. 136).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

CONCEDERAM A ORDEM, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, UNÂNIME, CONTRA O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Carlos Brandes Garcia, João Batista da Costa Marques e Marilza Lúcia Fortes.

Campo Grande, 4 de agosto de 2009.

Agravo Criminal n. 2009.019762-3 – Dourados
Primeira Turma Criminal
Relator Des. João Carlos Brandes Garcia

E M E N T A – AGRAVO EM EXECUÇÃO – APENADO POR CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTE – LIVRAMENTO CONDICIONAL – REQUISITO OBJETIVO – PENA INFERIOR A DOIS ANOS DE RECLUSÃO EM RAZÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06 – POSSIBILIDADE.

Tratando-se de crime de tráfico de entorpecente, onde a pena final restou fixada em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em face da incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, é possível a concessão do livramento condicional, quando cumpridos 2/3 (dois terços) da pena, conforme autoriza o parágrafo único do artigo 44 da mencionada lei.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, dar provimento ao recurso, unânime, contra o parecer.

Campo Grande, 25 de agosto de 2009.

Des. João Carlos Brandes Garcia – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia

Adelson Nascimento da Costa, irresignado com a decisão que lhe indeferiu o benefício do livramento condicional, interpõe agravo criminal.

Aduz nas razões acostadas às f. 2-8, que faria jus ao benefício mencionado, uma vez que já cumprira 2/3 (dois terços) da pena privativa de liberdade que lhe fora imposta, qual seja, de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime fechado, pela prática do delito previsto no artigo 33 da Lei n. 11.343/06.

Contrarrazões às f. 12-7, pela manutenção da decisão atacada.

A decisão recorrida foi mantida pelo magistrado *a quo* (f. 18).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo improvimento do agravo.

VOTO

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (Relator)

Adelson Nascimento da Costa interpôs o presente agravo criminal contra a decisão que lhe indeferiu o benefício do livramento condicional, ao argumento de que uma vez que fora condenado à pena inferior a dois anos, não faria jus a tal benesse, por ausência de amparo legal.

O agravo merece provimento.

Consta dos autos que Adelson Nascimento da Costa foi condenado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06), sendo que lhe foi aplicada a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da mesma lei, no seu grau máximo, o que levou a pena, em definitivo, a **1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão.**

Cumpridos 2/3 (dois terços) da pena, o apenado requereu o livramento condicional, e, **após parecer favorável do Representante do Ministério Público,** sobreveio a decisão agravada, que, de forma sucinta, manifestou:

Em que pese o parecer favorável do digno representante do Ministério Público, indefiro o pedido de f. 54 por absoluta ausência de amparo legal, eis que o livramento condicional somente é concedido aos condenados a penas privativas de liberdade iguais ou superiores a 02 (dois) anos, havendo benefícios outros aplicáveis às reprimendas fixadas abaixo do limite citado (f. 34)

Tenho que não agiu com o costumeiro acerto a decisão *a quo*, posto que, a meu ver, não há impedimento de concessão da benesse ao reeducando, posto que o limite temporal exigido, bem como o subjetivo, restaram preenchidos, sendo de boa política criminal que se dê ao apenado tratamento proporcional, sendo verdadeiro o argumento posto no agravo de que não se pode conferir mais benefícios ao que possui pena maior em detrimento daquele que encontrou méritos para ter a pena reduzida em seu grau máximo.

Muito embora seja verdadeira a premissa vinda na decisão agravada de que o sistema penal não previu a concessão do livramento condicional a apenados com reprimenda inferior a dois anos, já que para estes casos a lei garantiria outros benefícios, tal não é o caso de crimes considerados hediondos, como é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes, quando a própria lei veda a concessão desses benefícios.

Ademais, a própria Lei n. 11.343/06 prevê, em seu artigo 44, parágrafo único, expressamente, que o livramento condicional, aos apenados pelos crimes nela previstos, se dará se cumpridos dois terços da pena, vedando apenas a concessão aos reincidentes específicos, o que não é o caso dos autos. Confira-se:

Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.

Dessa forma, há previsão legal para a concessão do livramento condicional no caso dos autos, sendo oportuno frisar que já há tratamento mais gravoso aos crimes hediondos quando a norma prevê que o livramento será concedido somente se cumpridos dois terços da pena, quando para os crimes comuns a exigência é de apenas um terço.

Pelo exposto, contra o parecer, dou provimento ao recurso para conceder ao agravante tal benesse, uma vez que se encontram presentes os requisitos objetivos e subjetivos para tal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

DERAM PROVIMENTO AO RECURSO, UNÂNIME, CONTRA O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Relator, o Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores João Carlos Brandes Garcia, João Batista da Costa Marques e Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 25 de agosto de 2009.

***Habeas Corpus* n. 2009.021529-9 - Campo Grande**
Segunda Turma Criminal
Relator Juiz Manoel Mendes Carli

E M E N T A – *HABEAS CORPUS* – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO – REVOGAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA – DEMONSTRAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIAS PESSOAIS FAVORÁVEIS – RESIDÊNCIA FIXA NO DISTRITO DA CULPA, FAMÍLIA CONSTITUÍDA E TRABALHO LÍCITO – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP – ORDEM CONCEDIDA.

Concede-se a ordem para se colocar em liberdade o paciente, quando não se demonstra a presença dos requisitos que justifiquem a medida coercitiva (artigo 312, do CPP), e, ainda, quando preenchidos os requisitos subjetivos favoráveis.

Sendo o paciente primário, possuidor de residência fixa no distrito da culpa, ocupação lícita e família constituída, e inexistindo indícios que em liberdade poderá colocar em risco a ordem pública, instrução criminal ou a aplicação da lei penal, a sua prisão afigura-se como desnecessária, ensejando constrangimento ilegal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, conceder a ordem, por unanimidade, contra o parecer.

Campo Grande, 21 de setembro de 2009.

Juiz Manoel Mendes Carli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Manoel Mendes Carli.

O advogado José Roberto Rodrigues Da Rosa e outro impetra ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor do paciente Fábio Augusto Bonilha Fernandes, *pela prática do delito previsto no artigo 14 da Lei n. 10.826/03 (Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido) e art. 129 do CP (Lesão corporal dolosa)*, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1.^a Vara Criminal da Comarca de Campo Grande/MS.

Sustentam os impetrantes, em apertada síntese, que:

1) O paciente foi preso em flagrante, pela prática do crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido.

2) O paciente possui os requisitos necessários para responder o processo em liberdade, possui residência fixa no distrito da culpa, trabalho lícito e família constituída;

3) Não estão presentes os requisitos elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal, a dar sustentação ao decreto de prisão preventiva do paciente.

Requer a concessão da ordem para que o paciente possa responder o processo em liberdade, expedindo-se o competente alvará de soltura.

Liminar indeferida às f. 105.

Solicitadas as informações à autoridade coatora, estas vieram aos autos às f. 108-109.

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer lançado às f. 129-134, opina pela denegação da ordem de *habeas corpus*.

VOTO

O Sr. Juiz Manoel Mendes Carli (Relator)

O advogado José Roberto Rodrigues da Rosa e outro impetra ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor do paciente Fábio Augusto Bonilha Fernandes, pela prática do delito previsto no *artigo 14 da Lei n. 10.826/03 (Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido)* e *art. 129 do CP (Lesão corporal dolosa)*, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1.^a Vara Criminal da Comarca de Campo Grande/MS.

Sustentam os impetrantes, em apertada síntese, que:

1) O paciente foi preso em flagrante, pela prática do crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido.

2) O paciente possui os requisitos necessários para responder o processo em liberdade, possui residência fixa no distrito da culpa, trabalho lícito e família constituída;

3) Não estão presentes os requisitos elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal, a dar sustentação ao decreto de prisão preventiva do paciente.

O Magistrado, instado a prestar as informações solicitadas, manifestou-se nos autos às f. 8-109, aduzindo que:

[...]

Desse modo, somente a primariedade e o comprovante de que possui residência fixa e ocupação lícita não são suficientes para garantir-lhe o direito de responder o processo em liberdade, mormente pelo fato de que ele possui maus antecedentes e praticou, em tese, o crime em questão mediante emprego de violência.

Assim, impõe-se a conclusão de que solto, muito provavelmente voltará a delinquir, abalando a ordem pública, sendo certo que a sociedade não poderá sofrer as mazelas decorrentes dos inúmeros desatinos possivelmente praticados por ele

Vale pontuar, por fim, que nada garante que o paciente, uma vez posto em liberdade, não irá intimidar a vítima e as testemunhas, como procedeu na provável prática delituosa.

Desse modo, a manutenção da segregação cautelar do paciente se faz necessária, para garantia da ordem pública e por conveniência da instrução processual.

[...]

Assiste razão ao impetrante, devendo a ordem ser concedida.

Com efeito, a prisão cautelar deve ser considerada exceção, já que, por meio desta medida, priva-se o paciente de seu *jus libertatis* antes do pronunciamento condenatório definitivo, consubstanciado na sentença transitada em julgado.

É por isso que tal medida constritiva só pode ser decretada, se expressamente for justificada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, conforme disposto no artigo 312, do Código de Processo Penal.

Segundo se depreende dos autos, a autoridade apontada como coatora fundamentou a necessidade da manutenção da prisão do paciente para assegurar a ordem pública, “*mormente pelo fato de que ele possui maus antecedentes*”.

Contudo, ao efetuar uma análise da certidão de antecedentes do paciente (f. 36, 69), não se constata qualquer ação penal em andamento, sendo válida tal certidão, eis que emitida pelo Poder Judiciário Estadual.

Ademais, os antecedentes devem ser analisados em fase posterior, em eventual sentença penal condenatória. A análise dos antecedentes para decretação de prisão preventiva somente extrapolaria o escopo legal e violaria a norma constitucional, que presume a inocência de todos os acusados durante o processo.

A jurisprudência pátria é uníssona neste sentido:

A existência de condenação anterior por estelionato e de outros processos em curso por crimes de menor gravidade não conduz automaticamente à **prisão preventiva**, se não restar demonstrada a necessidade cautelar da medida e se mostrar desproporcional a medida em relação à pena cominada. (STJ, HC n. 79925/MS, Sexta Turma, Rel.^a Min.^a Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 21.2.2008, DJ 10.3.2008).

CRIMINAL. HC. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TENTATIVA. PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA. PLEITOS INDEFERIDOS. INDÍCIOS DE AUTORIA E PROVA DA MATERIALIDADE. GRAVIDADE DO DELITO. PERICULOSIDADE DO AGENTE. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. MAUS ANTECEDENTES NÃO CONFIGURADOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

1- A prisão provisória é medida excepcional e deve ser mantida apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da não culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação.

2- A mera referência a artigos de Lei não é capaz de amparar a segregação, se ausente qualquer destaque a fatos concretos distintos da própria prática delituosa.

3- A existência de indícios de autoria e prova da materialidade, bem como o juízo valorativo sobre a gravidade genérica do delito imputado ao paciente e a sua suposta periculosidade, não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão cautelar, se desvinculados de qualquer fator concreto.

4- A simples menção ao fato de o acusado possuir antecedentes criminais não se presta a embasar a custódia cautelar, em especial quando se verifica que, de acordo com a folha de antecedentes penais juntada aos autos, consta dos registros do réu apenas a presente ação penal, não havendo qualquer outro delito a ele imputado.

5- **Ordem concedida**, para cassar o decreto prisional, bem como o acórdão impugnado, determinando a imediata expedição de alvará de soltura ao paciente, salvo prisão por outro motivo, podendo a custódia ser novamente determinada com base em fatos concretos. (grifos nossos). (STJ, HC n. 82.858/SP, Quinta Turma, Rel.^a Min.^a Des.^a. Convocada Jane Silva do TJ/MG, julgado em 20.11.2007, DJ 10.12.2007).

Ao meu sentir, o paciente somente poderia ser mantido custodiado, antes do advento da sentença condenatória com trânsito em julgado, se houvesse elementos concretos nos autos indicando que sua liberdade põe em risco a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, caso contrário, a sua liberdade é medida que se impõe.

Não se colhe da decisão que decretou a prisão preventiva do paciente qualquer indicação de que o paciente solto volte a delinquir, ou que seja ele uma ameaça ao meio social ou à credibilidade da Justiça, ou ainda, que o delito provocou real repercussão social, ou qualquer outro motivo que pudesse abalar a ordem pública, tendo a impetração demonstrado que o paciente possui requisitos subjetivos necessários para responder o processo em liberdade.

Portanto, a prisão provisória, de natureza eminentemente cautelar e, por conseguinte, não-satisfativa, somente pode ser mantida quando algum dos requisitos do mencionado artigo 312 estiver presente diante do caso concreto.

Ademais, o artigo 315, do CPP e a Constituição Federal, primando pelos direitos e garantias individuais, exige a fundamentação das decisões judiciais. Impõe, na verdade, a constatação e demonstração da necessidade da medida constritiva para que não restem dúvidas de que a ordem pública ou econômica foram violadas, bem como o risco que corre a instrução processual ou a lei penal.

Nesse sentido, trago à baila o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Para a decretação da prisão preventiva não bastam singelas considerações acerca da gravidade do delito em abstrato, nem é suficiente a mera reprodução das expressões constantes no art. 312 do Código de Processo Penal, sendo necessária a demonstração objetiva, com base em fatos concretos, da efetiva necessidade da medida cautelar na hipótese em exame, evidenciando-se na decisão a real ameaça à ordem pública ou os riscos para a regular instrução criminal ou o perigo de se ver frustrada a aplicação da lei penal.

2. A existência de indícios de autoria e prova de materialidade do crime, mesmo que aliada ao juízo valorativo sobre a gravidade do delito praticado, não se mostra suficiente para antecipar a custódia preventiva do paciente, sob pena de a prisão, decretada antes do trânsito em julgado da condenação, deixar de atender à cautelaridade que lhe é ínsita para transmudar-se em punição antecipada.

3. O comparecimento livre e espontâneo do acusado perante a autoridade policial não se coaduna com eventual tentativa de fuga, conforme mencionado no decreto prisional, para embasar a segregação cautelar.

4. Ordem concedida para desconstituir o decreto prisional. (HC n. 44338/PI, *Habeas Corpus* 2005/0085980-9, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 9.10.2006, p. 319).

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TENTATIVA DE LATROCÍNIO. PRISÃO EM FLAGRANTE. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA PARA RESPALDAR A CUSTÓDIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA.

1. A gravidade do delito, dissociada de elementos concretos, não constitui fundamento idôneo para obstar a concessão de liberdade provisória, sendo indispensável a demonstração de ao menos um dos pressupostos autorizadores da prisão preventiva, além da prova da materialidade e dos indícios de autoria, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, tendo em vista que o referido dispositivo legal não admite conjecturas.

2. A simples reprodução das expressões ou dos termos legais expostos na norma de regência, divorciada dos fatos concretos ou baseada em meras suposições, não é suficiente para atrair a incidência do art. 312 do CPP.

3. Deve ser demonstrada a efetiva necessidade da medida restritiva de liberdade antecipada, evidenciando-se, de forma específica e objetiva, em que ponto reside a ameaça à ordem pública ou econômica, o risco para a regular instrução criminal ou o perigo de se ver frustrada a aplicação da lei penal.

4. Ordem concedida para desconstituir o decreto prisional e determinar a expedição do alvará de soltura, caso o paciente não esteja preso por outro motivo. (HC n. 114757/RJ, *Habeas Corpus* n. 2008/0194396-7, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 16.3.2009).

Por outro lado, o paciente se encontra à disposição da justiça, participando regularmente do processo até esse momento, e demonstrando o intuito de colaborar para o regular andamento da instrução processual. De outro tanto, se ele ensejar a mudança do *status quo* das condições e requisitos que levaram a sua liberação, a prisão do acusado poderá ser novamente decretada.

Por fim, consoante demonstrado nesta impetração, o paciente apresenta condições pessoais favoráveis: é primário, possui residência fixa no distrito da culpa (f. 43), ocupação lícita (f. 44), dedica-se aos estudos (f. 45) e tem família constituída (f. 37-42), circunstâncias estas que, diante da ausência de outros motivos a justificar a manutenção da sua prisão, recomendam o deferimento de seu pedido, que se encontra devidamente instruído.

Nessas condições, a ordem deve ser concedida para garantir ao paciente o direito de responder ao processo em liberdade, deferindo-lhe o pedido de revogação da prisão preventiva.

Exposto isso, contra o parecer, concede-se a ordem, revogando-se a prisão preventiva do paciente Fábio Augusto Bonilha Fernandes.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

CONCEDERAM A ORDEM, UNÂNIME, CONTRA O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Manoel Mendes Carli e os Desembargadores Romero Osme Dias Lopes e Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 21 de setembro de 2009.

***Habeas Corpus* n. 2009.021912-5 - Campo Grande**
Segunda Turma Criminal
Relator Juiz Manoel Mendes Carli

E M E N T A – *HABEAS CORPUS* – EXPLORAÇÃO SEXUAL DE MENOR – CRIME DO ARTIGO 244-A, DA LEI N. 8.069/90 (ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE) – LIBERDADE PROVISÓRIA – INDEFERIMENTO – PRISÃO PREVENTIVA – PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 312 DO CPP – PRIMÁRIO, TRABALHO LÍCITO E RESIDÊNCIA FIXA – ELEMENTOS QUE NÃO SÃO SUFICIENTES PARA ELIDIR POR SI SÓ O DECRETO PRISIONAL – PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES DA MEDIDA – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – ORDEM DENEGADA.

As condições pessoais do paciente, primário, trabalho lícito e residência fixa, não bastam, por si só, para a concessão do benefício da liberdade provisória.

A existência de elementos indiciários indicando que a paciente se vale da prostituição infantil como meio de vida, e que se estiver em liberdade, voltará a aliciar menores, somada à gravidade do delito e repercussão social, constitui motivação idônea, capaz de justificar o decreto constritivo, para resguardar a ordem pública, evidenciando-se, assim, não ser recomendável a sua soltura nessa fase do processo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, denegar a ordem, por unanimidade, com o parecer.

Campo Grande, 21 de setembro de 2009.

Juiz Manoel Mendes Carli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Manoel Mendes Carli

O advogado Edgar Calixto Paz impetra ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor da paciente Mariana de Calves Leonel Neta Brandão, que se encontra presa, pela prática do delito previsto no artigo 244-A (*Submeter criança ou adolescente, à prostituição ou à exploração sexual*), do Estatuto da Criança e do Adolescente, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara da Infância, Juventude e do Idoso da Comarca de Campo Grande/MS.

Sustenta o impetrante, em apertada síntese, que:

1) A paciente encontra-se presa, desde 29 de julho de 2009, pela suposta prática do crime previsto no artigo 244-A, do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA;

2) A paciente possui condições favoráveis para responder o processo em liberdade: é primária, possui ocupação lícita, residência fixa no distrito da culpa e família constituída;

3) Não estão presentes os requisitos elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal, a dar sustentação ao decreto de prisão preventiva da paciente.

Requer a concessão da ordem expedindo-se alvará de soltura.

Liminar indeferida às fls. 50.

Solicitadas as informações à autoridade coatora, estas vieram aos autos às f. 53-55.

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer lançado às f. 60-63, opina pela denegação da ordem de *habeas corpus*.

VOTO

O Sr. Juiz Manoel Mendes Carli (Relator)

O advogado Edgar Calixto Paz impetra ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor da paciente Mariana de Calves Leonel Neta Brandão, que se encontra presa, pela prática do delito previsto no artigo 244-A (*Submeter criança ou adolescente, à prostituição ou à exploração sexual*), do Estatuto da Criança e do Adolescente, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Vara da Infância, Juventude e do Idoso da Comarca de Campo Grande-MS.

Sustenta o impetrante, em apertada síntese, que:

1) A paciente encontra-se presa, desde 29 de julho de 2009, pela suposta prática do crime previsto no artigo 244-A, do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA;

2) A paciente possui condições favoráveis para responder o processo em liberdade: é primária, possui ocupação lícita, residência fixa no distrito da culpa e família constituída;

3) Não estão presentes os requisitos elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal, a dar sustentação ao decreto de prisão preventiva da paciente.

O Magistrado instado a prestar as informações solicitadas, manifestou-se nos autos às f. 53/55, aduzindo que:

[...] os elementos indiciários produzidos pela autoridade policial denotam que a requerente seria useira e vezeira na prática de aliciamento de adolescentes à prostituição, tanto que já teria sido denunciada por diversas vezes, perante o SOS-Criança [...].

Tal conclusão também é extraída do relatório de atendimento feito em 18.6.2009, pelo SOS – Criança, do qual se denota a regularidade de ação que seria perpetrada pela paciente. Nesse mesmo documento, ainda consta que, em certo dia, as adolescentes vítimas não teriam retornado a sua casa após um ‘programa’ com um idoso de 79 anos, no que a paciente teria se irritado com o fato e lhes dito: ‘Esquece que vocês me conhecem, meu nome, onde é minha casa, senão vou colocar vocês numa fria’.

Some-se que, na fase policial, a paciente confessou parcialmente o agenciamento sexual das adolescentes (f. 49-50).

Interessante, também, o depoimento emocionado de Elisângela de Anunciação, mãe da vítima Karoline, ao declarar:

[...] que Karoline relatou o seguinte: mãe, uma mulher foi atrás de mim na escola, por várias vezes e ficou insistindo e então resolvi fazer programa [...] que, emocionada diz que ficou muito aliviada ao saber que Mariana Alves foi presa, pois, 'graças a Deus minha filha conseguiu tirar dessa vida, mas e as outras [...]

A propósito, a autoridade apontada como coatora, ao manifestar-se sobre o pedido de liberdade provisória, decidiu pelo seu indeferimento, conforme trecho transcrito abaixo (f. 42-47):

[...]

Quanto aos fundamentos para a prisão processual, vejo que, conquanto tenha demonstrado que possui residência fixa (f. 9) e que é primária (f. 7), embora tenha respondido a processo criminal por estelionato (autos n. 001.06.018104-5), sua segregação cautelar se impõe com a finalidade de manutenção da ordem pública.

Com efeito, os elementos indiciários produzidos pela autoridade coatora policial denotam que a requerente seria useira e vezeira na prática de aliciamento de adolescentes à prostituição, tanto que já teria sido denunciada por diversas vezes, perante o SOS-Criança, o que 'exemplificativo pelo documento de f. 29 dos autos de pedido de prisão preventiva.

[...]

Impõe-se, pois, a manutenção de sua prisão.

Na espécie, não há que se falar em ausência dos requisitos autorizadores da manutenção da custódia cautelar, pois a soltura da paciente constituiria grave ameaça à ordem pública, bem como prejudicaria o andamento da instrução criminal, já que existem provas da materialidade e indícios fortes da autoria ante a parcial confissão da paciente, máxime também à crescente onda de meninas, menores, que são submetidas a praticar esse tipo de delito.

A existência de elementos indiciários indicando que a paciente se vale da prostituição infantil como meio de vida, e que se estiver em liberdade, voltará a aliciar menores, constitui motivação idônea, capaz de justificar o decreto constritivo, para resguardar a ordem pública, evidenciando-se, assim, não ser recomendável a sua soltura nessa fase do processo.

Tal circunstância bem evidencia a necessidade da medida constritiva para garantia da ordem pública.

É notório que a exploração sexual de menores causa, efetivamente, grande intranquilidade social, conforme se depreende do depoimento prestado pela mãe da vítima alhures transcrito, devido suas graves e diversas consequências no desenvolvimento psicossocial do adolescente, além de fomentar a prática de outros delitos.

Sendo assim, a custódia cautelar do paciente é necessária para a manutenção da ordem pública, a qual não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também a acautelar o meio social, face à gravidade do delito e suas repercussões.

Conclui-se, portanto, que as circunstâncias que envolveram a prática delitiva, analisadas pela autoridade apontada como coatora, revelam-se hábeis a embasar a prisão da paciente, inexistindo, qualquer constrangimento ilegal pela manutenção da custódia decorrente da sua prisão preventiva.

Frise-se, que a segregação cautelar não está fundamentada, exclusivamente, na gravidade do delito, nem mesmo em sua repercussão social, mas também na garantia da ordem pública, consubstanciada no risco de a paciente voltar a praticar novos delitos, pois, conforme já dito, ela fora denunciada por diversas vezes no SOS-Criança.

Sobremais, as condições pessoais da paciente, tais como, residência fixa, trabalho honesto e possuir bons antecedentes, por si só, não são capazes de elidir o decreto prisional, como pretende o impetrante.

Nesse sentido, trago à baila o seguinte julgado, recentemente proferido pela Suprema Corte:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO FUNDAMENTADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. Possível constrangimento ilegal sofrido pelo paciente devido à ausência dos requisitos autorizadores para a decretação de sua prisão preventiva e pela falta de fundamentação idônea da decisão que a decretou. 2. Decreto de prisão preventiva baseado em fatos concretos analisados pelo juiz de direito na instrução processual, podendo se extrair que os fatos imputados aos pacientes são de extrema gravidade e geram intranquilidade para a sociedade e cujos malefícios coletivos são indiscutíveis. Houve fundamentação idônea à decretação da prisão cautelar do paciente. 3. Há justa causa para o decreto de prisão quando se aponta, de maneira concreta e individualizada, fatos concretos que induzem à conclusão quanto à necessidade de se assegurar a ordem pública. 4. A circunstância de o paciente ser primário, ter bons antecedentes, trabalho e residência fixa, à evidência, não se mostra obstáculo ao decreto de prisão preventiva, desde que presentes os pressupostos e condições previstas no art. 312, do CPP. Precedentes. 5. Habeas corpus denegado. (HC n. 96424, Segunda Turma, Rel^a. Min^a. Ellen Gracie, julgado em 10.3.2009, DJ-064, Divulg 2.4.2009 Public 3.4.2009).

Este sodalício também tem se pronunciado nesse sentido, consoante julgado transcrito abaixo:

E M E N T A – *HABEAS CORPUS* – ROUBO QUALIFICADO – PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA – PROVA DA EXISTÊNCIA DO CRIME E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA – NECESSIDADE DA SEGREGAÇÃO DO PACIENTE PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS E REQUISITO DA PRISÃO CAUTELAR – CONDIÇÕES PESSOAIS DO PACIENTE – IRRELEVÂNCIA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO – ORDEM DENEGADA.

As condições pessoais do paciente não bastam, por si só, para a concessão do benefício da liberdade provisória, mormente quando se encontram presentes os pressupostos e requisito da prisão cautelar, mencionados no art. 312 do Código de Processo Penal. (*Habeas Corpus* n. 2008.015054-3, Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes, DJ 18.6.2008).

Face ao exposto, de acordo com o parecer, denego a ordem.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

DENEGARAM A ORDEM, UNÂNIME, COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Manoel Mendes Carli e os Desembargadores Romero Osme Dias Lopes e Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 21 de setembro de 2009.

***Habeas Corpus* n. 2009.022124-7 - Campo Grande**
Segunda Turma Criminal
Relator Juiz Manoel Mendes Carli

E M E N T A – *HABEAS CORPUS* – ALEGADO EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA – PRESO HÁ MAIS DE 210 DIAS – ATRASO ATRIBUÍDO AO PODER PÚBLICO – EXCESSO INJUSTIFICÁVEL – OCORRÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – ORDEM CONCEDIDA.

Não há justificativa para quem permanece encarcerado à disposição da justiça, em prazo superior ao razoável para a instrução e julgamento do processo, cabendo a demora à ineficiência do Estado, principalmente quando o réu está preso há mais de 210 dias.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, conceder a ordem, por unanimidade, contra o parecer.

Campo Grande, 21 de setembro de 2009.

Juiz Manoel Mendes Carli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Manoel Mendes Carli

A Defensoria Pública Estadual impetra ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor do paciente Mauro Sérgio Mérida Bairros, que se encontra preso, pela prática do delito previsto no *artigo 155 (Furto)*, § 4º, inciso I, c/c *artigo 14, inciso II (tentativa)*, ambos do *Código Penal*, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande-MS.

Sustenta a impetrante, em apertada síntese, que:

1) O paciente encontra-se preso, desde 25 de janeiro de 2009, ou seja, há mais de 201 (duzentos e um) dias, e até o presente momento não foi concluída a instrução criminal, fatos estes que caracterizam o excesso de prazo, acarretando o constrangimento ilegal;

2) A demora na instrução do feito, é atribuída exclusivamente ao aparato do Poder Judiciário, acarretando o constrangimento ilegal.

Requer, a concessão de liminar, expedindo-se o alvará de soltura, em favor do paciente, em face do constrangimento ilegal, pelo excesso de prazo.

A liminar foi indeferida às f. 11.

Solicitadas as informações à autoridade coatora, estas vieram aos autos às f. 16-17.

A Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer lançado às f. 36-43, opina pela denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Juiz Manoel Mendes Carli (Relator)

A Defensoria Pública Estadual impetra ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor do paciente Mauro Sérgio Mérida Bairros, que se encontra preso, pela prática do delito previsto no *artigo 155 (Furto)*, § 4º, inciso I, c/c *artigo 14, inciso II (tentativa)*, e 307 (*falsa identidade*) ambos do *Código Penal*, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande-MS.

Sustenta a impetrante, em apertada síntese, que:

1) O paciente encontra-se preso, desde 25 de janeiro de 2009, ou seja, há mais de 201 (duzentos e um) dias, e até o presente momento não foi concluída a instrução criminal, fatos estes que caracterizam o excesso de prazo, acarretando o constrangimento ilegal;

2) A demora na instrução do feito, é atribuída exclusivamente ao aparato do Poder Judiciário, acarretando o constrangimento ilegal.

Assiste razão ao impetrante/paciente.

O magistrado instado a prestar as informações solicitadas, manifestou-se nos autos, às f. 16-17, aduzindo:

Que a denúncia foi ofertada em 09 de fevereiro de 2009 e recebida em 11.3.2009. Cumpre esclarecer que o requerente na oportunidade de sua prisão em flagrante apresentou-se com sendo Murilo Merida Bairros, sendo requisitado pelo representante ministerial a confecção de Laudo Circunstanciado elaborado pelo II/MS para real identificação da pessoa presa em flagrante. Em 19.6.2009 foi juntada a informação técnica de n. 329/2009 do II/MS informando que a pessoa presa em flagrante trata-se de Mauro Sérgio Merida Barros. Constatando-se que o réu apresentou falsa identidade quando preso em flagrante, em 24.6.2009 o Ministério Público ofereceu aditamento à denúncia. Em 29.6.2009 a citação foi expedida. Nesta data foi determinada a intimação pessoal do Oficial de Justiça responsável pelo cumprimento da diligência para devolução do mandado, devidamente cumprido, no prazo de 24 horas.

Compulsando os autos, é possível verificar que, de fato, o paciente se encontra encarcerado por tempo excessivo, *desde 25 de janeiro de 2009*, ou seja, há *mais de 210 (duzentos e dez) dias*, pela suposta prática dos delitos acima descritos, nos autos do Processo n. 001.09.004769-0.

Não obstante tenha o acusado se identificado como Murilo Merida Bairros, quando preso em flagrante, o que demandou a confecção de Laudo Circunstanciado elaborado pelo II/MS e por consequência o aditamento da denúncia pelo crime previsto no artigo 307 do Código Penal, não é por si só justificativa ao atraso ora apontado.

No mais, verifica-se claramente, que o excesso de prazo para o andamento do feito, deu-se, também, em virtude da deficiência do Poder Judiciário, consoante se verifica às f. 31, onde consta que a oficiala de justiça havia extrapolado o prazo assinalado para o cumprimento do mandado.

É necessário observar que a liberdade é assegurada constitucionalmente, somente podendo ser constrita em virtude de sentença penal condenatória com trânsito em julgado. A prisão, durante o processo, deve ser sempre encarada como cautelar e nunca como antecipação de eventual pena futura.

Assim, não estando nos limites da razoabilidade, o excesso de prazo para a prestação jurisdicional, com a consequente manutenção do paciente preso, deve ser entendido como constrangimento ilegal.

Nesse sentido, trago à baila os seguintes julgados da Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. EXCESSO DE PRAZO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. DEMORA INJUSTIFICADA. PRECEDENTES.

1. Para justificar a demora, dois argumentos foram utilizados pela instância ordinária: a pendência de realização de laudo de dependência toxicológica do acusado - requerido pela defesa - e a oitiva de testemunhas da acusação por carta precatória.

2. Primeiramente, não se pode atribuir à defesa a demora da conclusão do feito em razão da diligência requerida, pois embora tenha sido deferida pelo magistrado, até a presente data não há notícia de que os peritos judiciais tenham realizado a diligência judicial.

3. A alegação de que rebeliões nos presídios estaduais não é argumento apto para justificar a demora dos peritos judiciais, os quais já deveriam ter realizado a confecção do laudo de dependência toxicológica.

4. Segundo, os autos noticiam que as testemunhas da acusação somente serão ouvidas por carta precatória no dia 02 de julho de 2007. Nesse particular, não é razoável que o réu seja punido por uma diligência da acusação, a qual somente será cumprida segundo o interesse da pauta do juízo deprecado.

5. A Emenda Constitucional n. 45/2004 inseriu o princípio da razoável duração do processo dentro das garantias fundamentais asseguradas a cada indivíduo, insculpido no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988.

6. No caso, de acordo com as justificativas apresentadas, o atraso é completamente desmedido, violando, assim, o princípio da tempestividade do processo ou da razoabilidade dos prazos processuais.

7. Ordem concedida para determinar a imediata soltura do paciente, se por outro motivo não estiver custodiado, em virtude do excesso de prazo não-razoável de sua custódia provisória. (HC n. 72.103/MS, Quinta Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, DJ de 12.3.2007).

PROCESSO PENAL. EXCESSO DE PRAZO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DEMORA NA REALIZAÇÃO DO EXAME TOXICOLÓGICO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.

Cumpra ao Estado, titular do jus puniendi, prover os meios necessários à aplicação da lei penal sem que, para tanto, imprima ao acusado constrangimento ilegal, à vista do excessivo prazo que marca a delonga no julgamento do feito.

O princípio da razoabilidade é inato ao devido processo legal, a demora injustificada na realização do exame toxicológico caracteriza o constrangimento ilegal corrigido pela via eleita do writ.

ORDEM CONCEDIDA para determinar a soltura do paciente, devendo aguardar o encerramento do processo em liberdade, salvo se por outro motivo estiver preso. (HC n. 35.027/GO, Sexta Turma, Rel. Min. Paulo Medina, DJ de 16.8.2004).

CRIMINAL. HC. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. EXCESSO DE PRAZO. EXAME TOXICOLÓGICO.DILIGÊNCIA QUE SE PROLONGA POR MAIS DE UM ANO.INCIDENTES NÃO ATRIBUÍVEIS AO RÉU.DEMORA ÚNICA E EXCLUSIVA DO ESTADO-JUIZ.PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE QUE MILITA EM FAVOR DO PACIENTE.ORDEM CONCEDIDA.

I. Hipótese na qual o paciente aguarda preso há mais de 01 ano para ser submetido a exame de dependência química.

II. Não obstante ter sido da defesa o requerimento da diligência, o excessivo atraso na sua realização não pode ser atribuída ao paciente, que por diversas vezes viu frustrada a perícia técnica, seja por falta de perito, seja por falta de viatura, ou ainda, por falta de escolta policial.

III. O atraso no processo-crime é atribuível exclusivamente ao Estado-Juiz, não podendo o paciente suportar preso tal demora.

IV. O princípio da razoabilidade, que nesta Corte tem sido utilizado para afastar a existência de constrangimento ilegal em feitos complexos, no presente caso milita a favor do réu.

V. Inaplicabilidade da Súmula 52 desta Corte.

VI. Deve ser cassado o acórdão recorrido e determinada a soltura do paciente, se por outro motivo não estiver preso, permanecendo em liberdade provisória mediante condições a serem estabelecidas pelo Juízo de primeiro grau, confirmando-se a liminar anteriormente deferida.

VII. Ordem concedida, nos termos do voto Relator. (HC n. 59744/SP, HABEAS CORPUS n. 2006/0111911-7, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp (1111), julgado em 19.9.2006, DJ 16.10.2006, p.407).

Por fim, o *periculum in mora* está demonstrado, em virtude do risco de o paciente continuar encarcerado, pois passados mais de 210 (duzentos e dez) dias de sua prisão, ainda aguarda ser proferida a sentença de 1º grau.

Em face do exposto, contrariando o parecer, concedo a ordem.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

CONCEDERAM A ORDEM, UNÂNIME, CONTRA O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Manoel Mendes Carli e os Desembargadores Romero Osme Dias Lopes e Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 21 de setembro de 2009.

Agravo Criminal n. 2009.012624-6 – Dourados
Primeira Turma Criminal
Relatora Des^a Marilza Lúcia Fortes

E M E N T A – AGRAVO CRIMINAL – COMUTAÇÃO DE PENA – ALEGAÇÃO DE INOCORRÊNCIA DA REINCIDÊNCIA – APENADO QUE NÃO COMETEU NENHUM OUTRO CRIME APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA – PATAMAR PARA COMUTAÇÃO EM, E CRITÉRIOS SUBJETIVOS DEVIDAMENTE ATENDIDOS – DECISÃO REFORMADA PARA CONCEDER O BENEFÍCIO DA COMUTAÇÃO.

Não há falar em reincidência se o apenado não cometeu nenhum crime posterior ao trânsito em julgado de sentença condenatória, devendo ser considerado, para a comutação da pena, o patamar de $\frac{1}{4}$ estabelecido pelo art. 2º do Decreto Presidencial n. 6.706/2008.

Se o condenado já cumpriu o patamar exigido para comutação da pena, assim como os requisitos subjetivos, é imperativo que o magistrado singular conceda a comutação da pena.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, dar provimento ao recurso nos termos do voto da relatora, com o parecer.

Campo Grande, 30 de junho de 2009.

Des^a Marilza Lúcia Fortes – Relatora

RELATÓRIO

A Sr^a. Des^a Marilza Lúcia Fortes

Adonias Silveira Felipe, inconformado com a decisão do juiz singular que lhe indeferiu o pedido de comutação de pena por não ter cumprido $\frac{1}{3}$ da pena em 25.12.2008, interpõe o presente agravo.

Alega que o Decreto Presidencial n. 6.706/2008, que estabeleceu o cumprimento de $\frac{1}{3}$ da pena para a concessão da comutação, somente se aplica àqueles reincidentes, o que não é o seu caso, deve, portanto, ser considerado o patamar de $\frac{1}{4}$ para concessão do benefício.

O *Parquet* contra-arrazoa pelo provimento do agravo.

O Parecer Ministerial opina pelo conhecimento e provimento do recurso para se comutar $\frac{1}{4}$ da pena.

VOTO

A Sr^a. Des^a Marilza Lúcia Fortes (Relatora)

Adonias Silveira Felipe, inconformado com a decisão do Juiz singular que lhe indeferiu o pedido de comutação de pena por não ter cumprido 1/3 da pena em 25.12.2008, interpõe o presente agravo.

Alega que o Decreto Presidencial n. 6.706/2008, que estabeleceu o cumprimento de 1/3 da pena para a concessão da comutação, somente se aplica àqueles reincidentes, o que não é o seu caso, deve, portanto, ser considerado o patamar de 1/4 para concessão do benefício.

O art. 2º do Decreto n. 6.706/2008, ao estabelecer os critérios objetivos à concessão da pena, prescreveu que:

Art. 2º O condenado a pena privativa de liberdade, não beneficiado com a suspensão condicional da pena, que, até 25 de dezembro de 2008, tenha cumprido um quarto da pena, se não reincidente, ou um terço, se reincidente, e não preencha os requisitos deste Decreto para receber indulto, terá comutada a pena remanescente de um quarto, se não reincidente, e de um quinto, se reincidente, aferida na data acima mencionada [...]

Como se verifica, o aludido dispositivo determina que fará jus à comutação aqueles condenados, não reincidentes, que, até 25 de dezembro de 2008, tenham cumprido 1/4 da pena e, se reincidente, que tenham cumprido 1/3.

Questão nodal ao presente agravo reside em se definir se o agravante, à época do seu pedido, era reincidente ou não e, após, se cumpriu o patamar exigido pelo aludido decreto e os critérios subjetivos.

Nesse passo, verifico, no cálculo de pena às f. 65-66, que o agravante possui cinco condenações, totalizando 17 anos, 2 meses e 20 dias, por crimes cometidos nas datas abaixo demonstradas:

1ª) Incidência – Data do Fato – **21.01.2003;**

2ª) Incidência – Data do Fato – **25.08.2002;**

3ª) Incidência – Data do Fato – **25.08.2002;**

4ª) Incidência – Data do Fato – **17.01.2003;**

e, equivocadamente,

4ª) Incidência – Data do Fato – **20.11.2002**

Sobre esse assunto, pontuo que, nos termos do art. 63 do Código Penal, somente ocorre a reincidência para aqueles crimes cometidos após o trânsito em julgado de sentença condenatória.

No caso em tela, o trânsito em julgado mais recente ocorreu em **29.4.2004**, f. 65, e, após essa data, o agravante não cometeu mais nenhum crime, não havendo falar em reincidência.

Dessa forma, deve ser considerado o patamar de 1/4 estabelecido pelo art. 2º do Decreto n. 6.706/2008 para a concessão da comutação da pena.

Nesse passo, através do cálculo de pena acostado às f. 65-66, bem como pelas informações à f. 11, o agravante deveria cumprir 4 anos, 3 meses e 20 dias, mas já cumpriu, até o dia 25 de dezembro de 2008, 5 anos, 3 meses e 20 dias, ou seja, mais de $\frac{1}{4}$ da pena necessários para comutação da pena.

Por fim, quanto aos requisitos subjetivos, conforme informações do representante ministerial, o agravante não cometeu nenhuma falta grave nos doze meses anteriores ao Decreto Presidencial.

Ante o exposto, com o Parecer, dou provimento ao recurso para reformar a decisão lançada e comutar $\frac{1}{4}$ da pena do agravante Adonias Silveira Felipe.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO RECURSO NOS TERMOS DO VOTO DA RELATORA, COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Relatora, a Exma. Sr^a. Des^a Marilza Lúcia Fortes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marilza Lúcia Fortes, João Carlos Brandes Garcia e João Batista da Costa Marques.

Campo Grande, 30 de junho de 2009.

Apelação Criminal n. 2009.014114-5 - Bonito
Primeira Turma Criminal
Relatora Des^a Marilza Lúcia Fortes

E M E N T A – CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO – VENDA DE PRODUTO – APREENSÃO DE PRODUTOS IMPRÓPRIOS AO CONSUMO – AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL, PORTANTO DA PROVA DA MATERIALIDADE – RECURSO PROVIDO *EX OFFICIO*.

Quando se tratar do delito previsto no art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/90, a prova da materialidade delitiva exige a existência de laudo pericial apto a comprovar que o produto apreendido era impróprio ao consumo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, negar provimento ao recurso ministerial e absolver o apelado de ofício, nos termos do voto da relatora, unânime, com o parecer.

Campo Grande, 7 de julho de 2009.

Des^a Marilza Lúcia Fortes – Relatora

RELATÓRIO

A Sr^a. Des^a Marilza Lúcia Fortes

Trata-se de Apelação Criminal interposta pelo Ministério Público Estadual que, inconformado com a condenação de Antônio Lindenor dos Santos Peres à pena de 2 anos de detenção, substituída por duas restritivas de direitos consistentes no pagamento de 6 salários-mínimos e em prestação de serviços comunitários, pelo crime tipificado no art. 7º da Lei n. 8.137/90 (colocar à venda mercadoria em condições impróprias para o consumo).

O apelante alega às f. 123-138, que as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal são desfavoráveis ao apelado, por isso a pena deve ser majorada, assim como deve ser fixado o regime fechado para o cumprimento da pena.

O apelado, às f. 154-160, contra-arrazoa pela manutenção da sentença lançada.

O Parecer Ministerial opina, preliminarmente, pela absolvição do apelado e, no mérito, pelo improvimento do recurso.

VOTO

A Sr^a. Des^a Marilza Lúcia Fortes (Relatora)

Trata-se de Apelação Criminal interposta pelo Ministério Público Estadual que, inconformado com a condenação de Antônio Lindenor dos Santos Peres à pena de 2 anos de detenção, substituída por duas restritivas de direitos consistentes no pagamento de 6 salários-mínimos e em prestação de serviços comunitários, pelo crime tipificado no art. 7º da Lei n. 8.137/90 (colocar à venda mercadoria em condições impróprias para o consumo).

Analiso primeiramente a preliminar levantada pelo Parecer Ministerial.

O apelante foi condenado pelo Magistrado de instância singela por infração ao art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/90, que estipula, *in verbis*:

[...] Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo:

IX - vender, ter em depósito para vender ou **expor à venda** ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou **mercadoria, em condições impróprias ao consumo**;

Pena - detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa [...]

Da leitura do dispositivo supratranscrito, para a configuração da figura típica acima, é imperioso que exista a comprovação inequívoca de que a matéria-prima, ou o produto seja impróprio para consumo.

Contudo, compulsando os autos, não se constata a existência de laudo pericial que comprove que os alimentos apreendidos no mercadinho do apelado às f. 8-9, que vai desde biscoitos, macarrão, leite e iogurtes eram impróprio ao consumo.

Então, tem-se que o Órgão Acusador não logrou êxito em se desincumbir do ônus de comprovar que a conduta do apelante se amolda ao tipo penal previsto no art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/90.

Portanto, não comprovada a materialidade do crime, pela inexistência de laudo pericial que aponte serem os produtos apreendidos impróprios para consumo, a absolvição é medida que se impõe.

Nesse sentido, assim tem decidido o STF no HC n. 90.779, julgado em 17.6.2008.

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO. FABRICAÇÃO E DEPÓSITO DE PRODUTO EM CONDIÇÕES IMPRÓPRIAS PARA O CONSUMO. INCISO IX DO ART. 7º DA LEI N. 8.137/90, COMBINADO COM O INCISO II DO § 6º DO ART. 18 DA LEI N. 8.078/90. CONFIGURAÇÃO DO DELITO. CRIME FORMAL. PRESCINDIBILIDADE DA COMPROVAÇÃO DA EFETIVA NOCIVIDADE DO PRODUTO. REAJUSTAMENTO DE VOTO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA IMPROPRIEDADE DO PRODUTO PARA USO. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS PENAL E ADMINISTRATIVA. ÔNUS DA PROVA DO TITULAR DA AÇÃO PENAL. ORDEM CONCEDIDA. 1. Agentes que fabricam e mantêm em depósito, para venda, produtos em desconformidade com as normas regulamentares de fabricação e distribuição. Imputação do crime do inciso IX do art. 7º da Lei n. 8.137/90. Norma penal em branco, a ter seu conteúdo preenchido pela norma do inciso II do § 6º

do art. 18 da Lei n. 8.078/90. 2. São impróprios para consumo os produtos fabricados em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação. A criminalização da conduta, todavia, está a exigir do titular da ação penal a comprovação da impropriedade do produto para uso. Pelo que imprescindível, no caso, a realização de exame pericial para aferir a nocividade dos produtos apreendidos. 3. Ordem concedida. (HC n. 90779, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, julgado em 17.6.2008, DJ-202, Divulg 23-10-2008, Public 24.10.2008, Ement VOL-02338-02, PP-00244)

Este Tribunal de Justiça, por sua vez:

E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO – VENDA DE PRODUTO – LEITE IN NATURA – IMPRÓPRIO AO CONSUMO – LAUDO PERICIAL – AUSÊNCIA – FALTA DE PROVA DA MATERIALIDADE – INEXISTÊNCIA DE USINA DE PROCESSAMENTO NA CIDADE – ABSOLVIÇÃO – RECURSO PROVIDO.

Quando se tratar do delito previsto no art. 7º, IX, da Lei n. 8.137/90, a prova da materialidade delitiva exige a existência de laudo pericial apto a comprovar que o produto apreendido era impróprio ao consumo.

A venda de leite in natura não configura o tipo penal quando não existir na cidade usina de processamento de leite pasteurizado.

EMENTA – AÇÃO PENAL – CRIME CONTRA A ECONOMIA POPULAR E AS RELAÇÕES DE CONSUMO – VENDA DE PRODUTO IMPRÓPRIO AO CONSUMO – LAUDO PERICIAL – AUSÊNCIA – FALTA DE PROVA DA MATERIALIDADE – ABSOLVIÇÃO – IMPROCEDÊNCIA.

O crime previsto no artigo 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/90 exige, para a comprovação de sua materialidade, o laudo pericial, comprovando que o produto apreendido é impróprio ao consumo. (FNE n. 2003.013147-7, Capital, Seção Criminal, julgado em 5.4.2004).

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME CONTRA A ECONOMIA POPULAR E AS RELAÇÕES DE CONSUMO – VENDA DE PRODUTO IMPRÓPRIO AO CONSUMO – LAUDO PERICIAL – AUSÊNCIA – FALTA DE PROVA DA MATERIALIDADE – ABSOLVIÇÃO MANTIDA – RECURSO MINISTERIAL IMPROVIDO.

O crime previsto no artigo 7º, inciso IX da Lei n. 8.137/90, exige, para a comprovação de sua materialidade, o laudo pericial comprovando que o produto apreendido é impróprio ao consumo. (ACr Detenção e Multa n. 2001.003224-7, Maracaju, Primeira Turma Criminal, julgado em 19.6.2001).

Ante o exposto, com o Parecer, de ofício, reformo a sentença lançada para absolver o apelado Antônio Lindenor dos Santos Peres do crime previsto no art. 7º da Lei n. 8.137/90.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL E ABSOLVERAM O APELADO DE OFÍCIO, NOS TERMOS DO VOTO DA RELATORA, UNÂNIME, COM O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Relatora, a Exma. Sr^a. Des^a Marilza Lúcia Fortes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marilza Lúcia Fortes, Claudionor Miguel Abss Duarte e João Batista da Costa Marques.

Campo Grande, 7 de julho de 2009.

Apelação Criminal n. 2009.017193-5 – Jardim
Primeira Turma Criminal
Relatora Des^a Marilza Lúcia Fortes

E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – POSSE DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO –
CRIME DE PERIGO ABSTRATO – INOCORRÊNCIA – ATIPICIDADE DA CONDUTA.

Não há falar em crime de posse de munição de uso restrito se a incolumidade pública não foi exposta a risco ainda que abstrato.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Primeira Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, dar provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora, unânime, contra o parecer.

Campo Grande, 4 de agosto de 2009.

Des^a Marilza Lúcia Fortes – Relatora

RELATÓRIO

A Sr^a. Des^a Marilza Lúcia Fortes

Manoel Vera Filho foi condenado à pena de 3 anos no regime aberto e 10 dias-multa no regime aberto e ao pagamento de 10 dias-multa pelo crime tipificado no art. 16 da Lei n. 10.826/2003 (posse de munição de uso restrito).

Irresignado com tal condenação, não questiona a autoria nem a materialidade, simplesmente, alega que a conduta era atípica, pois, na época dos fatos, havia o decreto presidencial que permitia a entrega da arma.

O *Parquet* contra-arrazoa pela manutenção da sentença lançada.

O Parecer Ministerial opina pelo conhecimento e improvimento recursal.

VOTO

A Sr^a. Des^a Marilza Lúcia Fortes (Relatora)

Manoel Vera Filho foi condenado à pena de 3 anos no regime aberto e 10 dias-multa no regime aberto e ao pagamento de 10 dias-multa pelo crime tipificado no art. 16 da Lei n. 10.826/2003 (posse de munição de uso restrito).

Irresignado com tal condenação, não questiona a autoria nem a materialidade, simplesmente, alega que a conduta era atípica, pois, na época dos fatos, havia o decreto presidencial que permitia a entrega da arma.

Sobre esse assunto, saliento que o prazo inicial de cento e oitenta dias, estabelecido pela Lei n. 10.826/03 para entrega das armas de fogo, foi prorrogado por várias vezes, inclusive pela Lei n. 11.706/08 que prorrogou até 31.12.2008, e deu ao artigo 32 da Lei n. 10.826/03 a seguinte redação:

Art. 32. Os possuidores e proprietários DE ARMA DE FOGO poderão entregá-la, espontaneamente, mediante recibo, e, presumindo-se de boa-fé, serão indenizados, na forma do regulamento, ficando extinta a punibilidade de eventual posse irregular da referida arma.

Como se verifica, o atual dispositivo não faz distinção entre arma de fogo de uso permitido ou restrito, abrange, portanto, ambas as situações, bem como em nenhum momento autoriza a entrega de munição, independente se de uso permitido, ou não, nesse sentido, em recentíssima decisão julgada em **23.4.2009**, o STJ, decidiu que:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 16 DA LEI N. 10.826/03. **POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO RESTRITO**. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. CONDUCTA FLAGRADA EM 28.11.2006. TIPICIDADE DA CONDUCTA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. As condutas do art. 16 da Lei n. 10.826/03 flagradas após 23.10.2005 não estão acobertadas pela hipótese de “atipicidade momentânea”, razão pela qual o prazo do art. 30 da Lei n. 10.826/03, com redação dada pela Lei n. 11.706/08, a elas não se refere.

2. Recurso especial conhecido e provido para restabelecer a sentença condenatória. (REsp n. 1102166/AC, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 23.4.2009).

Entretanto, vale lembrar que o crime de possuir munição, ainda que de uso restrito, para se configurar, deve expor a perigo a incolumidade pública, mesmo que de forma abstrata.

Pois, bem, no caso em tela, os Policiais que efetuaram o flagrante foram uníssonos em afirmar que encontraram as aludidas munições no quarto do recorrente, portanto estavam guardadas em ambiente íntimo do apelante, não expôs, portanto, à incolumidade pública.

Ademais, não há nos autos nenhuma indicação do lugar no quarto em que as munições foram encontradas (se estavam à vista ou escondidas), o que deve pesar a favor do recorrente, não decorrendo, daí, a tipicidade da conduta.

Dessa forma, contra o Parecer, dou provimento ao recurso para absolver o apelante Manoel Vera Filho do crime de posse de munição de uso restrito.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

DERAMPROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DA RELATORA, UNÂNIME, CONTRA O PARECER.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Batista da Costa Marques.

Relatora, a Exma. Sr^a. Des^a Marilza Lúcia Fortes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Marilza Lúcia Fortes, João Carlos Brandes Garcia e João Batista da Costa Marques.

Campo Grande, 4 de agosto de 2009.

Revisão Criminal n. 2009.009748-8 - Ponta Porã**Seção Criminal****Relator Des. Romero Osme Dias Lopes**

EMENTA–REVISÃO CRIMINAL–TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS–CONDENAÇÃO NAS PENAS DA LEI N. 11.343/06 - PEDIDO DE FIXAÇÃO DA PENA CONFORME A LEI N. 6.368/76 VIGENTE À ÉPOCA DA PRÁTICA CRIMINOSA – RETROATIVIDADE DO §4.º, DO ART. 33, DA LEI N. 11.343/06 – COMBINAÇÃO DE LEIS – POSSIBILIDADE – RÉU QUE PREENCHE TODOS OS REQUISITOS NECESSÁRIOS – MINORANTE RECONHECIDA – PENA REDIMENSIONADA – PRETENDIDA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS – FIGURA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO – ADMISSIBILIDADE – AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ - REVISÃO PROCEDENTE.

Considerando o tempo do crime, rescinde-se a decisão, a fim de condenar o revisionando no art. 12, *caput*, da Lei n. 6.368/76, com a aplicação do § 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06, pois a lei favorável retroage nos termos do parágrafo único do art. 2.º do Código Penal e art. 5º, XL, da Constituição Federal.

A figura do tráfico privilegiado, resultado da incidência do §4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, é incompatível com a natureza hedionda do crime, podendo haver substituição de pena restritiva de direitos, preenchidos os requisitos.

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, julgar procedente a revisão, nos termos do voto do relator

Campo Grande, 16 de setembro de 2009.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

João Márcio Lúcia da Silva ajuizou a presente revisão criminal, com fulcro no art. 621, I, do Código de Processo Penal, da sentença¹ que o condenou à pena de **4 anos de reclusão e pagamento de 400 dias-multa, por infringência ao art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06.**

Busca o requerente a correção de *error in iudicando*, afirmando que foi condenado com base em lei penal posterior mais gravosa.

¹ Trânsito em julgado em 30.7.2007, conforme f. 91.

Outrossim, requer a diminuição da pena-base e a substituição da pena corporal por restritivas de direitos.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer, suscitou, preliminarmente, o não conhecimento da ação. No mérito, opina pelo indeferimento.

VOTO (EM 2.9.2009)

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator)

Da preliminar de não-conhecimento da revisão criminal:

Trata-se de revisão criminal fundada no inciso I, do art. 621 do Código de Processo Penal (quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos)

Pretende o requerente a aplicação da Lei n. 6.368/76, eis que mais benéfica, mantendo-se, entretanto, a causa especial de diminuição prevista no § 4.º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

Aduz que a pena-base deve ser aplicada no mínimo legal ante as circunstâncias judiciais favoráveis em sua maioria.

Requer, por fim, a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal

A d. Procuradora de Justiça insurge-se contra o conhecimento da revisão criminal afirmando que esta “não se presta ao reexame de matéria já discutida no curso do feito original, pois neste âmbito, não se discute mais a ‘justiça da decisão’ e sim, o *error in judicando*.”

A preliminar não procede.

Analisando os autos, tenho que a ação deve ser conhecida, pois seus pedidos encontram assento no art. 621 da lei adjetiva penal, eis que a sentença, ora em testilha, foi prolatada contrária a texto expresso de lei.

À revisão criminal, ainda que seja uma ação de fundamentação vinculada, deve-se dar elasticidade máxima nas suas hipóteses de cabimento.

Esse entendimento tem por escopo garantir o amplo acesso do condenado ao Judiciário, seja pela via revisional seja por meio de petição dirigida ao juiz da execução, quando possível, para ver aplicar a lei mais benéfica.

Confira-se o julgado:

Inexistindo ‘direito adquirido em favor da continuação da punição’ da qual o próprio estado abriu mão, negar ao sentenciado, com outras penas a cumprir, o direito de ter descontada a pena anteriormente cumprida, pena esta reduzida ou mesmo extinta por força de lei posterior mais benéfica, é não dar aplicação ao princípio constante do art. 2º, parágrafo único, do CP e ao preceito constitucional que tornou incondicional a retroatividade da *lex mitior*. (TACRIM-SP, Rel. Weiss de Andrade, RT 530/362)

Se não por esta razão – aliás, suficiente – deverá ser mitigado seu rigor em nome do princípio do *favor rei*, ao qual menciona Paulo Rangel:

O princípio do favor rei é a expressão máxima dentro de um estado constitucionalmente Democrático, pois o operador do direito, deparando-se com uma norma que traga interpretações antagônicas, deve optar pela que atenda ao jus libertatis do acusado. [...]

O elemento impulsionador da interpretação que se deve adotar para alcançar a norma mais favorável ao acusado, diante de dois caminhos que se possa adotar, é exatamente o do favor rei. (In Direito Processual Penal, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.32-3)

Dessarte, conheço da presente revisão criminal com espeque no inciso I, do art. 621 do Código de Processo Penal.

O Sr. Des.Carlos Eduardo Contar (Revisor)

Conheço da revisão. De acordo com o relator.

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

De acordo com o relator.

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (2º Vogal)

De acordo com o relator.

A Sr^a. Des^a. Marilza Lúcia Fortes (3ª Vogal)

De acordo com o relator.

O Sr. Des.Romero Osme Dias Lopes

Da aplicação da Lei n. 6.368/76:

Antecipo que o pedido deve ser julgado procedente.

Analisando o pedido de aplicação da Lei n. 6.368/76, verifico que de fato, a sentença deve ser rescindida.

O requerente foi condenado porque no dia 16.9.2006, por volta das 16h30min, na Rodovia MS 134, próximo ao local conhecido como “Copo Sujo”, integrantes do Departamento de Operações de Fronteira, em abordagem, surpreenderam João Marcílio Lucia da Silva e Diogo Marçal Modesto, previamente ajustados e em conluio entre si e terceiras pessoas, entre elas um adolescente, agindo em unidade de desígnios, transportando, para consumo de terceiras pessoas, aproximadamente 55 kg (cinquenta e cinco quilos) de substância entorpecente denominada Canabis Sativa Linneu, vulgarmente conhecida como ‘maconha’, substância essa que causa dependência física e psíquica, estando sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar.

Em que pese a prática criminosa ter ocorrido antes da vigência da Lei de Drogas – Lei n. 11.343/062 – o magistrado de instância singela, como consignado na sentença cuja cópia foi juntada às f. 69-86, entendeu por aplicar retroativamente ao condenado a Lei n. 11.343/06 na sua integralidade.

2 Em vigor a partir de 8.10.2006.

Entretanto, no caso em concreto, a novel lei de drogas, tal qual foi aplicada, não é mais benéfica ao réu.

O art. 12, caput, da Lei n. 6.368/76, prevê em seu preceito secundário pena de reclusão de 3 a 15 anos, e multa de 50 a 360, e o seu correspondente art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06, prevê pena de reclusão, de 5 a 15 anos, e multa de 500 a 1500.

Ocorre que a Lei n. 11.343/06, embora preveja pena superior, contém um dispositivo que pode reduzir a reprimenda até o mínimo de 1 (um) ano e 8 (meses), preenchidos os requisitos, quedando-se, em alguns casos, mais benéfica que a Lei 6.368/76.

De outro lado, discute-se a combinação de leis, aplicando-se aos fatos praticados sob a égide da Lei n. 6.368/76, retroagindo, no entanto, a causa especial de diminuição prevista na Lei n. 11.343/06, por ser norma favorável.

René Ariel Dotti, corredator dos anteprojetos que se converteram nas Leis n. 7.209/84 – nova parte geral do Código Penal, e 7210/84 – Lei de Execução Penal, em texto intitulado “Combinação de leis sucessivas – a superação de um mito”, afirmou:

A solução para a controvérsia sobre a combinação das leis sucessivas tem um endereço legislativo certo: é no quadro das disposições constitucionais que consagram dois princípios fundamentais da aplicação da lei penal, quais sejam, a ‘irretroatividade da lei mais grave’ e a ‘retroatividade da lei mais benigna’.

A reforma de 1984, ao, ao dar nova redação ao parágrafo único do art. 2.º do Código Penal, levou em consideração a mudança do texto constitucional (ocorrida com as Cartas de 1946, 1967 e 1969), como se verifica pela Exposição de Motivos da nova Parte Geral, resguardando a aplicação da lex mitior de qualquer caráter restritivo, no tocante ao crime e à pena (item n. 9).

Nos dias correntes e diante da clareza da Constituição e do Código penal, que tornam obrigatória a retroatividade da lei mais benéfica – e, por via de consequência, inaplicável a lex gravior aos fatos praticados antes de sua vigência-, não mais se questiona a possibilidade do juiz fazer a integração entre lei velha e a lei nova. Não há mais ‘clima’ propício para se resistir ao imperativo da fusão das normas penais que sejam mais benignas ao réu. Contra a antiga ‘superstição’ e a preconceituosa exegese opõe-se o princípio de garantia individual da retroatividade da lei mais favorável (CF art. 5.º, XL), que não se detém mesmo diante da res judicata (CP art. 2.º §2.º). E, para tanto, o magistrado nada mais faz senão aplicar o Direito positivo em cada fato submetido à sua jurisdição. Não está, com isso, ‘criando’ uma nova lei” (publicado na Revista ENM – Escola Nacional da Magistratura, ano III – n. 5 – maio 2008, pp. 34-38)

Celso Delmanto diz que:

Estando o juiz obrigado a aplicar a lei que mais favoreça, de qualquer modo, o agente, e podendo escolher entre uma norma e outra, não há razão para impedir-se a combinação das duas, como forma de integração necessária à obrigatória aplicação da lei mais favorável. (Código Penal Comentado, Celso Delmanto et al, 7.ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, p. 22).

Por força do dispositivo previsto no parágrafo único do art. 2. do Código Penal, “a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

O inciso XL, art. 5º da Constituição Federal garante a retroatividade da lei penal mais benéfica ao réu.

Portanto, considerando o tempo do crime, o revisionando deve ser condenado no art. 12, caput, da Lei n. 6.368/76 e ser-lhe aplicado o § 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06, pois favorável ao réu, devendo retroagir nos termos do parágrafo único do art. 2º do Código Penal.

Veja as decisões deste Sodalício também nesse sentido:

Quando o legislador dispõe, no preceito legal, que: “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente”, será aplicada, vem de encontro à aplicação do princípio da retroatividade de forma ampliada, até mesmo com permissibilidade para que o magistrado mescle a nova com a revogada naquilo que ambas favorecem, em nítida integração da norma penal, não havendo falar em invasão de competência do Poder Legislativo. (RevCr n. 2008.026612-1, Três Lagoas, Seção Criminal, Relª. Designada Desª. Marilza Lúcia Fortes, julgado em 18.2.2009).

EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – APLICAÇÃO DA LEI N. 6.368/76 VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS DE FORMA COMBINADA COM O § 4º, DO ART. 33, DA LEI N. 11.343/06 – PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DE LEI BENIGNA – COMBINAÇÃO DE LEIS – POSSIBILIDADE – RECURSO PROVIDO.

Ao presente caso deve ser aplicada a Lei n. 6.368/76 que vigorava à época dos fatos, por ser mais benéfica à agravante.

Considerando a retroatividade da Lei Penal benéfica, novatio legis in melius, sempre que, ocorrendo sucessão de leis penais no tempo, o fato previsto como crime tenha sido praticado na vigência da lei anterior e entre em vigor lei mais benigna, que é aquela que de “qualquer modo favorece o agente”, esta deverá prevalecer e ser aplicada imediatamente ao caso concreto.

Neste sentir, a causa de diminuição de pena prevista no § 4º, da Lei n. 11.343/06, deve ser aplicada à embargante Ana Carla Cubas, por preencher os requisitos da Lei. (EI em ACr Reclusão n. 2007.034726-0/0001-00, Eldorado, Seção Criminal, Rel. Des. João Batista da Costa Marques, julgado em 18.2.2009).

REVISÃO CRIMINAL – PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO – REVISÃO CRIMINAL QUE OBJETIVA A APLICAÇÃO DE CAUSA DE DIMINUIÇÃO – AUTORIZAÇÃO EXISTENTE NO INCISO III DO ART. 621 DO CPP – PRELIMINAR REJEITADA – TRÁFICO DE DROGAS OCORRIDO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 6.368/76 – DIMINUIÇÃO DE PENA DA LEI NOVA (ART. 33, § 4º DA LEI N. 11.343/06) – APLICAÇÃO RETROATIVA – POSSIBILIDADE – DOSIMETRIA DA PENA – APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA (2/3) PARA A CAUSA DE DIMINUIÇÃO – INADEQUAÇÃO – FIXAÇÃO EM PATAMAR INTERMEDIÁRIO (1/2) – QUANTIDADE RELEVANTE DE DROGA APREENDIDA – REVISÃO JULGADA PROCEDENTE.

É admissível a revisão criminal, quando veicular pedido relacionado com a aplicação de circunstância que autorize a diminuição da pena, segundo a interpretação do art. 621, inciso III, do CPP.

É aplicável retroativamente, nos termos do disposto no art. 5º, XL, e do art. 2º, caput e parágrafo único, do Código Penal, a norma penal benéfica, mesmo em caso de sentença transitada em julgado.

A redução da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, por ser instituto de direito material, deve ter sua aplicação retroativa determinada sempre que visualizada a possibilidade do réu ser beneficiado.

A interpretação sistemática de normas jurídicas contidas em leis diversas, em obediência da retroatividade legal benéfica, não implica a transformação indevida do juiz em legislador, pois apenas há a aplicação de regras jurídicas existentes num dado ordenamento jurídico, conforme autorizam os seus princípios gerais. (RevCr n. 2008.018526-1, Bataguaçu, Seção Criminal, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, julgado em 1º.9.2008).

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em voto da lavra do Min. Cezar Peluso, concedeu a ordem no HC 95.435 – RS, por maioria, julgado em 21.10.2008, para o fim de aplicar o §4, do art. 33, da Lei n. 11.343/06 ao art. 12, caput, da Lei n. 6.368/76. Confira-se os argumentos esposados:

Peço vênia para divergir do voto da Ministra Relatora.

Centra-se a questão em apurar, nos contornos do caso, o alcance do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. É que, ao mesmo tempo em que introduziu causa de diminuição da pena para o delito de tráfico de entorpecentes, a nova lei de tóxicos lhe aumentou a pena mínima e proibiu a aplicação de diversos institutos.

Resta saber, pois, se é lícita a aplicação isolada da causa de diminuição de pena aos delitos cometidos sob a égide da lei antiga, tendo por base as penas então cominadas.

O voto da Min. Relatora parte de premissas consagradas da doutrina e da jurisprudência da Corte: não se pode, deveras, misturar regras e critérios de leis distintas para criar norma aplicável ao caso, sob pena de usurpação de atribuições constitucionais, em entrando o Judiciário a legislar.

Não me parece seja este o caso.

Aplicar a causa de diminuição não significa baralhar e confundir normas. Tal causa pode aplicada às inteiras, sem criação jurisdicional de instituto que componha requisitos de uma e de outra lei.

O precedente invocado pela eminente relatora (HC n. 68.416, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ de 30.10.1992), neste aspecto, antes reforça que repele o argumento, já que trata de hipótese de todo diversa. Naquele caso, o que efetivamente se pretendia era a criação de tertia lex. Ali, o imperante queria ver aplicados, com relação à liberdade provisória, requisitos de lei nova com os de lei anterior sobre a matéria. Alegava fazer jus a livramento condicional por ter cumprido mais de um terço da pena (art. 83, I, do código Penal, modificado pela Lei n. 7.209, de 11.7.84. a redação anterior do art. 60, I, admitia concessão de tal medida após o cumprimento de mais da metade da pena). Mas a nova redação do Código Penal estatuiu requisito que não existia na legislação anterior: necessidade de o réu possuir bons antecedentes. Dessa forma, diminuiu o prazo para concessão de liberdade provisória, impondo outras condições. E o impetrante invocava o novo prazo, sem as condições novas.

Percebe-se que esse velho caso configura exemplo acabado de tentativa de criação indireta de lei, o que criação indireta de lei, o que se não admite. É, contudo, hipótese diferente desta, onde o instituto pode incidir independentemente de quaisquer outros critérios ou requisitos previstos nesta ou em outra lei.

Além disso, é irrelevante que a lei nova contemple outros institutos, uma vez que estes poderiam ter sido previstos de maneira autônoma.

Reza-lhe o § 4.º do art. 33:

“Nos delitos definidos no caput e no § 1.º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”.

Nem se objete que a causa de diminuição seja dirigida somente ao caput da norma. Refere-se, na verdade, às condutas nele descritas, as quais já eram como tais tipificadas, em grande parte, na lei revogada.

Deve-se, ademais, atentar na finalidade e na ratio do princípio, para correta resposta à questão.

Tiro da manifestação do Deputado Paulo Pimenta, relator para o PLS n. 115/2002 (que deu origem à Lei n. 11.343/06), na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, ao exarar parecer, em 10 de fevereiro de 2004:

“Não nos olvidamos da diferença existente entre pequenos e grandes traficantes. Por isso, mantivemos uma causa especial de diminuição da pena para o agente que seja primário e de bons antecedentes e cuja conduta se caracterize por ausência de habitualidade e caráter não profissional.”

Daí se vê que não há como repudiar a aplicabilidade da causa de diminuição também a situações anteriores, pois foi essa nova valoração da conduta menos perigosa daquele que se convencionou chamar de “pequeno traficante”, em oposição ao “grande traficante”, que lhe motivou a previsão legal. O propósito claro da lei foi punir de maneira menos severa pessoas nas condições nela disciplinadas, sem nenhuma correlação, por si, com as novas penas aplicáveis ou aplicadas.

A respeito, valho-me da lição de Zaffaroni e Pierangeli³:

O princípio da retroatividade da lei penal mais benigna encontra seu fundamento na própria natureza do direito penal. Se o direito penal regula somente as situações excepcionais, em que o Estado deve intervir para a reeducação social do autor, a sucessão de leis que alteram a ingerência do Estado no círculo de bens jurídicos do autor denota uma modificação na desvalorização de sua conduta. Essa modificação na desvalorização de sua conduta. Essa modificação significa que a lei considera desnecessária uma ingerência. Disso resulta que já não tem sentido a intervenção do Estado, por desnecessária, não se podendo sustentar apenas no fato de que foi considerada necessária no momento em que o autor cometeu o delito.

3 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 2. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 229.

De outra parte, o princípio republicano de governo exige a racionalidade da ação do Estado, e esta é bastante afetada quando pela mera circunstância de que um indivíduo haja cometido um fato com anterioridade a outro, trata-se mais rigorosamente ao primeiro do que ao segundo. A segurança jurídica impede a reversão do princípio, mas requer também que seja cumprido na parte em que não afeta.

Não considero, portanto, que a aplicação da nova lei à pena fixada com base na lei antiga signifique criação de norma. O que ocorre é só a aplicação do princípio da retroatividade da lei mais benéfica.

Por fim, acresceria que a vedação de junção de dispositivos de leis diversas (que não ocorre no caso) é apenas produto de interpretação da doutrina e da jurisprudência, sem apoio direto em texto constitucional. Talvez nem seja esta a leitura mais curial do princípio da retroatividade da lei mais benigna, pois acaba por limitar-lhe o alcance. Ao propósito, submeto à reflexão da Corte estas ponderações:

Quando a lei penal posterior é parcialmente mais favorável ao réu, contendo também dispositivo que o prejudica em confronto com a lei anterior, qual a solução que pode ser dada à questão? Duas são as alternativas apresentadas: OU se procede a aplicação de uma dessas leis em bloco, verificando qual delas é mais benigna, OU de cada uma dessas leis se extrai a parte que beneficia o réu para efeito de compor a norma aplicável ao caso concreto. A doutrina deu abrigo às duas opções, em face da omissão do texto legal.

Nelson Hungria (Comentários do Código Penal. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. I, t. 1, p. 120) Aníbal Bruno (Direito Penal – Parte Geral, 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, t. I, p. 270), Roque Brito Alves (Direito Penal – Parte Geral. Recife: Companhia Editora de Pernambuco, 1973, p. 213-214), Heleno Cláudio Fragoso (Lições de Direito Penal – A nova Parte Geral. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 106-107, Jair Leonardo Lopes (Curso de Direito Penal – Parte Geral. 4. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 98) e Paulo José da Costa Jr. (Direito Penal comentado. 8. ed. São Paulo: DJP, 2005, p.8) não admitem a combinação de lei anterior e de lei posterior para efeito de extrair de cada uma delas as partes benignas ao agente, porque o juiz estaria, nessa situação, criando uma terceira lei, o que seria de todo inadmissível. Além de criar uma lei inexistente, o juiz estaria, invadindo a área reservada ao Poder Legislativo. Mais recentemente, Antonio García-Pablos de Molina (idem, p. 911) enfatizou que ‘se se toma de cada lei apenas o fragmento que favorece o réu, o intérprete procede de forma arbitrária e cria artificialmente uma nova lei que vulnera a ratio legis, tanto da lei anterior como da posterior.

Esse não parece ser o melhor equacionamento para a matéria.

Já Basileu Garcia (Instituições de Direito Penal. 6.ed. São Paulo: Max Limonad, 1982, v. 1, t. 1, p. 160), José Frederico Marques (Tratado de Direito Penal, 2.ed. Saraiva: São Paulo, 1965, v. 1, p. 210 e 211), Antonio José Fabricio Leiria (idem, p. 82/83), Damásio Evangelista de Jesus (Direito Penal, 27 ed., São Paulo: Saraiva, v. I, 2003, p. 94-95, Rogério Greco (idem, p. 122-123), René Ariel Dotti (idem, 275-276) Cezar Roberto Bitencourt (idem, p. 213) sustentam a possibilidade desta combinação e argumentam no sentido de que o juiz, ao realizá-la, não criaria lei nova, mas apenas movimentar-se-ia ‘dentro dos quadros legais para uma tarefa de integração perfeitamente possível. Se lhe está afeto escolher o ‘todo’ para que o réu tenha tratamento penal mais favorável e benigno, nada há que lhe obste selecionar parte de um todo e parte de outro, para cumprir uma regra constitucional que deve sobrepair os pruridos de lógica formal (José Frederico Marques, idem, p. 210). Na mesma linha de consideração, observa René Ariel Dotti (idem, p. 275) que ‘não há mais clima propício para se resistir ao imperativo

da fusão das normas penais que sejam mais benignas ao réu. Contra a antiga superstição e preconceituosa exegese opõe-se o princípio da garantia individual da retroatividade da lei mais favorável (CF, art. 5, XL), que não se detém mesmo diante da res judicata (CP, art. 2º, § 2.º). E, para tanto, o magistrado nada mais faz senão aplicar o direito positivo em cada fato submetido à sua jurisdição. Não está, com isso, criando uma nova lei.

De acréscimo, e com uma argumentação irresponsável, Guello Contreras, citado por Antonio Garcia – Pablos de Molina (idem, p. 910) ressalta a plena validade da composição das duas leis, a anterior e a posterior, para efeito de extrair-se o conteúdo mais benigno de uma e de outra. Este posicionamento ‘não fere o princípio da legalidade porque este apenas proíbe que se castiguem comportamentos com penas não previstas em lei e que se aplique a lei penal de modo desfavorável ao réu. Além disso, a junção dos dispositivos favoráveis das duas leis ‘não implica de competências legislativas pelo juiz porque o que se propõe é a aplicação da lei existente, que marca pautas e entre elas a retroatividade da lei favorável que sempre põe em relação duas leis (emanadas do Poder Legislativo!) E propicia soluções transitórias dentro dos limites da vontade legislativa única: a que primeiro disse um coisa e depois outra’. Compreensão diversa ‘lesiona a exigência da justiça e da segurança jurídica, porque ao aplicar in toto uma das duas normas, está aplicando conscientemente o aspecto desfavorável ao réu que a referida norma contém⁴

Portanto, não resta nenhuma dúvida de que a combinação de leis é possível e essa integração favorece o réu.

Da dosimetria:

Passo a analisar a pena-base de acordo com o preceito secundário do art. 12, caput, da Lei n. 6.368/76.

De acordo com a sentença rescindenda as circunstâncias judiciais não lhe são desfavoráveis, posto que a fundamentação apresentada não justifica elevação do quantum da pena.

Veja a dosimetria:

Como se verá a seguir, a Lei Nova é mais benéfica, razão pela qual a tomarei para a dosimetria.

Para a fixação da pena-base, em atenção ao art. 42 da Lei n. 11.343/2006, considero, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, as seguintes circunstâncias: natureza e a quantidade da substância: embora a substância apreendida seja a “maconha”, não incluída entre as denominadas “drogas pesadas”, a quantidade transportada era elevada (55 kg). Personalidade: não foram produzidos elementos de prova que pudessem propiciar a análise acerca desta operadora. A conduta social: é desfavorável, pois já se viu envolvido em outros episódios criminais (f. 64-65).

Quanto aos elementos ainda não examinados do art. 59 do Código Penal: o agente não registra antecedentes, pois não tem contra si condenação transitada em julgado; no caso dos autos, os motivos (lucro fácil, necessidades financeiras) e as conseqüências (abalo nas estruturas sociais, aumento de violência, fomento do vício etc) estão rigorosa e inarredavelmente incluídos no tipo penal, porque já considerados pelo legislador na fase de individualização legal da pena; as circunstâncias não emprestam maior gravidade ao delito; não é possível analisar o comportamento de vítimas para esta espécie delituosa. Analisadas em conjunto essas operadoras do art. 59 do Código Penal, tenho que a reprovabilidade, ou culpabilidade, é de

4 FRANCO, Alberto Silva. In FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coords.). *Código penal e sua interpretação*. 8. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 66-67.

mediana envergadura (a exigibilidade de que o réu agisse de modo legal e o conhecimento, mesmo que potencial, da ilicitude, já que elementos da culpabilidade, também estão inclusos no tipo e não podem servir para elevação da pena no método trifásico de Nelson Hungria).

Diante desse quadro, fixo a pena-base em 7 anos de prisão. Observada a atenuante da confissão, diminuo a pena de 01 ano, fixando provisoriamente em 6 anos de prisão.

Atento à minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, diminuo a pena de 1/3. Para alcançar o quantum de atenuação observei especialmente a quantidade da droga, circunstância essa, repito, eleita pelo legislador como preponderante.

A pena privativa de liberdade, portanto, vai definitivamente fixada em 04 anos de prisão.

Assim, de acordo com as circunstâncias judiciais analisadas na sentença, a pena deve ser fixada no mínimo legal, não havendo fundamentação idônea para sustentar uma exasperação (conduta social)

Assim, as circunstâncias judiciais não lhe prejudicam (personalidade, antecedentes, circunstância, comportamento da vítima, culpabilidade), conforme se infere da análise acima, ou são normais ao tipo (motivos, consequências).

Fixa-se a pena-base no mínimo legal de 3 (três) anos de prisão e 50 dias-multa.

Embora reconhecida a atenuante da confissão, não se aplica à pena, conforme orientação contida na súmula 231 do STJ.

Em terceira fase, aplica-se, retroativamente, o §4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06, consoante explanado.

Aplica-se, a causa de diminuição em um terço (1/3) em razão da quantidade da droga, **quedando-se a pena fixada em 2 anos de prisão e ao pagamento de 34 (trinta e quatro) dias-multa.**

Insta ponderar que a aplicação desta redutora ao art. 12, *caput*, da Lei n. 6.368/76, não pode resultar em uma pena muito aquém da necessária para reprimir o crime.

Não olvidemos de que esta causa de diminuição especial foi criada para incidir, em tese, nas penas do art. 33, *caput*, e § 1º da Lei n. 11.343/06, cujo preceito normativo secundário determina pena de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos.

De qualquer sorte, considerando o disposto na nova Lei de Drogas, é possível admitir que o crime de tráfico (art. 33, *caput*) possa ter uma pena mínima de 1 (um) ano e 8 (oito) meses, em decorrência da aplicação da redutora no grau máximo (2/3) sobre a pena fixada no mínimo legal (5 anos).

Portanto, o § 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343/06 ao ser aplicado ao art. 12, *caput*, da Lei n. 6.368/76 não poderá resultar em pena inferior àquela possível pela aplicação da Lei n. 11.343/06, ou seja, 1 (um) ano e 8 (oito) meses.

Da substituição da pena corporal por restritivas de direitos:

Afirma o revisionando, por derradeiro, que ao caso retratado nos autos deve-se afastar a hediondez do crime, tratando-se de pessoa utilizada como ‘mula’.

Como já externado entendimento em outras recentes oportunidades, a figura do tráfico privilegiado nada mais é que a combinação da causa de diminuição prevista no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, com o *caput* do mesmo artigo, ou a combinação da referida redutora com o art. 12, da Lei n. 6.368/76, como o caso dos autos.

Ressalta-se que ao considerar essa espécie como “tráfico privilegiado”, possibilita ao agente os benefícios então vedados pela Lei n. 8.072/90 e pelo art. 44 da Lei n. 11.343/06.

Acerca do tema, o Juiz de Direito José Henrique Kaster Franco, que também foi o prolator da sentença ora rescindenda, elencou interessantes argumentos no artigo intitulado: “Tráfico privilegiado: a hediondez das mulas” (extraído do endereço <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12234>), *in verbis*:

[...] a combinação do art. 33, *caput*, com o parágrafo 4º não pode ser tida como crime hediondo, porque:

I) “privilegio” não se harmoniza com “hediondez”. São conceitos incompatíveis, ontologicamente inconciliáveis. O legislador resolveu conceder uma diminuição de pena que varia entre 1/6 e 2/3, modificando consideravelmente a pena originária, pois entendeu que o tráfico privilegiado merece resposta penal mais branda, justamente porque o agente envolveu-se ocasionalmente com esta espécie delituosa, não registra antecedentes e não está a usufruir, diuturnamente, dos lucros desta empresa ilícita.

II) a pena mínima para o crime privilegiado é de 1 ano e 8 meses. Não é razoável que o tráfico privilegiado, cuja pena mínima é menor do que a pena mínima prevista para o furto qualificado ou para o porte de arma de uso permitido seja considerado crime hediondo. Se o tráfico privilegiado se revestisse de gravidade para justificar a hediondez, o legislador não daria vazão a tal disparidade na previsão da sanção.

III) o legislador, ao elencar os crimes hediondos e assemelhados a hediondo na Lei n. 8072/90 não previu a figura híbrida do tráfico privilegiado, assim como não o fez no caso do homicídio qualificado-privilegiado. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência, quase unânimes, ensinam que o homicídio qualificado-privilegiado não é crime hediondo, justamente porque a Lei n. 8.072/90 não se refere à figura mesclada, isto é, não se pode estender a lei para fazer hediondo um crime que ali não fora expressamente previsto.

[...]

IV) não há motivo para que o homicídio qualificado-privilegiado não seja crime hediondo, ao passo que o tráfico privilegiado o seja. Se o crime de homicídio qualificado-privilegiado não é hediondo porque a Lei n. 8.072/90 não previu, expressamente, a figura híbrida, também não o fez em relação ao tráfico privilegiado. Não há razão de ordem lógica ou jurídica para tratamento disforme. Aliás, a pena mínima para o homicídio qualificado-privilegiado é de 8 anos de reclusão, com sacrifício do bem jurídico mais importante do ordenamento jurídico, a vida.

V) o legislador não incluiu, na norma do art. 44 da Lei n. 11.343/06, o tráfico privilegiado. Lê-se no art. 44: “os crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos”.

Se a norma do art. 44 abarcasse o tráfico privilegiado, não haveria a necessidade de o legislador expressar a mesma vedação no art. 33, § 4º: “nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”.

Ressalta que a intenção foi a de dar tratamento específico a um crime específico, isto é, o tráfico privilegiado. Embora as penas sejam marcadamente reduzidas, e não esteja incluído no rol dos crimes assemelhados a hediondos, entendeu-se por bem vedar a substituição por penas restritivas.

VI) a Constituição Federal veda a graça (leia-se indulto individual) e a Lei n. 11.343/06 veda o indulto aos crimes referidos no art. 44, mas o Presidente da República, por intermédio do Decreto 6.706, de 22.12.2008, concedeu indulto, sob determinadas condições, a condenados pelo crime do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Tanto é verdade que o crime de tráfico privilegiado não é hediondo, e que não está inserido no rol do art. 44 da Lei n. 11.343/06, que o Presidente da República concedeu, sob determinadas condições, indulto a estes agentes. Não poderia tê-lo feito se estivesse tratando de delitos hediondos.

O STF, no pleno, decidiu que o art. 2º, I, da Lei n. 8.072/90 é constitucional, isto é, a vedação ao indulto por lei ordinária é válida (inclua-se também a Lei n. 11.343/06), porquanto o termo “graça”, de que se valeu o constituinte, teria sentido amplo, abrangendo tanto a “graça em sentido estrito” quanto o indulto propriamente dito, não obstante a conhecida posição de Alberto Silva Franco, para quem a vedação da graça, na Constituição Federal, não alcança a vedação ao indulto, e por conta disso o legislador ordinário não poderia fazê-lo.

VII) afronta o princípio da proporcionalidade e da igualdade material tratar, com respostas penais semelhantes, pessoas que estejam em situações tão díspares. O “mula” ou o “aviãozinho”, agentes facilmente substituíveis, contratados como mão-de-obra barata, não podem quedar à mercê de resposta penal semelhante àquele agente que comete assalto à mão armada – com fuzis e metralhadora – em uma agência bancária, ou mesmo daquele que comete homicídio simples. Beccaria^[4], em 1764, lecionava que “os meios de que se utiliza a legislação para impedir crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais frequente. Deve, portanto, haver uma proporção entre os crimes e as penas”.

Antes ainda, na Magna Carta, de 1215, lia-se que “um homem livre não será punido por um delito menor (*parvo delicto*), a não ser segundo o grau (reduzido) do delito; por um delito grave, a punição será também grave [...]”.

VIII) tanto a doutrina quanto a jurisprudência vêm apontando a necessidade de afastar do tráfico privilegiado a pecha da hediondez. Por toda a doutrina, merece destaque artigo da autoria dos professores Sérgio Salomão Shecaira, professor assistente da Faculdade de Direito da USP, e seguramente um dos maiores penalistas da atualidade, e Pedro Luiz Bueno de Andrade:

Pondere-se, por fim, que a própria legislação vigente recomenda, em algumas hipóteses e circunstâncias, a adoção de penas mitigadas (art. 33, § 4º, c/c art. 42), por entender desnecessária a pena do caput do art. 33 nas hipóteses em que não se reconheça no agente do delito a condição de traficante contumaz, mas de mero “passador” eventual. Se assim é, por que persistir a condição de hediondez também nessas hipóteses?

Na parte jurisprudencial, sublinha-se julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

PENAL - TRÁFICO PRIVILEGIADO – REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA – REGIME ABERTO – RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. O § 4º, do art. 33, da nova lei de droga, cuida da figura do tráfico privilegiado, que não está elencado no rol dos crimes hediondos ou a ele equiparados [...] (TJMG, ACr n 1.0112.08.076426-2/001, Rel. Des. Hécio Valentim, publicado em 9.12.2008).

IX) Dados estatísticos. Apenas a título ilustrativo, mais de 20% dos presos brasileiros (número total próximo a 450.000) são condenados por tráfico de drogas^[68]. Em algumas unidades da Federação, como no Estado de Mato Grosso do Sul, chegam a atingir um número próximo a 40% do total de encarcerados. Mato Grosso do Sul tem, aproximadamente, 4000 presos por tráfico, a um custo mensal estimado de R\$ 4.800.000,00.

Ao invés de “chefões” ou “barões” da droga, para os quais a rigidez da lei é merecida, a realidade penitenciária mostra um amontoado de jovens, na sua imensa maioria com menos de 25 anos, pobres e de cor, analfabetos totais ou funcionais, e que custam ao estado, por mês, de 1.200 a 1.500 reais.

Em síntese, é justo que o agente envolvido ocasionalmente na prática do tráfico seja punido tal qual qualquer outro criminoso comum, e é justo que lhe seja aplicada pena privativa de liberdade – conforme exige o art. 33, § 4º – até mesmo no regime inicialmente fechado (cuja necessidade o magistrado saberá, caso a caso, aquilatar), mas sem os extremos reservados àqueles crimes que afetam sobremaneira a vida em sociedade, taxados como hediondos ou seus assemelhados.

Após analisar o artigo acima mencionado, não resta dúvida de que a figura do tráfico privilegiado é incompatível com a natureza hedionda.

Ora, nesse tipo de crime (tráfico privilegiado), o agente, necessariamente primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas e nem faz parte de organização criminosa, e que na maioria das vezes comete o delito por estar refém da sua precária condição financeira, sendo apenas instrumento de grandes traficantes, não pode ter tratamento semelhante ao daquele que pratica delitos mais graves.

No caso em epígrafe, a manutenção da hediondez seria uma grave afronta ao princípio da proporcionalidade.

Assim, por esses motivos, afasto a vedação contida na Lei dos Crimes Hediondos e no art. 44 da Lei de Drogas, substituindo, *in casu*, a pena corporal por duas restritivas de direitos a serem estabelecidas no juízo da execução.

À vista dessas considerações, **julgo procedente** o pedido revisional, com fulcro no art. 626 do Código de Processo Penal, de João Márcio Lucia da Silva para o fim de:

1 – alterar a classificação da infração e aplicar o art. 12, *caput*, da Lei n. 6.368/76, ao requerente por fato praticado antes da vigência da Lei n. 11.343/06;

2 - fixar a pena-base no mínimo legal de 3 anos de reclusão e 50 dias-multa, ante as circunstâncias judiciais favoráveis analisadas;

3 – aplicar a causa especial de diminuição prevista no §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 na proporção de 1/3 (um terço), fixando em definitiva a pena em **2 (dois) anos de reclusão e 34 (trinta e quatro) dias-multa**;

4 – afastar a hediondez do tráfico praticado pelo revisionando, afastando, de consequência, a vedação do art. 44 da Lei de Drogas e da Lei dos Crimes Hediondos, para substituir a pena corporal por 2 (duas) restritivas de direitos.

O Sr. Des.Carlos Eduardo Contar (Revisor)

Apesar de concordar com o fato de que, ao condenar o requerente e fixar-lhe a respectiva reprimenda, o magistrado singular laborou em erro ao ter como parâmetro a Lei n. 11.343/06, entendo, também, que tal circunstância não permite concluir que a benesse estatuída no art. 33, § 4º, do mesmo Diploma Legal, possa ser reconhecida em favor do requerente, já que o delito em julgamento foi praticado sob a égide da Lei n. 6.368/76.

Embora a aplicação retroativa da lei penal benéfica constitua um direito constitucional do réu (art. 5º, XL), tal circunstância não confere ao julgador a possibilidade de se arvorar a legislador, combinando leis, na parte em que mais favoráveis ao acusado.

A respeito do tema, é a lição do inolvidável mestre NÉLSON HUNGRIA ⁵:

[...] cumpre advertir que não podem ser entrosados os dispositivos mais favoráveis da *lex* nova com os da lei antiga, pois, de outro modo, estaria o juiz, arvorado em legislador, formando uma terceira lei, dissonante, no seu hibridismo, de qualquer das leis em jogo. Trata-se de um princípio pacífico em doutrina: não pode haver aplicação combinada de duas leis.

No mesmo sentido a preleção de ANÍBAL BRUNO ⁶:

Mas, não é lícito tomarem-se na decisão elementos de leis diversas. Não se pode fazer uma combinação de leis de modo a tomar de cada uma delas o que pareça mais benigno. A lei considerada mais benévola será aplicada em totalidade. Note-se que se trata exclusivamente de aplicar uma ou outra das leis existentes, no seu integral conteúdo, não sendo lícito ao juiz compor, por assim dizer, uma lei nova com os elementos mais favoráveis das que realmente existem. A escolha caberá sempre ao juiz, que apreciará os resultados a que chegaria a aplicação das leis em confronto ao caso concreto e decidirá pela mais benigna.

Na mesma linha de raciocínio caminha a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Os princípios da ultra e da retroatividade da “*lex mitior*” não autorizam a combinação de duas normas que se conflitam no tempo para se extrair uma terceira que mais beneficie o réu. Tratamento desigual a situações desiguais mais exalta do que contraria o princípio da isonomia.

Habeas corpus indeferido. ⁷

De outro vértice, há de se relemburar que a questionada causa de diminuição de pena deve ser interpretada tendo-se em vista o tipo penal em que se encontra inserta, cuja disposição demonstra a manifesta intenção do legislador infraconstitucional de impor tratamento muito mais gravoso àqueles que se dedicam à traficância.

Na precisa lição de Alice Bianchini, “*a Lei rompe com a ideologia que vinha fundamentando a edição dos artigos anteriores para adentrar no âmbito de políticas punitivistas, mais nos moldes do movimento lei e ordem.*” ⁸

Em igual sentido caminhou a Segunda Turma Criminal ao proferir os seguintes julgados:

Aplica-se a lei vigente à época dos fatos, não sendo possível a combinação de duas normas que se conflitam. Assim, não se aplica aos crimes punidos pela Lei n. 6.368/76, a benesse do § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06. ⁹

5 **Comentários ao Código Penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. p. 109-110. v. 1. t.1.

6 **Direito Penal**: parte geral. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 256. t.1.

7 STJ, HC n. 68.416/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Paulo Brossard, DJU 30.10.1992, p. 19515.

8 **Nova lei de drogas comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 20.

9 TJMS, ACr n. 2008.010229-8, Segunda Turma Criminal, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, DJ 3.6.2008.

Não é possível a combinação de leis para formação de uma terceira, sendo inaplicável a lei nova apenas na parte em que beneficia desprezando-a na parte que agrava a situação do agente, por essa razão não se aplica causa de diminuição prevista na nova lei (§ 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06) para crime praticado sob a égide da Lei n. 6.368/76.¹⁰

Permito-me divergir, também, quanto ao abrandamento do regime prisional, porquanto o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, é clara em dispor que a reprimenda imposta pela prática do crime de tráfico de entorpecentes será cumprida em regime inicialmente fechado, não conferindo ao julgador qualquer margem de discricionariedade quanto à imposição do regime prisional.

Finalmente, divirjo quanto à substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos.

Isso porque o crime de tráfico de entorpecentes, em vista do seu excessivo dano, não comporta substituição da pena restritiva de liberdade, nos termos do art. 44, III, do Código Penal, pois seus motivos e circunstâncias indicam que a medida não é suficiente, até porque o legislador taxa-o de hediondo, e a Lei n. 11.343/06 veda expressamente o benefício.

Ademais, ainda na vigência da legislação anterior havia vedação à concessão da referida benesse por se tratar de crime hediondo, porquanto seria um contra-senso reconhecer a hediondez do crime e, ao mesmo tempo, considerá-lo brando a tal ponto de garantir aos condenados a substituição da reprimenda corporal pelas denominadas “penas alternativas”.

Acerca do assunto, não discrepa a jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

Em vista das consequências nefastas produzidas pelo tráfico de drogas e considerando-se os motivos e as circunstâncias que o cercam, reputa-se como que a substituição da pena não será suficiente para a reprimenda do crime.¹¹

Em se tratando de crime equiparado a hediondo, deve ser afastada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, mormente pelo fato de que o art. 44 da nova Lei de Drogas (Lei n. 11.343/06) agora expressamente veda a conversão de suas penas em restritivas de direitos.¹²

Ante o exposto, **defiro parcialmente** a revisão criminal manejada por João Márcio Lúcia da Silva, apenas para o fim de reformar a sentença condenatória proferida em seu desfavor e, assim, condenar-lhe pela prática da conduta típica prevista no art. 12, *caput*, da Lei n. 6.368/76, ao cumprimento da pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa.

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

De acordo com o relator.

Com a devida vênia, ousou divergir do voto proferido pelo Revisor, Des. Carlos Eduardo Contar, para acompanhar o Relator, Des. Romero Osme Dias Lopes.

Já me manifestei por diversas vezes no sentido de admitir a chamada “combinação de leis”, que na verdade, representa tão somente a aplicação da lei mais benéfica em conjunto com a impossibilidade de retroagir *in malam parte*.

¹⁰ TJMS, ACr n. 2007.017840-7, Segunda Turma Criminal. Rel. Des. Carlos Stephanini, DJ 10.9.2007.

¹¹ TJMS, ACr n. 2007.017289-0, Primeira Turma Criminal. Rel. Des. Gilberto da Silva Castro, julgado em 9.8.2007.

¹² TJMS, AC n. 2007.013870-2, Segunda Turma Criminal, Campo Grande, Rel. Des. Romero Osme Dias Lopes, julgado em 20.6.2007.

Vejamos o julgado abaixo:

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - PRELIMINAR - NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE ANÁLISE DO PEDIDO DE APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06 - PRELIMINAR QUE SE CONFUNDE COM O MÉRITO - PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO - **COMBINAÇÃO DE LEIS - APLICAÇÃO RETROATIVA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06 - POSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DE NORMA PENAL MAIS BENÉFICA** - RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06 PARA UM DOS RÉUS - PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL - POSSIBILIDADE - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESABONADORAS - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. (ACr n. 2008.032767-00, Segunda Turma Criminal, julgado em 27.7.2009).

Da mesma forma, entendo que a figura do tráfico privilegiado, contida no artigo 33, §4º da Lei n. 11.343/06, não representa crime hediondo, ante a ausência de previsão legal.

Confira-se a recente decisão:

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - RECURSO MINISTERIAL - APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, III, LEI N. 11.343/06 - IMPOSSIBILIDADE. AGENTE QUE SE UTILIZOU DO TRANSPORTE PÚBLICO SOMENTE PARA TRANSPORTAR A DROGA - RECURSO DEFENSIVO - AFASTAMENTO DO TRÁFICO DA MAJORANTE DO INTERESTADUAL - AUSÊNCIA DE TRANSPosição DA FRONTEIRA - PRETENDIDA MAJORAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE 1/2 PARA 2/3 - ALEGADO BIS IN IDEM - NÃO OCORRÊNCIA - **TRÁFICO PRIVILEGIADO - HEDIONDEZ DO CRIME AFASTADA** - MODIFICAÇÃO DO REGIME FECHADO PARA O SEMIABERTO - RECURSO MINISTERIAL IMPROVIDO E RECURSO DEFENSIVO PROVIDO PARCIALMENTE. (ACr n. 2009.016468-6, Segunda Turma, julgado em 20.07.09).

Portanto, sendo afastada a hediondez do crime, o requerente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão do preenchimento dos requisitos inseridos no artigo 44 do Código Penal.

A Sr^a. Des^a. Marilza Lúcia Fortes (3^a Vogal)

Até admito as combinações das leis, não retiro a hediondez do crime, não substituo por pena privativa de liberdade porque entendo que a restritiva de liberdade não será suficiente para chamar a atenção dessa ‘mula’.

Entendo que o Ministério Público deveria pôr uma agravante em todas essas ‘mulas’, porque elas não são o traficante principal, mas levam a droga como ‘aviõezinhos’ de um lugar para outro para receber um dinheiro fácil. Então, aqui está a observação do lucro fácil e elas cometem aquele ilícito para receberem dinheiro e isso é uma agravante.

Portanto, aplico a pena mínima de dois anos, mas não substituo pela restritiva, e reconheço que ele é primário de bons antecedentes; neste ponto concordo com o Des. Romero Osme Dias Lopes, só não estou de acordo com a substituição da pena.

De acordo com o revisor.

CONCLUSÃO DE JULGAMENTO ADIADA EM FACE DO PEDIDO DE VISTA DO 2º VOGAL - DES. JOÃO CARLOS BRANDES GARCIA, APÓS O RELATOR E O 1º VOGAL JULGAREM PROCEDENTE O PEDIDO REVISIONAL E O REVISOR E A 3ª VOGAL, PARCIALMENTE PROCEDENTE.

VOTO (EM 16.9.2009)

O Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia (4º Vogal)

Devo, desde já, dizer que acompanho o voto do relator.

Consoante relatado alhures, apesar de o requerente ter praticado o delito de tráfico de entorpecentes antes da edição da Lei n. 11.343/06, ou seja, sob a égide da Lei n. 6.368/76, o Magistrado da instância singular entendeu por aplicar, retroativamente, a *novatio legis* na sua integralidade, sob o fundamento de não ser possível a combinação de leis.

Pois bem, em que pese o posicionamento do Magistrado *a quo*, comungo do entendimento que prevê a possibilidade da combinação de leis sucessivas, de forma a favorecer o agente.

No caso em questão, como já mencionado, o delito foi perpetrado durante a vigência da Lei n. 6.368/76 e, durante o tramitar do processo, houve a edição da Lei n. 11.343/06, revogando-se as disposições da lei anteriormente prevista.

A Lei n. 6.368/76 previa, em seu preceito secundário, a pena de 3 a 15 anos de reclusão, e multa de 50 a 360 dias; enquanto que a Lei n. 11.343/06 prevê a pena de 05 a 15 anos de reclusão, e multa de 500 a 1500 dias, ou seja, a apenação prevista pela nova lei é mais severa.

Desse modo, tendo o delito sido perpetrado durante a vigência da Lei n. 6.368/76, em cujo preceito secundário se previa uma apenação inferior à da Lei que a sucedeu – Lei n. 11.343/06 –, a pena a ser aplicada, considerando tanto a apenação mais benéfica quanto o tempo do crime, é aquela prevista na Lei antecedente, ou seja, na Lei n. 6.368/76.

De outro norte, embora a Lei n. 11.343/06 preveja pena superior, como acima mencionado, prevê, em seu § 4º, artigo 33, a diminuição da reprimenda quando preenchidos alguns dos requisitos, previsão esta que não era contida na regra anterior e, por ser mais benéfica ao acusado, pode sim retroagir.

Isso porque, consoante à previsão contida no artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal, *verbis*: “*A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado*”.

O inciso XL do art. 5º da CF, por sua vez, prevê que “*A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*”.

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

PENAL – *HABEAS CORPUS* – TRÁFICO DE DROGAS – DIMINUIÇÃO DE PENA DA LEI NOVA – APLICAÇÃO RETROATIVA – POSSIBILIDADE – FIXAÇÃO PELO JUIZ DA EXECUÇÃO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – POSSIBILIDADE – ESCOLHA PELO JUIZ DA EXECUÇÃO – ORDEM CONCEDIDA.

1- É aplicável retroativamente, nos termos do disposto na Constituição da República e no Código Penal, a norma penal benéfica, mesmo em caso de sentença transitada em julgado.

2- A redução da pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06, por ser instituto de direito material, deve ter sua aplicação retroativa determinada sempre que visualizada a possibilidade do réu ser beneficiado.

3- A substituição da pena privativa de liberdade imposta a traficantes de drogas condenados sob a égide da antiga Lei Antidrogas é possível, salvo se a quantidade da pena imposta não o permitir ou se for desfavorável o exame das circunstâncias judiciais referentes ao agente. Precedentes do STF.

4- Ordem concedida. (STJ, HC n. 93.394/DF, Sexta Turma, Rel.^a Min.^a Jane Silva (Des.^a convocada do TJ/MG), julgado em 26.2.2008).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. DECISÃO FUNDAMENTADA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. GRANDE QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. NORMA DE DIREITO PENAL MATERIAL. RETROATIVIDADE.

1 - Estabelecida a pena-base acima do mínimo legal em decorrência do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, notadamente diante do transporte, por longa distância, de grande quantidade de substâncias entorpecentes - 276,5 kg de maconha e 123 esferas de haxixe -, com observância do art. 59 do Código Penal, inexistente constrangimento ilegal.

2 - É de rigor a aplicação retroativa do § 4.º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, haja vista tratar-se de norma de direito penal material que beneficia o réu, sendo irrelevante o fato de haver, na mesma lei, disposição prejudicial - vedação à substituição da pena corporal por medidas restritivas de direitos -, tendo em conta o previsto no art. 5.º, XL, da Constituição Federal, e no art. 2.º, parágrafo único, do Código Penal.

3 - Ordem parcialmente concedida. (STJ, HC n. 88.114/MS, Sexta Turma, Rel. Min. Paulo Gallotti, julgado em 12.11.2007).

Assim sendo, a pretensão que visa à fixação da pena prevista na Lei n. 6.368/76, bem como a aplicação retroativa da referida causa de diminuição, por se tratar de norma de direito penal material que beneficia o réu, deve ser acolhida, sendo perfeitamente possível a combinação entre as leis, já que não se trata aqui de criação de lei nova, mas apenas de um trabalho integrativo entre as Leis.

No que se refere à dosimetria aplicada, o pedido que visa a sua redução ao mínimo também deve ser acolhido. Explico.

Percebe-se da sentença *a quo* que o Magistrado fundamentou a exasperação da pena com base nos antecedentes criminais que foram juntados aos autos (cópias à f. 41-3).

Sucedendo que reiteradamente venho decido que somente devem ser considerados como maus antecedentes criminais as condenações com trânsito em julgado, excluídas as que configuram reincidência.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que *“Inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem maus antecedentes, má conduta social nem personalidade desajustada, porquanto ainda não se tem contra o réu um título executivo penal definitivo”* (HC n. 100.848/MS, Rel.^a Min.^a Jane Silva, Sexta Turma, Desembargadora convocada do TJMG, DJ de 12.5.08).

Compulsando os autos, verifica-se que a folha de antecedentes criminais utilizada pelo magistrado para fundamentar a exasperação da pena não contém condenação com trânsito em julgado, razão pela qual não há como considerar o requerente como portador de maus antecedentes, pelo que entendo ser perfeitamente possível a diminuição da reprimenda que lhe foi aplicada para o mínimo legal.

Por fim, no que diz a possibilidade de substituir-se a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, entendo, também, que não existe nenhum óbice a esta pretensão, já que o crime foi cometido na vigência da Antiga Lei de Drogas, que não trazia vedação a tal substituição.

Sobre esta possibilidade, existem inúmeros julgados nos Tribunais Superiores (STF e STJ). Veja-se:

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO. DE ENTORPECENTES. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. LEI N. 6.368/76. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE. APLICAÇÃO DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS PRESENTES. ORDEM CONCEDIDA. 1. A regra do art. 44 do Código Penal é aplicável ao crime de tráfico de entorpecentes, ocorrido sob a égide da Lei n. 6.368/76, desde que observados os requisitos objetivos e subjetivos, no caso concreto. Precedente. 2. Ordem concedida (STF, HC n. 84.715/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJU 29.6.2007).

EMENTA: I. *Habeas corpus*: deficiência da fundamentação: indeferimento. II. Sentença condenatória por tráfico de entorpecentes. Pena privativa de liberdade: cabimento da substituição por restritiva de direitos, na condenação por fato ocorrido na vigência da Lei n. 6.368/76: inadmissibilidade da aplicação retroativa de lei penal posterior mais gravosa (CF/88, art. 5º, XL). III. *Habeas corpus*: deferimento, de ofício, para anular o acórdão da apelação no ponto em que indeferiu a substituição da pena privativa de liberdade, devendo o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul prosseguir no julgamento da apelação, analisando, como entender de direito, a presença dos requisitos para a substituição contidos no art. 44 do C. Penal. (STF, HC n. 91600/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 6.9.2007).

HABEAS CORPUS – IMPERATIVO CONSTITUCIONAL – ORDEM CONCEDIDA PARA APLICAR A CAUSA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA, SUBSTITUIR A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS E FIXAR O REGIME ABERTO PARA CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA ORA IMPOSTA.

1. É imperativa a aplicação retroativa da causa de diminuição de pena contida no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 feita sob a pena cominada na Lei n. 6.368/1976, em obediência aos comandos constitucional e legal existentes nesse sentido. Precedentes.

2. Não constitui uma terceira lei a conjugação da Lei n. 6368/76 com o parágrafo 4º da Lei n. 11.343/06, não havendo óbice a essa solução, por se tratar de dispositivo benéfico ao réu e dentro do princípio que assegura a retroatividade da norma penal, constituindo-se solução transitória a ser aplicada ao caso concreto.

3. É possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, se o crime de tráfico de drogas foi cometido na vigência da Lei n. 6368/76 e o apenado reúne os requisitos para sua obtenção.

4. Se a análise das circunstâncias judiciais foi favorável à paciente, bem como o cometimento do delito ocorreu sob a égide da Lei n. 6368/76, o regime inicial de cumprimento da pena deve ser o aberto.

5. Ordem concedida para aplicar retroativamente a causa especial de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e passar o regime para o aberto, desde o início. (STJ, HC n. 103986/SP, Sexta Turma, Relª. Minª. Jane Silva, publicado em 24.11.2008).

Portanto, estando clara a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos para os crimes cometidos na vigência da antiga Lei de Tóxicos, e uma vez que o requerente preenche os requisitos previstos no artigo 44 do Código Penal, acompanho o relator, também neste ponto, para o fim de substituir a pena corporal imposta ao requerente por duas restritivas de direito.

A Srª. Desª. Marilza Lúcia Fortes (6ª Vogal)

De acordo com revisor.

O Sr. Des. João Batista da Costa Marques (5º Vogal)

De acordo com o relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

POR MAIORIA E CONTRA O PARECER, JULGARAM PROCEDENTE A REVISÃO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Carlos Brandes Garcia.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores Romero Osme Dias Lopes, Carlos Eduardo Contar, Claudionor Miguel Abss Duarte, João Carlos Brandes Garcia e Marilza Lúcia Fortes.

Campo Grande, 16 de setembro de 2009.

Apelação Criminal n. 2009.011866-5 - Ivinhema
Segunda Turma Criminal
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – LESÕES CORPORAIS E DANO – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – AGENTE QUE PRATICOU OS DELITOS IMPELIDO PELO VÍCIO EM ÁLCOOL/ENTORPECENTES – RÉU RECUPERADO – CONSEQUÊNCIAS MÍNIMAS – OFENDIDA QUE NÃO DESEJA A CONDENAÇÃO DE SEU COMPANHEIRO – DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS FAVORÁVEIS – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA – DESNECESSIDADE DE APLICAÇÃO DA REPRIMENDA – PARCIAL PROVIMENTO.

Tratando-se de crimes cujas consequências foram ínfimas, praticados por agente impelido pelo vício em álcool/entorpecentes, hoje recuperado, aplica-se o princípio da “bagatela imprópria”, sendo desnecessária a imposição da pena, mormente por se tratar de réu primário e a única vítima, sua atual companheira, não desejar a condenação dele.

A situação atual do casal em questão sobrepõe-se à necessidade de apenamento do acusado supostamente reinserido no seio social. Impingir a ele reprimenda corporal seria contrariar a função social da pena.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, rejeitar a preliminar. Deram provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do relator, unânime e contra o parecer.

Campo Grande, 20 de julho de 2009.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

Vanilson Bernardo da Silva foi condenado à pena de 11 meses de detenção, em regime semiaberto, por suposta infração ao disposto no art. 129, § 9º, c.c. art. 163, § ún., I, todos do CP, porque, segundo narra a exordial, no dia 7 de abril de 2007, por volta de 16h30min, na chácara “Santo Expedito”, Gleba Piravê, comarca supracitada, ciente da ilicitude e reprovabilidade de seus atos, sob o efeito do uso de drogas e mediante emprego de violência, adentrou à residência de sua ex-companheira, lesionando sua integridade corporal, bem como danificou sua mobília.

Irresignado, recorre a este Sodalício objetivando:

a) Preliminarmente, a nulidade do processo em razão da ilegitimidade do Ministério Público para promover a ação penal, uma vez que não haveria nos autos representação da vítima;

b) No mérito, sua absolvição, sob a alegação de que não há provas suficientes para sua condenação no delito previsto no art. 129, § 9º, do CP;

c) A aplicação das penas referentes aos delitos de lesão corporal e dano qualificado no patamar mínimo, uma vez que inexistentes circunstâncias judiciais desfavoráveis;

d) A aplicação do regime inicial aberto para o cumprimento da reprimenda, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Prequestionou ofensa aos artigos 5º, XLVI e LVI, e 93, IX, da CF; 157 e 381, III, do CPP; 33, 44 e 59, todos do CP.

Em contrarrazões, o representante ministerial pugna pelo não provimento do apelo.

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou de igual forma.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator)

Preliminarmente:

A alegação de que não há nos autos representação da ofendida é no seu todo improcedente.

Extrajudicialmente, ao prestar declarações na Delegacia de Polícia, a vítima manifestou (f. 10), de forma expressa, *seu desejo inequívoco de representar criminalmente em desfavor de Vanilson Bernardo da Silva, pela prática das condutas ilícitas em questão.*

E, embora não suscitado, ressalto, desde já, que a representação da vítima, como condição de procedibilidade da ação, prescinde de formalidade, bastando que a ofendida ou seu representante legal demonstre inequívoco interesse na apuração do fato delituoso (precedentes do STJ).

Isso posto, não há falar em nulidade do processo, razão pela qual afasto a preliminar arguida.

Meritoriamente:

Primeiramente, faço questão de consignar que, ao tomar parte do julgamento da Apelação Criminal n. 2008.035260-4, e acompanhar o Des. Claudionor Miguel Abss Duarte para desprover o apelo deste mesmo recorrente – mantendo sua condenação pelo cometimento do delito inserto no art. 147 do CP, contra sua amásia – não tinha, à época, ciência da atual situação do casal e das demais peculiaridades que este feito envolve, peculiaridades estas que passarei a expor.

Do pedido absolutório:

A materialidade do crime de dano encontra-se fartamente comprovada pelo auto de prisão em flagrante delito (f. 6), auto de exame de constatação prévia (f. 26), fotografias digitalizadas (f. 27), auto de constatação e avaliação de dano (f. 33), e laudo de exame de corpo de delito (f. 32). A materialidade do delito de lesões corporais leves, por sua vez, foi suficientemente caracterizada pelo laudo de exame de corpo de delito (f. 32).

A autoria de ambos os delitos, da mesma forma, é indubitável.

A tese acusatória é comprovada pelos depoimentos prestados pela vítima, por uma vizinha, e pelos policiais militares que efetuaram as diligências (f. 59, 60, 61 e 62), depoimentos estes que convergem em harmonia e concordância de detalhes.

Outrossim, o próprio acusado confirma parcialmente os fatos lhe imputados, alegando que, no momento em que ocorreram, encontrava-se embriagado, tendo quebrado apenas uma janela da casa da ofendida (f. 74).

Pois bem. Apesar dos exageros constantes na exordial, insta salientar que as consequências dos delitos foram mínimas. Pelo laudo de f. 32, denota-se que a agressão perpetrada causou lesões leves à ofendida. Já pelo auto de f. 33, extrai-se que os danos patrimoniais perfizeram um total de R\$ 445,00 (R\$ 150,00 – *porta da cozinha*, R\$ 30,00 – *mão de obra*, R\$ 60,00 – *avarias no fogão a gás*, R\$ 25,00 – *três vidros*, R\$ 180,00 – *aparelho de som*), ou seja, pouco acima do salário-mínimo vigente à época (R\$ 380,00).

Por outro lado, muito embora estejam suficientemente comprovadas a autoria e materialidade delitiva, entendo que, no caso vertente, a aplicação do “princípio da insignificância” ou “bagatela imprópria” é imperiosa. Explico.

As consequências, como dito, foram mínimas. O prejuízo material provavelmente foi suportado pelo próprio acusado, isto porque, conforme salientado pela vítima em 15 de janeiro de 2008, esta teria, após os fatos, reatado o relacionamento com o réu, passando a viver em união estável.

Mas isto não é tudo. Como se não bastasse, a própria “ofendida” fez questão de salientar que o acusado – à época dos fatos era dado a vícios como uso de entorpecentes e consumo de bebidas alcoólicas – se recuperou, passando a frequentar tratamento contra referidos hábitos. Arrematou ressaltando que fora dos vícios o acusado é pessoa boa, trabalhadora, além de que não tem interesse algum em vê-lo condenado pelos fatos narrados na denúncia.

Sobre o tema, importante citar o artigo do Dr. Thales Tácito P. Lux de P. Cerqueria, denominado “O Princípio Bagatelar Próprio e Impróprio: Conceito, Classificação e Aplicação”, publicado pela Revista Juristas, João Pessoa, a. III., n. 92, 19.9.2006, *in verbis*:

Atualmente, sou adepto do Direito Penal Moderado, assim posso definir aquele que, conforme Aristóteles afirmara, utiliza-se do meio:

O ideal é o meio, não o laxismo exagerado que corrompe a moral da sociedade e nem o rigorismo exacerbado, que limita arbitrariamente os direitos individuais.

O Direito Penal moderado, assim o defino, como uma Escola Penal do meio-termo entre o Direito Penal Máximo e Mínimo, utilizando alguns de seus melhores institutos.

Assim, defendo que, conforme Mateus sustentava, “é preciso separar o joio do trigo”, ou seja, em crimes graves é necessário um rigor maior (proibição de progressão de regime em crimes hediondos; proibição do artigo 44 no tráfico; punição mais severa para organizações criminosas etc), enquanto que nos crimes menores ou de “menor potencial ofensivo” é preciso ampliar ao máximo as benesses (institutos despenalizadores da Lei 9.099/95; imputação objetiva; tipicidade conglobante; bagatela ou insignificância; co-culpabilidade etc).

Somente através de um Direito Penal e Processual Penal funcional teremos a verdadeira Justiça, pois do contrário teremos o Judiciário lento, moroso e cheio de processos fomentados pela própria desordem jurídica (e desigualdade fomentada por Leis como a 10.628/02) e causas sociais cujo reflexo político é a inércia de sempre (reforma agrária; educação, saúde, habitação, etc).

Neste contexto, podemos definir e classificar, no Brasil, o princípio da insignificância ou bagatela da seguinte ordem:

(1) PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA, DA BAGATELA OU BAGATELAR PRÓPRIO: se aplica quando NÃO houver uma efetiva ofensa a objetividade jurídica do crime, assim considerado quando ausentes um dos requisitos alhures:

1.1 - relevância da ação (imputação objetiva da conduta): leia-se,

(a) O sujeito somente responde penalmente se ele criou ou incrementou um risco proibido relevante;

(b) Não há imputação objetiva quando o risco criado é permitido (exemplo, teoria da confiança);

(c) O sujeito somente responde nos limites do risco criado;

(d) Não há imputação objetiva quando o risco é tolerado (ou aceito amplamente pela comunidade);

(e) Não há imputação objetiva quando o risco proibido criado é insignificante (a conduta em si é insignificante)

1.2 - resultado jurídico penalmente relevante.

(a) o resultado deve ser relevante;

(b) o resultado deve ser transcendental (afetar terceiras pessoas);

(c) O resultado jurídico não deve ser fomentado ou tolerado ou autorizado ou determinado pelo ordenamento jurídico

Atualizando os valores, nos termos do artigo 1º, II, da Portaria do Ministério da Fazenda 049, de 1º de abril de 2004, não serão ajuizadas as execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), ressalvados apenas os débitos decorrentes da aplicação de multa criminal. Referido valor, todavia, refere-se a soma dos débitos relativos a todas as inscrições do mesmo devedor, que devem ser reunidas para fins de verificação do limite indicado (§ 3º).

Neste aspecto do conceito (resultado jurídico penalmente relevante), aplica-se o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, ou seja, necessário analisar cada caso concreto e a repercussão econômica para cada vítima, porém, com um teto máximo: R\$ 10.000,00 (artigo 1º, II, da Portaria do Ministério da Fazenda 049, de 10 de abril de 2004).

Como relembra Osmar Veronese e Emanuel Lutz Pinto, em “princípio da insignificância dos delitos de contrabando e descaminho”, publicada no Juris Síntese no 35 - MAI/JUN de 2002:

“O Tribunal Regional Federal da Quarta Região (RS, SC e PR), bem outros TRF's vêm decidindo sobre a inexistência do crime de descaminho em casos em que a interinação de mercadorias, sem o regular recolhimento dos tributos (IPI e II), não cause uma elisão de impostos superior a determinado montante.

Na avaliação dessa quantia, os juízes nacionais têm-se amparado em normas extrapenais, tais como a Lei n. 9.469/97, que estabelece o valor mínimo da propositura de execução fiscal em R\$ 1.000,00 (mil reais), na Medida Provisória n. 1.973/63, que expoe o valor que a Fazenda Nacional desconsidera para inscrever os débitos em dívida ativa em valores até R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), e na Portaria 4.910 do Ministério da Previdência, que prevê o não ajuizamento das suas execuções quando o valor da dívida não ultrapassar R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

No entendimento dos juízes e desembargadores federais, no caso do descaminho, não haverá interesse ou significância na seara penal se, na área civil, não houver interesse na cobrança dos impostos iludidos”.

Assim, podemos limitar o princípio da bagatela com o seguinte exemplo: se a vítima subtrai uma bicicleta no valor de R\$ 200,00 de uma vítima assalariada, responde por crime, ao passo que se subtrair uma bicicleta de R\$ 3.000,00 de um empresário, neste caso, aplica-se o princípio da bagatela, retirando a tipicidade material axiológica do delito, deixando, para seara cível, as medidas legais pertinentes a espécie como restituição, reparação de danos, indenização.

Porém, se o valor subtraído, ainda que de um empresário for superior a R\$ 10.000,00, neste caso, não se aplica o princípio da bagatela, em face de superar o teto máximo admitido para um crime mais grave (delito previdenciário, que é de R\$ 5.000,00, bem como nos termos do artigo 1º, II, da Portaria do Ministério da Fazenda 049, de 1º de abril de 2004). Se não se pode aplicar o princípio da bagatela para o crime mais grave (crime previdenciário), não se pode aplicar para o menos grave (furto), quando supera um limite razoável ou proporcional.

1.3- relevância do resultado(imputação objetiva do resultado): leia-se, o nexo causal entre a conduta e o resultado(leia-se, o sujeito somente responde pelos riscos criados ou incrementados).

Em relação ao princípio bagatelar próprio, no famoso Acórdão do TJ/RS (abaixo), o Ministério Público sustenta que o critério é a efetiva ofensa objetividade jurídica, levando em conta a situação econômica da vítima.

Já o TJ/RS veementemente discordou, sustentando que o princípio da bagatela ou insignificância somente se aplica, quando amparado num tripé:

(a) o valor irrisório da coisa, ou coisas, atingidas;

(b) a irrelevância da ação do agente;

(c) a ausência de ambição de sua parte em atacar algo mais valioso ou que aparenta ser, leia-se, o desvalor da intenção.

Em relação aos dois primeiros fundamentos concordamos (irrelevância da conduta e do resultado). Porém, discordamos do critério do “desvalor da intenção” como elemento integrante do princípio bagatelar próprio.

Em síntese, sustenta o Acórdão:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. REJEITADOS. A alegação dos representantes do Ministério Público que o colegiado foi omissos nos fundamentos jurídicos que possibilitaram a aplicação do princípio da insignificância, não tem procedência. O acórdão, citando doutrina e jurisprudência, está motivado. Afinal, sabe-se, ou deveriam saber, que a idéia de afastar o direito penal destes fatos irrelevantes é uma criação da doutrina que vem sendo acolhida pelos tribunais. Não existem dispositivos legais a respeito. Embargos rejeitados. Unânime. Embargos de Declaração n. 70007545148, TJRS, Oitava Câmara, Rel. Sylvio Baptista. ACÓRDAO. Vistos, relatados e discutidos os autos, acordam os Desembargadores da Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, a unanimidade, em rejeitar os embargos, conforme os votos que seguem. Custas, na forma da lei. Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Desembargadores Roque Miguel Fank, Presidente, e Marco Antônio Ribeiro de Oliveira. Porto Alegre, 19 de novembro de 2003. SYLVIO BAPTISTA; RELATOR. RELATÓRIO. S. SYLVIO BAPTISTA (RELATOR). Os Procuradores de Justiça apresentaram embargos de declaração ao acórdão deste colegiado, dado na Apelação-crime no 70006845879, alegando, em resumo, que “devem constar os fundamentos jurídicos que possibilitaram a aplicação do princípio da insignificância ante a condição econômica da vítima.” VOTOS: DES. SYLVIO BAPTISTA (RELATOR): [...] 3. No caso em exame (e somos obrigados a discutir a subtração de poucas abóboras, meus Deus), o acórdão, como se verá infra, analisou os fundamentos jurídicos aplicáveis a insignificância e concluiu por sua aplicação. Não houve nenhuma omissão, a não ser que os autores da petição de embargos, “porque não tem nada a fazer e o ócio cansa”, querem o impossível: dispositivos legais a respeito. Afinal, eles sabem, ou deveriam saber, que a idéia de afastar o direito penal destes fatos irrelevantes é uma criação da doutrina que vem sendo acolhida pelos tribunais. Não existem normas legais a respeito. Por outro lado, dizer, como está na petição, que “a fim de chegar-se a constatação acerca da existência ou não de tal ofensa, torna-se necessário observar as condições econômicas da vítima, as quais permitirão chegar a conclusão se o valor do objeto material em questão chegou a ofender o bem jurídico já citado”, estão falando uma arrematada besteira. E se o ladrão furtar cem mil reais de um grande banco, teremos um crime insignificante? De acordo com a opinião, sim. Em conclusão, a perda daquele valor mal arranhou o patrimônio da vítima. Ora, o que distingue uma ação considerada de bagatela ou insignificante, de outra penalmente relevante e que merece a persecução criminal, é a soma de três fatores: o valor irrisório da coisa, ou coisas, atingidas; a irrelevância da ação do agente; a ausência de ambição de sua parte em atacar algo mais valioso ou que aparenta ser. Na hipótese, e por isso considerado fato de bagatela, o apelante e o não apelante furtaram 21 abóboras, avaliadas em quinze reais, porque só queriam subtrair as frutas que, inclusive, foram recuperadas pela vítima”

Como sustenta o professor Luiz Flávio Gomes, Direito Penal, volume 2, RT, SP, 2004, no prelo:

Não se pode incluir na conceituação, desvalor da intenção. Nesse ponto o julgado 70007545148, TJRS, Oitava Câmara, Rel. Sylvio Baptista não nos parece sustentável.

Afastar a tipicidade de uma conduta insignificante em razão do desvalor da intenção é recuperar para dentro do Direito penal toda teoria subjetivista de ZIELINSKY, KAUFMANN etc. Isso nos parece exagerado.

O sujeito acaba sendo punido pelo que ele queria, não pelo que ele fez. Sem base legal autorizativa isso não é possível. Nesse ponto houve equívoco do julgado, segundo nosso juízo.

Realmente, o desvalor da intenção pune pelo que o agente queria e não pelo que fez, o que até vai de desencontro com a imputação objetiva, cujo Direito Penal, numa evolução do funcionalismo, deve ser voltado ao indivíduo, ao caso concreto, e não meras projeções ou intenções.

(2) PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA, DA BAGATELA OU BAGATELAR IMPRÓPRIO (ou “IRRELEVÂNCIA PENAL DO FATO”): trata-se de modalidade penal nova, introduzida no Brasil pelo jurista Luiz Flávio Gomes, na obra Direito Penal, volume 2, RT, SP, 2004, no prelo, em avant-premiere neste artigo.

Referido princípio se aplica quando, apesar de haver ofensa real a bem jurídico tutelado, o que impede a aplicação do princípio da insignificância próprio, o fato passa a ser um irrelevante penal, em virtude do princípio da necessidade da pena (previsto no artigo 59 do CP, já que o mencionado artigo estabelece que o juiz aplicará a pena quando SUFICIENTE).

Exemplo: tentativa de roubo sem relevância, vislumbre-se, réu primário, jovem, sem uso de arma, apenas de ameaça, onde o agente ficou 6 meses preso provisoriamente, confessou e arrependeu.

O artigo 59 do CP resolve pelo princípio da necessidade da pena: haveria necessidade, proporcionalidade ou razoabilidade em condenar um jovem primário de 4 a 10 anos de reclusão, sendo que confessou, se arrependeu, ficou preso provisoriamente por 6 meses e apesar da ofensa real a objetividade jurídica, não há mais relevância penal do fato?

Ressalva-se que desejam incluir na Constituição Italiana tal princípio.

Este princípio serve exatamente para limitar a injusta intervenção do Estado na dignidade da pessoa humana, única forma viável de, no processo de conhecimento, prevenir o crime, impedindo que um jovem recuperável se transforme num meliante escolado e perigoso para a própria sociedade que o quer condenado.

Mas qual seria a natureza jurídica do princípio bagatelar impróprio.

O princípio bagatelar impróprio visa unicamente a diminuição dos índices de reincidência penal e a valorização da dignidade da pessoa humana, como um instrumento eficaz de prevenção especial, já que a pena em si não permite isto, face nossas realidades prisionais.

E, caso a jurisprudência o aceite, teremos um único caso penal de “antecipação de tutela”, ou seja, a prisão provisória consistiria numa antecipação da prisão com pena, por ser suficiente para atingir os fins da pena.

Qual seria o objetivo central do princípio bagatelar impróprio?

Podemos afirmar sim que o objetivo do princípio bagatelar impróprio é a restrição da aplicação da pena privativa de liberdade, respeitando o binômio delimitador necessidade-suficiência, sem que com isso haja uma ofensa social, ou seja, o crime existiu, o bem jurídico foi atingido (o que o difere do bagatelar próprio), porém, a NECESSIDADE da

pena pelas circunstâncias pessoais e concretas do agente (tais como jovem, cumpriu 6 meses, o roubo foi com ameaça sem emprego de arma, se arrependeu, confessou), além da SUFICIENCIA (leia-se, atingiu o Direito Penal, com a prisão provisória, o estágio punitivo-social, caráter retributivo da pena), demonstram uma delimitação para aplicação do princípio.

Portanto, o cerne é a dignidade da pessoa humana. Conforme aluno do IELF (Plínio Henrique - advogado, aluno do curso extensivo IELF- Manaus/AM) comentou após o envio do artigo por este professor,

A organização da Nações Unidas, ao cuidar das 'Regras Mínimas de Direito Penitenciário', estabeleceu que não se deve agravar o sofrimento inerente a privação da liberdade, que, em si, já é aflitiva. Além disso, tratou de que o período da privação da liberdade se destina a preparação da volta a comunidade livre e proteção da sociedade contra o crime.

Admitiu, por igual, que o que exceder a essa coincidência será sofrimento desnecessário, como ofensa a dignidade da pessoa humana do preso.

O aparecimento da intervenção mínima recomenda a aplicação do Direito Penal apenas nos casos de ofensa grave aos bens jurídicos mais importantes (princípio bagatelar próprio).

Por outro lado, ao que parece, o princípio bagatelar impróprio dentre outras causas, surgiu como consequência da falência do sistema carcerário, a desestruturar a aplicação do conhecimento pedagógico acerca da pena prisional, perdendo o seu sentido ressocializador.

Mas certamente essa novidade trará muito inconformismo, pois o novo e a prevenção, por vezes são confundidos com impunidade ou intolerância.

Estas, em suma, são as novas linhas mestras penais que surpreenderão os incrédulos, os céticos, os conservadores e desprotegidos por um sistema legal desigual.

Basta saber se um dia, ao menos, todos farão uma enorme reflexão a respeito, já que o conjunto destes fatores compõe a própria sobrevivência da sociedade.

[...]

Já o Doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade Complutense de Madri, mestre em Direito Penal pela USP, Secretário-Geral do Instituto Panamericano de Política Criminal (IPAN), consultor, parecerista, fundador e presidente do Curso LFG (primeira rede de ensino telepresencial do Brasil e da América Latina, líder mundial em cursos preparatórios telepresenciais), *Luiz Flávio Gomes*, em artigo denominado "Infração bagatelar imprópria", publicado no Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 960, 18 fev. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7984>, leciona:

A doutrina e a jurisprudência brasileiras já conhecem e aplicam o princípio da insignificância, que está coligado com a infração bagatelar própria. Mas até agora não sabemos de nenhuma incidência concreta do princípio da irrelevância penal do fato, que se coliga com a infração bagatelar imprópria. Impõe-se dominar todos os conceitos que acabam de ser expostos para que a aplicação do Direito penal não seja equivocada.

Infração bagatelar ou delito de bagatela expressa o fato insignificante, de ninharia ou, em outras palavras, de uma conduta ou, de outro lado, de um ataque ao bem jurídico que não requer (ou não necessita) a intervenção penal.

A infração bagatelar deve ser compreendida sob dupla dimensão: (a) infração bagatelar própria; (b) infração bagatelar imprópria. Própria é a que já nasce sem nenhuma relevância penal, ou porque não há desvalor da ação (não há periculosidade na conduta, isto é, idoneidade ofensiva relevante) ou porque não há o desvalor do resultado (não se trata de ataque grave ou significativo ao bem jurídico). Como se vê, há insignificância da conduta ou do resultado. Quem furta uma cebola de outra pessoa, v.g., pratica um fato insignificante em sentido próprio. O fato já nasce insignificante.

Para todas as situações de infração bagatelar própria o princípio a ser aplicado é o da insignificância (que tem o efeito de excluir a tipicidade penal, ou seja, mais precisamente, a tipicidade material). Assim, se estamos diante de uma infração bagatelar própria não há que se perquirir o animus do agente, seus antecedentes, sua vida pregressa etc. O fato é atípico e não incide o Direito penal.

Para o reconhecimento da insignificância e, em consequência, da infração bagatelar própria, de outro lado, é muito importante a análise de cada caso concreto, da vítima concreta, das circunstâncias etc...

Infração bagatelar imprópria é a que nasce relevante para o Direito penal (porque há relevante desvalor da conduta bem como desvalor do resultado), mas depois se verifica que a incidência de qualquer pena no caso concreto apresenta-se totalmente desnecessária (princípio da desnecessidade da pena conjugado com o princípio da irrelevância penal do fato). Sintetizando: o princípio da insignificância está para a infração bagatelar própria assim como o da irrelevância penal do fato está para a infração bagatelar imprópria. Cada princípio tem seu específico âmbito de incidência.

O fundamento da desnecessidade da pena (leia-se: da sua dispensa) reside em múltiplos fatores: infimo desvalor da culpabilidade, ausência de antecedentes criminais, reparação dos danos, reconhecimento da culpa, colaboração com a justiça, o fato de o agente ter sido processado, o fato de ter sido preso ou ter ficado preso por um período etc. Tudo deve ser analisado pelo juiz em cada caso concreto. Lógico que todos esses fatores não precisam concorrer (todos) conjuntamente. Cada caso é um caso. Fundamental é o juiz analisar detidamente as circunstâncias do fato concreto (concomitantes e posteriores) assim como seu autor.

O princípio da irrelevância penal do fato tem como pressuposto a não existência de uma infração bagatelar própria (porque nesse caso teria incidência o princípio da insignificância). Mas se o caso era de insignificância própria e o juiz não a reconheceu, nada impede que incida o princípio da irrelevância penal do fato. Há, na infração bagatelar imprópria, um relevante desvalor da ação assim como do resultado. O fato praticado é, por isso, penalmente punível. Instaura-se processo contra o agente. Mas tendo em vista todas as circunstâncias do fato (concomitantes e posteriores ao delito) assim como o seu autor, pode ser que a pena se torne desnecessária.

Em outras palavras: as circunstâncias do fato assim como as condições pessoais do agente podem induzir ao reconhecimento de uma infração bagatelar imprópria cometida por um autor merecedor do reconhecimento da desnecessidade da pena. Reunidos vários requisitos favoráveis, não há como deixar de aplicar o princípio da irrelevância penal do fato (dispensando-se a pena, tal como se faz no perdão judicial). O fundamento jurídico para isso reside no art. 59 do CP (visto que o juiz, no momento da aplicação da pena, deve aferir sua suficiência e, antes de tudo, sua necessidade).

Do exposto infere-se: infração bagatelar própria = princípio da insignificância; infração bagatelar imprópria = princípio da irrelevância penal do fato. Não há como se confundir a infração bagatelar própria (que constitui fato atípico – falta tipicidade material) com a infração bagatelar imprópria (que nasce relevante para o Direito penal). A primeira é puramente objetiva. A segunda está dotada de uma certa subjetivização, porque são relevantes para ela o autor, seus antecedentes, sua personalidade etc.

No direito legislado já contamos com vários exemplos de infração bagatelar imprópria: no crime de peculato culposo, v.g., a reparação dos danos antes da sentença irrecorrível extingue a punibilidade. Isto é, a infração torna-se bagatelar (em sentido impróprio) e a pena desnecessária. No princípio havia desvalor da ação e do resultado. Mas depois, em razão da reparação dos danos (circunstância post-factum), torna-se desnecessária a pena. Essa mesma lógica é válida para as situações de perdão judicial, para o pagamento do tributo nos crimes tributários etc. São situações em que a pena se torna desnecessária. Do mesmo modo, também explica os casos dos colaboradores da justiça (delator etc.) quando o juiz deixa de aplicar a pena.

É certo que por muitas vezes o rigorismo da lei não faz justiça ao caso concreto. Dar ao caso concreto o justo julgamento é o papel do Poder Judiciário, é a função dos tribunais. Caso contrário, para que servem os juízes?

Diz Paulo José da Costa Júnior, ao prefaciар a obra *O Código Penal e sua interpretação jurisprudencial* e resumir as posições de doutrinadores europeus desde o ano de 1915:

Concluindo, a jurisprudência não pode e nem deve apresentar papel meramente inerte e amorfo de aplicação automática de lei, de operação mecânica de submissão do fato à norma. Há de representar algo mais, senão o papel criador de novos princípios aptos a atuarem no ordenamento jurídico, cabe, sem dúvida, a jurisdição exercitar uma força de propulsão junto ao Direito, na expressão feliz de Gèny.

Portanto, dentro deste papel está, repito, a aplicação da melhor punição ao acusado (aquela que seja suficiente para a reprovação do criminoso, que dê uma satisfação à vítima e à sociedade). Nem que, para tanto, tenhamos que deixar de aplicar a lei injusta ou encontrar, no sistema legal, uma situação que melhor se enquadre no caso.

A respeito da pena e como se deve impô-la, é inteligente a lição do Des. José Antônio Paganella Boschi sobre o princípio da humanidade/dignidade da pessoa humana que, para mim, é o principal:

O princípio da humanidade das penas - seja pela catalogação, seja pela execução - não pode, pois, continuar sendo algo etéreo. Se os investimentos a cargo do poder público não se fizerem sentir, para melhoria das condições das penitenciárias, de modo a poder-se alcançar o ideal de ressocialização mínima, os tribunais, que norteiam sua ação pela justiça e não pela conveniência política, precisarão rever e flexibilizar sua jurisprudência, de modo a permitir, por exemplo, em nome do princípio de humanidade das penas, o cômputo de benefícios executórios sobre o limite de trinta anos, cessando os suplícios do condenado à prisão perpétua, ou a progressão nos regimes carcerários, para os condenados por crimes hediondos, nos moldes previstos na Lei n. 9.455/75, relativa aos crimes de tortura.

É esse princípio que fornece substrato a concepção garantista de Luigi Ferrajoli, para quem o recolhimento de alguém à prisão não pode jamais exceder a 10 anos. É princípio que dá o lastro ao dever de respeito à pessoa humana, tal como o enunciou Beccaria. De acordo com as palavras do ilustre magistrado europeu, “[...] acima de qualquer argumento utilitário, impõe uma limitação fundamental à qualidade e à quantidade da pena. E este o valor sobre o que se funda, irredutivelmente, a recusa à pena de morte, às penas corporais, às penas infamantes e por outro lado a de prisão perpétua e às penas privativas de liberdade excessivamente longas.”

E conclui: “O juiz criminal, ao individualizar as penas na sentença, deve fazê-lo, portanto, imbuído, sempre, desse sentido de humanidade. Sem ele as penas voltarão a ser o “mal” contra o crime, como propunham os clássicos, desprovidas de finalidades construtivas ou integradoras. (**Das Penas e seus Critérios de Aplicação**, ed. Livraria do Advogado, 2000, p. 39-42).

Coroando o pensamento, cito uma decisão da justiça do Rio Grande do Sul que afirma: “*Nunca é demais lembrar que o fim último da pena não é o de eternizar e muito menos infernizar a situação do apenado; para reintegrá-lo, ou reinseri-lo ao meio social torna-se fundamental dinamizar o tratamento prisional estimulando o homem apenado e preparando-o necessariamente para o retorno. A esperança de momentos mais fáceis e menos rigorosos, de liberdade ainda distante, é inerente ao complexo tema da recuperação do condenado*” (TARS, JUTARS 76/27)”. (in **Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**, ed. RT, 1995, p. 667).

Por outro norte, acerca do princípio da proporcionalidade da pena, mencionado no artigo 2º do Código Penal Paraguai, leciona Santiago Mir Puig, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona, na obra ESTADO, PENA Y DELITO, Editorial IB de f – Montevideo – Buenos Aires – 2006, *in verbis*:

[...] Y la comparación de costes y beneficios que requiere una proporcionalidad en sentido estricto debe efectuarse entre la gravedad de los derechos individuales afectados por la pena o medida y la importancia de los bienes jurídico-penales afectados por el delito. Por esta vía constitucional encuentra legitimación la función de prevención del Derecho penal, en la medida en que es la forma de proteger intereses fundamentales de los seres humanos, y al mismo tiempo se incluye el único aspecto admisible de la idea de retribución: la necesidad de que exista proporcionalidad entre la pena y el delito – con la ventaja, además, de que esta proporcionalidad puede extenderse también a las medidas de seguridad-. Se encuentra así la forma de proteger tanto a los ciudadanos de los delitos, como de proteger a los delincuentes (también ciudadanos) de una afectación excesiva de sus derechos por parte del Estado.

Assim, indaga-se: se a função principal da pena é reintegrar ou reinserir o apenado ao meio social, preparando-o necessariamente para o retorno, seria prudente restringir a liberdade do recorrente que, como visto, se encontra totalmente recuperado? Atingiria a pena sua finalidade precípua?

Ora, na situação em julgamento há evidente injustiça na aplicação da punição.

Como se não bastasse, a conduta posterior da “ofendida” (no sentido de ver seu companheiro absolvido) é incompatível com a persecução criminal até aqui perpetrada. Manter a sentença condenatória à revelia da vontade da vítima/amásia é afrontar qualquer medida de política criminal – inerente à tradição do nosso processo penal e que por vezes servirá para resguardar valores que não podem ser esquecidos no âmbito da família, como a busca da harmonia do lar e a superação efetiva de situações em que houve violência ínfima.

Aliás, o art. 226 da Constituição Federal é incisivo: “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Se a palavra da ofendida foi levada em consideração para acusar o réu, por que não permitir que a mesma exerça a faculdade de suplantar a acusação cuja continuidade servirá apenas para conturbar o ambiente doméstico (que, ao que tudo indica, encontra-se pacificado) e atrapalhar a já consumada reconciliação e estabilidade do casal?

A situação atual do casal em questão sobrepõe-se à necessidade de apenamento do acusado supostamente reinserido no seio social. Impingir a ele reprimenda corporal seria, volto a dizer, contrariar a função social da pena.

Ademais, o recorrente, à época dos fatos, era primário e portador de bons antecedentes (f. 50, 59 e 60), de modo a preencher os requisitos necessários à aplicação do citado benefício.

Por fim, a título meramente argumentativo, deixo consignado que o direito penal deve incidir apenas quando se tratar de ofensa/conduita relevante à comunidade/sociedade. O direito penal não se presta a resolver pequenos suplantados desentendimentos. O Poder Judiciário não pode ser usado para punir/prejudicar cidadãos em razão de brigas superadas de casais. Deve-se respeitar o princípio da intervenção mínima.

Diante dessas considerações, **dou provimento** ao recurso defensivo para, aplicando a “bagatela imprópria”, manter a decisão condenatória proferida pelo magistrado de instância singela, deixando, porém, de aplicar a reprimenda imposta, em observância aos princípios da irrelevância penal do fato e da desnecessidade de aplicação concreta da pena.

Decisão contra o parecer.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

PRELIMINAR REJEITADA. DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, UNÂNIME E CONTRA O PARECER.

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, Marilza Lúcia Fortes e Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 20 de julho de 2009.

Apelação Criminal n. 2009.019540-9 - Chapadão do Sul
Segunda Turma Criminal
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – SUBMETTER ADOLESCENTE À PROSTITUIÇÃO – ART. 244-A DO ECA – SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSO DEFENSIVO – ABSOLVIÇÃO – INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA – RECURSO PROVIDO.

Inexistindo prova cabal e escorreita da prostituição de menores no bar do réu, sua absolvição é imperativa.

APELAÇÃO CRIMINAL – SUBMETTER ADOLESCENTE À PROSTITUIÇÃO E OFERECIMENTO DE BEBIDAS ALCOÓLICAS A MENOR – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA – RECURSO MINISTERIAL – INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA – ABSOLVIÇÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Não havendo nos autos provas cabais e escorreitas da submissão e prostituição das menores, mantém-se a absolvição da acusada.

Se não há qualquer prova direta e contundente com relação à autoria da entrega de bebidas às menores, a absolvição dos acusados é imperiosa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, negar provimento ao recurso ministerial, por unanimidade e contra o parecer. Deram provimento ao recurso defensivo, nos termos do voto do relator, unânime e contra o parecer.

Campo Grande, 14 de setembro de 2009.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

O Ministério Público Estadual, irresignado com a sentença absolutória de f. 207-16, recorre a este Sodalício objetivando a condenação dos acusados Solange Fontoura (como incurso nos artigos 244-A e 243, ambos da lei n. 8.069/90 c.c. Art. 70, do CP) e Carlos Rodrigues Macedo (como incurso no art. 243, da lei n. 8.068/90), aduzindo haver, nos autos, provas suficientes para tanto.

Em contrarrazões, ambos os apelados pugnaram pelo improvimento do apelo.

Carlos Rodrigues Macedo, por sua vez, restou condenado à pena de 4 anos de reclusão, em regime inicialmente aberto, e ao pagamento de 10 dias-multa, por infração ao disposto no art. 244-A da Lei n. 8.069/90 – reprimenda substituída por duas restritivas de direitos.

Irresignado, recorre a este Sodalício objetivando sua absolvição, alegando insuficiência de provas.

Em contrarrazões, o *parquet* pugnou pelo improvimento do recurso.

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso ministerial e improvimento do defensivo.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes (Relator)

Narra a exordial acusatória que:

[...] No dia 01 de junho de 2004, por volta das 22:40 horas, na Rua dos Lírios, n. 188, bairro Parque União, nesta Cidade e Comarca, os acusados, agindo em concurso e com unidade de desígnios, submeteram as adolescentes Lucimeire Alves da Conceição Franco e Jackline Ribeiro de Melo Gonçalves, à prostituição e exploração sexual, o primeiro porque forneceu local para a realização dos atos sexuais e contato com eventuais clientes e a segunda na medida em que trouxe as adolescentes da cidade de Paranaíba para se prostituírem.

Além disso, na mesma oportunidade, os acusados ainda forneceram e entregaram às adolescentes bebidas alcoólicas, produto cujos componentes podem causar dependência física ou psíquica [...]

Por questão de prejudicialidade, passa-se, primeiro, à análise do recurso interposto por Carlos Rodrigues Macedo.

Postula o apelante pela desconstituição do édito que o condenou como incurso nas penas do art. 244-A da Lei n. 8.069/90 (ECA), alegando, para tanto, ausência de provas suficientes a imputar-lhe a autoria delitiva.

Com razão.

Eis o que dispõe o mencionado dispositivo:

Art. 244-A. Submeter criança ou adolescente, como tais definidos no *caput* do art. 2º desta Lei, à prostituição ou à exploração sexual:

Pena - reclusão de quatro a dez anos, e multa.

Pois bem. *In casu* não há elemento algum que denote ter o apelante submetido às supostas vítimas à prostituição ou exploração sexual. Pelo contrário, ambas as vítimas, ao serem ouvidas, declararam expressamente que foram até o estabelecimento comercial do acusado para beberem e fazerem “farra”, e que, logo que chegaram ao local foram surpreendidas pelos membros do conselho tutelar.

Eis o que se extrai, *ipsis literis*, dos depoimentos das menores:

[...] que, na sexta feira, a declarante e Jackeline foram para a casa de Solange, quando surgiu a idéia de virem para esta cidade para fazer farra, pois ninguém faz nada lá. Que nesta segunda-feira, saiu daquele município de carona e rumaram para esta cidade, sendo que aqui ao chegarem, procuraram a residência do senhor José, a qual se situa no parque união, defronte ao Supermercado Ceccato, pois a declarante conheceu o senhor José há muito tempo, cuja amizade surgiu neste município. Que deixaram seus pertences naquela localidade, e ontem a noite, foram até a padaria Ki-pão [...] daquela localidade rumaram para o Big Bar, pois as amigas de “Simone” e “Fatinha” [...] ficaram naquela localidade, pois eram garotas de programa. [...] que assim que chegaram passaram a ouvir música, quando chegou membros do conselho tutelar e pediram para a declarante e sua amiga que fossem até o lado de fora” (Lucimeire Alves Conceição Franco, f. 15-6).

[...] Não conhece Carlão. Conhecia a denunciada Solange. Solange morava em Paranaíba. Não sabe se o bar era de Carlão. De Solange não era. Ela nunca tinha ido lá. Tinha um moço no balcão. Fazia cerca de dez minutos que estavam no bar. Havia mais umas três meninas no bar. Uma delas era amiga de Jackeline. Foram até o bar atrás dela. Não sabe se essa menina faz programa em Chapadão. Nunca tinha visto ela. Achou que era um bar normal [...] (Lucimeire, f. 142).

[...] que nesta sexta-feira, a declarante e Lucimeire encontravam-se na residência de Solange, quando surgiu a idéia de virem para esta cidade para passear. Que nesta segunda-feira vieram para este município, ficando hospedadas na residência do senhor José, no Parque União, defronte ao Supermercado Ceccato, tendo em vista que ele tem mais amizade com Lucimeire. Que para o deslocamento utilizaram de carona [...]. Que ontem, ficaram inicialmente na padaria Ki-pão, onde ingeriram cerveja e resolveram ir até o Big Bar [...]. Que foram até o local, onde encontraram um homem e uma moça e passaram a tomar cerveja com ele. Que posteriormente chegou as conselheiras tutelares deste município[...] (Jackeline Ribeiro Melo Gonçalves, f. 18-9).

A condenação, portanto, nos moldes em que se encontra, é descabida.

O verbo nuclear do tipo penal imputado ao acusado é claro: submeter. O objeto do tipo, da mesma forma, é específico: prostituir.

E, sem qualquer empecilho, adianto: não houve submissão (subjugamento, domínio moral) e tampouco prostituição – que necessita comprovação de ter havido ato sexual mediante paga.

As adolescentes foram até o estabelecimento do apelante por livre e espontânea vontade, ficaram lá por volta de 10 minutos, ouviram música e ingeriram bebidas alcoólicas, somente.

Daí a subjugar que o réu corrompeu-as, convencendo-as a se prostituírem, é demais. Ou melhor, é ir contra as próprias palavras das vítimas, é solapar o princípio *in dubio pro reo*.

Outrossim, a própria confissão do acusado – de que em seu bar haviam quartos onde eram realizados programas sexuais – não lhe prejudica, eis que tal delito estaria tipificado, no máximo, como manutenção de casa de prostituição.

E, a meu ver, o tipo penal descrito no art. 229 do Código Penal, ao tutelar “os bons costumes” e a “moralidade pública sexual”, consoante a inserção no estatuto repressor de 1940, não mais ofende seu bem jurídico-penal em decorrência de transformações que a sociedade hodierna contempla.

Não subsiste o crime sem ofensividade ao bem jurídico outrora contemplado pelo legislador e erigido à norma penal (*nullum crimen sine iniuria*).

Luiz Flávio Gomes, acerca desse tema, afirma:

O conceito de bem, portanto, não pode girar em torno de valores não conectados com a realidade, é dizer, em função da norma (Ranieri), do funcionamento social, da moral, de uma ideologia, de um bem vital da comunidade ou do indivíduo (Welzel), de deveres de obediência ou qualquer outro tipo de dever (nazismo), senão em virtude de uma concreta e determinada relação social, porque é por meio de uma relação social, porque é por meio de uma relação que a pessoa humana, dotada de razão, dignidade e liberdade, se expressa na sociedade democrática. O objeto de proteção, portanto, é uma relação social, que tem como protagonista a pessoa humana. (Alice Bianchini, Antonio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes, *in* **Direito Penal – Introdução e princípios fundamentais**, 2. ed., São Paulo: RT, 2009, p.274)

Amolda-se bem ao presente caso a análise percutiente do Des. Marco Antonio Bandeira Scapini, do Tribunal gaúcho, ao que peço *venia* para transcrever excerto do voto:

As condutas descritas na denúncia (manutenção de casa de prostituição e favorecimento à prostituição) foram devidamente comprovadas nos autos. Não há dúvida quanto à autoria das referidas condutas.

Tenho, entretanto, como inaplicável o tipo do art. 229 do CP. A conduta de manter casa de prostituição ou local destinado a encontros sexuais encontra-se, desde há muito, incorporada às normas de convivência social não só no Brasil, mas em quase todas as nações ocidentais e cristãs. O tipo penal do referido artigo permitiria a condenação dos proprietários de motéis e “drive ins”, o que seria, simplesmente, inaceitável. Espaços no interior dos quais as pessoas se encontram para a prática de carícias e realização de suas fantasias sexuais e amorosas deveriam ser protegidos pela Lei e não criminalizados. Sem motéis e outros lugares equivalentes, milhares de pessoas estariam privadas das condições mais propícias para o encontro de natureza sexual. Teríamos menos prazer e, por certo, mais hipocrisia. O mundo seria mais triste, as oportunidades para o florescimento amoroso estariam deprimidas, as pessoas estariam menos felizes e a liberdade teria sido golpeada. A ninguém pode interessar este tipo de resultado. O mesmo vale para as chamadas “casas de prostituição”. Se a atividade sexual dos adultos é livre na exata medida do respeito aos direitos dos demais; se não é crime oferecer no mercado possibilidades de prazer sexual e receber pela gratificação prestada, então por que um local específico destinado a este tipo de relação comercial deveria ser proibido? Casas de prostituição existem desde os primórdios da humanidade. Há registros delas nas sociedades antigas que datam dos primórdios da escrita. No Brasil, os prostíbulos e as “zonas” de prostituição são instituições seculares cuja importância social não deve ser menosprezada. Pretender bani-las é tarefa que sequer o fundamentalismo puritano – insinuado por algumas seitas – foi capaz de propor. Eles articulam um negócio como outro qualquer, que poderia ser licenciado administrativamente e prosperar legalizado como uma parte da indústria do entretenimento ou, ainda, como serviços privados de atenção à saúde mental, ao gozo e ao bom funcionamento dos corpos. Do que redundaria, inclusive, muitas vantagens públicas, como o controle sobre as condições de saúde e higiene dos estabelecimentos, como a garantia de acompanhamento e tratamento de saúde às e aos profissionais do sexo, extensão a este grupo de trabalhadores de todos os direitos trabalhistas, fiscalização permanente quanto à oferta de preservativos aos clientes, além de permitir que casos concretos de exploração sexual, cárcere privado e extorsão de mulheres – ainda comuns – pudessem ser naturalmente inibidos. Além disso, a legalização deste tipo de estabelecimento poria fim ao mercado clandestino de “venda de facilidades”, operado por policiais corruptos e outros agentes públicos indignos de suas funções. No mais, entendo que não há razão alguma para se tomar a atividade dos profissionais do sexo como menos digna ou menos respeitável. Afinal, se é possível e respeitável que a saúde seja vendida; se é natural

que o conhecimento e a educação sejam objeto de comércio; se pareceres jurídicos podem ser encomendados e pagos regamente por grande empresas; se mesmo um mandato parlamentar pode ser comprado legalmente por financiadores de campanha, por que razão então aqueles que alugam seu corpo, mas não sua consciência, devem ser menosprezados? Por que razão aqueles que ao invés de maldades só agenciam o prazer mereceriam menos respeito como trabalhadores e como cidadãos? (ACr n. 70011662418, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Marco Antonio Bandeira Scapini, julgado em 30.6.2005).

O Min. Arnaldo Esteves Lima, relator do REsp n. 820406/RS¹, com muita propriedade, fez as seguintes ponderações, as quais lanço mão para também fundamentar o presente. Vejamos:

Ementa - PENAL. RECURSO ESPECIAL. MANUTENÇÃO DE CASA DE PROSTITUIÇÃO. ATIPICIDADE MATERIAL. TEORIA DO DELITO. IMPUTAÇÃO OBJETIVA. DESVALOR DA CONDOTA E DO RESULTADO. TEORIA DA ACEITAÇÃO SOCIAL (IRRELEVÂNCIA SOCIAL DO FATOS). RECURSO NÃO-CONHECIDO.

1. As modernas teorias do delito dão relevância especial ao bem jurídico e a sua ofensa, entendendo a tipicidade penal não apenas em sua tipicidade formal mas, também, em seu lado material, sendo que este se dividiria em 3 juízos valorativos diversos, a saber: a) desaprovação da conduta – criação ou incremento de risco proibidos relevantes, b) desaprovação do resultado jurídico – lesão ou perigo de lesão concreto ao bem jurídico tutelado, e c) nexos de imputação ou imputação objetiva do resultado – relação entre o resultado e a criação ou incremento do risco proibido relevante.

2. Em relação à desaprovação do resultado jurídico, ela ocorre quando a ofensa é, ao mesmo tempo, a) real ou concreta – afastando o perigo abstrato, b) transcendental – dirigida a terceiros, c) grave – princípio da insignificância, e d) intolerável – não-aceitação social.

3. Assim, dentro desta concepção, para a configuração da tipicidade penal deve-se levar em conta não só os aspectos formais (conduta, resultado, nexos de causalidade e adequação do fato a lei) também os aspectos materiais ou normativos.

4. Os princípios da insignificância e o da aceitação social devem ser examinados tanto na conduta quanto no resultado para se concluir por típico o ato praticado.

5. Diversamente das condutas insertas nos arts. 228 (favorecimento da prostituição) e 230 (rufianismo), ambos do Código Penal, e no art. 244-A do ECA (submeter criança ou adolescente à prostituição ou à exploração sexual), às quais a sociedade expressa, sem sombra de dúvida, total repugnância, o só fato de manter, por conta própria ou de terceiros, casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fins libidinoso, havendo, ou não, intuito de lucro (art. 229 do CP), é, se não totalmente aceito, tolerado pela sociedade.

6. Não há crime quando a desaprovação da conduta e/ou do resultado é tolerada pela sociedade, tornando a figura materialmente atípica, como no caso do art. 229 do CP.

¹ É de se ressaltar que o retrocitado voto foi vencido, tendo sido designado para o acórdão o Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 5.3.2009. Entretanto, a questão ainda não teve sua palavra final, pois a Defensoria Pública da União impetrou o HC 99144, Relator Min. Marco Aurélio, feito que aguarda julgamento no Supremo Tribunal Federal.

7. Recurso especial não-conhecido.

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA:

O professor Luiz Flávio Gomes leciona:

Para o sistema social da ação, o bem jurídico ainda constitui a base da estrutura e da interpretação do tipo, devendo ser entendido como valor ideal da ordem social juridicamente protegido, e cuja preservação interessa tanto à coletividade como ao particular. Sobre o aspecto da tipicidade material, o enfoque da relevância jurídico-social ressaltou o princípio da insignificância, segundo o qual se eliminam do injusto as ações que impliquem danos de pequena monta ao bem jurídico protegido. Na realidade, pelos fundamentos da sistematização social, as ações que produzem danos insignificantes ao bem juridicamente protegido não devem adquirir relevância social. Este posicionamento doutrinário encontrou suporte na teoria da adequação social, defendida por Welzel. Os tipos penais, ao descreverem os modelos de comportamento proibido, apresentam manifesto caráter social, na medida em que estão referidos à vida social e nela identificam as condutas que se apresentam inadequadas ao convívio harmônico. Para interpretar os tipos penais é necessário indagar sobre a adequação da conduta aos parâmetros de normalidade estabelecidos para a vida cotidiana de relações sociais. O comportamento que se verifica dentro dos parâmetros da normalidade não pode ser considerado típico, ainda que cause lesão ao bem jurídico. (in **Tipicidade material e imputação objetiva**. Material da 5ª aula da Disciplina Princípios Constitucionais Penais e Teoria Constitucionalista do Delito, ministrada no Curso de Especialização em Ciências Penais – UNISUL - IPAN – REDE LFG)

No mesmo sentido, Eugenio Raúl Zaffaroni, em sua obra Manual de Direito Penal Brasileiro, fazendo referência a Hans Welzel, ensina que “o direito penal somente pode tipificar condutas que têm certa relevância social, posto que do contrário não poderiam ser delitos”, e conclui: deduz-se, como consequência, que há condutas que, por sua adequação social, não podem ser consideradas como tal. Essa é a essência da chamada teoria da “adequação social da conduta”: as condutas que se consideram socialmente adequadas não podem ser delitos, e, portanto, devem ser excluídas do âmbito da tipicidade. (op. cit., 7. ed., Ed. RT, 2007, p. 485)

Como lembrado pelo ilustre jurista portenho, o saudoso professor alemão Hans Welzel (precursor da Teoria Finalista do Delito/1945) foi quem inicialmente vinculou o fato típico à interpretação social da realidade – base do desenvolvimento da Teoria da Imputação Objetiva –, afirmando que uma conduta não poderia, ao mesmo tempo, ser socialmente aceita e penalmente tipificada.

Atualmente, a Teoria Constitucionalista do Delito de Luiz Flávio Gomes – construída sobre a Teoria Funcionalista de Roxin/1970 e a Teoria da Tipicidade Conglobante de Zaffaroni – da relevância especial ao bem jurídico e a sua ofensa, entendendo a tipicidade penal como tipicidade formal + tipicidade material, sendo que esta última se dividiria em 3 juízos valorativos diversos, a saber: a) desaprovação da conduta – criação ou incremento de risco proibidos relevantes, b) desaprovação do resultado jurídico – lesão ou perigo de lesão concreto ao bem jurídico tutelado, e c) nexo de imputação ou imputação objetiva do resultado – relação entre o resultado e a criação ou incremento do risco proibido relevante.

Em relação à desaprovação do resultado jurídico, ela ocorre quando a ofensa é, ao mesmo tempo, a) real ou concreta – afastando o perigo abstrato, b) transcendental – dirigida à terceiros, c) grave – princípio da insignificância, e d) intolerável – não-aceitação social.

Daí, aderindo a esta moderna teoria, para a configuração da tipicidade deve-se levar em conta não só os aspectos formais (conduta, resultado, nexo de causalidade e adequação do fato a lei) mas também os aspectos materiais ou normativos.

Assim, os princípios da insignificância e o da aceitação social (irrelevância penal do fato) devem ser examinados tanto na conduta quanto no resultado para se concluir por típico o ato praticado, em outras palavras, condutas ou resultados socialmente aceitos ou tolerados devem ser afastados do âmbito de atuação do direito penal, v.g.: STF, *HC* n. 84.412-SP, Rel. Min. Celso de Mello.

No caso concreto, colhe-se da denúncia (f. 2-4):

[...]

No dia 15 de fevereiro de 2003, por volta da 0h30min, na Rua Pessegueiro, 33, bairro Santa Fé, em Giruá - RS, os denunciados VANDERLEI PIRES MARTINS, PATRÍCIA UGGERRI e MARIA ASSUNÇÃO CALDEIRA, em comunhão de vontades e conjugação de esforços, mantinham, por conta própria, casa de prostituição.

Na ocasião, ao verificar comunicado da presença de adolescentes no local, a Brigada Militar constatou que o estabelecimento mantido pelos denunciados era uma casa de prostituição.

[...]

Assim agindo, os denunciados VANDERLEI PIRES MARTINS, PATRÍCIA UGGERRI e MARIA ASSUNÇÃO CALDEIRA incorreram nas sanções do artigo 229 do Código Penal [...].

Da sentença extrai-se (f. 118):

[...] é preciso atentar-se para os novos rumos do direito penal, onde tal conduta está totalmente descriminalizada, tendo em vista que a sociedade já não mais considera a conduta como ilícita. Assim, a norma penal prevista no art. 229 do CP, fica “anulada” pelo comportamento de grande parte da população que convive e se utiliza de estabelecimentos como motéis, “casas de massagens”, “saunas”, justamente pela liberação sexual ocorrida ao longo da história.

Cabe ressaltar que os meios de comunicação divulgam cada vez mais a liberdade sexual atual, inclusive utilizando-a como fonte de entretenimento.

Neste panorama seria hipócrita condenar os proprietários de casas de prostituição. Corresponderia ao retrocesso do estado democrático de direito, contrariando os anseios da sociedade. Não parece ser este o papel do magistrado.

[...]

Diante do exposto, JULGO IMPROCEDENTE a denúncia para ABSOLVER Vanderlei Pires Martins, Patrícia Uggerri e Maria Assunção Caldeira, [...].

Por fim, o Tribunal estadual afirmou (f. 178-179):

[...] a lei, especialmente o direito penal, não está infenso ao necessário redimensionamento que vem imposto por uma nova ordem constitucional, atendendo ao preceituado na Carta quanto ao Estado Democrático de Direito, mas, como destacado na sentença, e com a ampliada argumentação das contra-razões, pela necessária adequação social.

Por fim, entendo que à sociedade é reconhecida a prerrogativa de descriminalização do tipo penal configurado pelo legislador, desde que tal conduta não seja mais reconhecida por grande parte da população, como ilícita.

A eficácia da norma penal nestes casos mostra-se prejudicada em razão do anacronismo histórico, ou seja, a manutenção da penalização em nada contribui para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, e somente resulta num tratamento hipócrita diante da prostituição institucionalizada com rótulos como “acompanhante”, “massagista”, motéis etc, com tal conduta, já há muito, tolerada e publicizada, com grande sofisticação, e divulgada diariamente pelos meios de comunicação.

Ora, abstraindo a idéia de que o crime de casa de prostituição, entendido como descriminalizado por esta Câmara, lembra-se que, neste delito, a tutela do bem jurídico é a moralidade pública sexual, que se rende a outra realidade social, outro momento e outra estrutura moral, muito distante do pensamento da inspiração da gênese legislativa do tipo penal.

De seu turno, é da letra do Código Penal a norma punitiva:

Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiros, casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fins libidinosos, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente:

Pena – reclusão de 2 a 5 anos, e multa.

Pois bem.

Ao que se tem do caso concreto, os recorridos mantinham estabelecimento comercial do tipo “bar”, inclusive com mesa de snooker, no qual encontros sexuais eram acordados. Tal conduta enquadrar-se-ia no tipo penal denunciado, analisando-se somente o aspecto formal da tipicidade.

Contudo, em um exame valorativo/normativo, próprio da tipicidade material, tenho que a conduta descrita na peça inaugural acusatória, tal como ali narrada, não supera o óbice do princípio da aceitação social/irrelevância social do fato (tolerância).

Isso porque, diversamente dos tipos penais insertos nos arts. 228 (favorecimento da prostituição) e 230 (rufianismo), ambos do Código Penal, e no art. 244-A do ECA (submeter criança ou adolescente à prostituição ou à exploração sexual) – aos quais a sociedade expressa total repugnância –, a só conduta de manter estabelecimento comercial para encontros ou agendamento de encontros sexuais, a chamada “casa de prostituição”, é, se não totalmente aceita, certamente tolerada pela sociedade.

Há autores, como Luiz Regis Prado, que tentam uma interpretação restritiva da norma, a fim de diferenciar o local de encontros amorosos (libidinosos) de namorados, daqueles outros envolvendo profissionais do sexo.

Peço vênia ao nobre professor para dele divergir. Não vejo como reconhecer, em casos tais, a tipicidade penal da conduta tendo como base a relação interpessoal que envolve os amantes. Até porque, nos dias atuais, as relações sexuais são difíceis, senão impossíveis, de uma definição precisa, pré-estabelecida. Ademais, tanto namorados como profissionais do sexo se utilizam, por vezes, dos mesmos locais para a prática de suas “artes”.

O Professor de Direito Penal e Procurador de Justiça do Ministério Público mineiro Rogério Greco, em sua obra Curso de Direito Penal, ensina:

A existência de tipos penais como o do art. 229 somente traz descrédito e desmoralização para a Justiça Penal (Polícia, Ministério Público, Magistratura etc), pois que, embora sendo do conhecimento da população geral que essas atividades são contrárias à lei, ainda assim o seu exercício é levado a efeito com propagandas em jornais, revistas, outdoors, até mesmo em televisão, e nada se faz para tentar coibi-lo.

Nas poucas oportunidades em que se resolve investir contra os empresários da prostituição, em geral, percebe-se, por parte das autoridades responsáveis, atitudes de retaliação, vingança, enfim, o fundamento não é o cumprimento rígido da lei penal, mas algum outro motivo, muitas vezes escuso, que impulsiona as chamadas blitz em bordéis, casas de massagem e similares. Nessas poucas vezes que ocorre essa batidas policiais, também o que se procura, como regra, é a descoberta de menores que se prostituem, demonstrando, assim, que não é o local em si que está a merecer a repressão do Estado, mas sim o fato de ali se encontrarem pessoas que exigem a sua proteção. O Estado, no entanto, não está acostumado a abrir mão da força, deixando-a de reserva para “alguns momentos oportunos”. Entendemos que a revogação de alguns delitos que giram em torno da prostituição de pessoas maiores e capazes contribuiria para a diminuição da corrupção existente no Estado, pois que a licitude de determinados comportamentos hoje tidos como criminosos impediria solicitações ou, mesmo, exigências indevidas por parte de determinados funcionários públicos, que fazem “vista grossa” quando obtêm alguma vantagem indevida e, ao contrário, retaliam, quando seus interesses ilegais não são satisfeitos.

Acreditamos que o controle social informal, praticado pela própria sociedade, seria suficiente para efeitos de conscientização dos males causados pela prática de determinado comportamento que envolvem a prostituição, não havendo necessidade de sua repressão por parte do Direito Penal, que deve ser entendido como extrema ou ultima ratio. (in **Curso de Direito Penal**, Parte Especial, vol. III, 4ª edição, 2007, Ed. Impetus, pág. 581)]

Em linha muito próxima, Guilherme de Souza Nucci, assim se manifesta sobre o tema:

Quanto a persistência desse tipo penal, cremos dispensável. É preciso não fechar os olhos à realidade, pois a prostituição, queiram alguns setores da sociedade ou não, está presente e atuante, além de existirem vários locais apropriados para o seu desenvolvimento. Com o nome de motel, casa de massagem, bares ou cafés de encontros, saunas mistas, dentre outros, criaram-se subterfúgios variados para burlar a lei penal. Robora-se a permissividade diante do princípio da legalidade, pois os tribunais pátrios não vêm condenando os proprietários

desses estabelecimentos sob o pretexto de que não são lugares destinados, exclusivamente, à prostituição, vale dizer, não são casas de prostituição, mas motéis, bares, sauna ou casas de massagem que podem abrigar condutas configuradoras da prostituição. Não se critica a jurisprudência; ao contrário, deve-se censurar a lei, persistindo em impingir um comportamento moralmente elevado - ou eleito com tal - à coletividade através de sanções penais. Os que forem contrários aos locais de prostituição devem buscar sanar o que consideram um problema através de campanhas de esclarecimento ou educação moral, mas jamais se valendo do direito penal, que há muito tempo mostra-se ineficaz para combater esse comportamento. Por outro lado, já que a prostituição não é, penalmente, proibida, não há razão para o tipo penal do art. 229 subsistir. Se, porventura, o local destinado a encontros libidinosos provocar desrespeito a direito alheio – algazarra com perturbação do sossego, congestionamento no trânsito, exposição ofensiva ao pudor etc –, merece ser sanada a questão por outros mecanismos, abolindo-se a polícia de costumes, especialmente no estágio de liberdade atingido pela sociedade. (in **Código Penal Comentado**, 7. ed., Ed. RT, 2007, p. 853-854).

Filho-me, portanto, àqueles que entendem não haver crime quando a desaprovação da conduta e/ou do resultado é tolerada pela sociedade, tornando a figura materialmente atípica, como no caso do art. 229 do CP. (grifamos)

Acrescento, ainda, mais uma lição de Luiz Flávio Gomes² sobre a necessidade da atitude reparadora do magistrado que deve dar interpretação mais adequada a lei em face da realidade social:

À medida que essa criminalização do âmbito prévio se afasta do paradigma da necessária ofensividade do delito, já não conta com legitimidade ou já suscita graves problemas de legitimação, ao menos dentro do Direito penal da liberdade.

O legislador, portanto, dentro do Estado Constitucional e Democrático de Direito, no momento de criminalizar uma conduta, está submetido a uma série de barreiras infranqueáveis que não podem ser superadas. E quando não observa os limites constitucionais do *ius puniendi* dá ensejo ou a uma atividade de censura constitucional (declaração de inconstitucionalidade) ou a uma atividade interpretativa de correção de inconstitucionalidade) ou a uma atividade interpretativa de correção (que incumbe ao intérprete e ao aplicador da lei). Nisso reside a função crítica da teoria do bem jurídico, que é um instrumento extremamente valioso, porém desde que dele se retire suas máximas potencialidades.

[...]

Tudo significa uma profunda mudança de método do Direito penal, que já não se esgota na mera subsunção. Vivemos a era do triunfo da ponderação (método do Estado Constitucional e Democrático de Direito) sobre a subsunção (método do positivismo legalista). A consequência inevitável é a proeminência do juiz. Sempre que o legislador descuida da razoabilidade e do equilíbrio, é dever imperioso do juiz corrigir os excessos, as irreflexões, os desequilíbrios e os abusos. E não cabe dúvida que a ponderação é algo que pode fazer o juiz, particularmente quando disso não se encarregou o legislador.

[...]

Com o triunfo do novo método, do novo modo de se entender o Direito e, particularmente, o Direito penal (método da ponderação), não só a dogmática senão também o próprio processo aplicativo do Direito sofreu uma mudança radical: 'Longe de se entender como uma operação mecânica, passa a ser algo necessário e rigorosamente axiológico. Desde o

2 Norma e bem jurídico no direito penal. São Paulo: RT, 2002. p. 143-145.

momento em que ficou claro que há que operar diretamente com valores, a operação aplicativa é tudo, menos mecânica; isso restituiu aos juízes seu papel essencial de assegurar a efetividade da ordem jurídica como instrumento qualificado e imprescindível.

Preleciona Luís Roberto Barroso³:

De fato, a aferição da razoabilidade importa em juízo de mérito sobre os atos editados pelo Legislativo, o que interfere com o delineamento mais comumente aceito da discricionariedade do legislador. Ao examinar a compatibilidade entre meio e fim, e as nuances de necessidade-proporcionalidade da medida adotada, a atuação do Judiciário transcende a do mero controle objetivo da legalidade. E o conhecimento convencional, como se sabe, rejeita que o juiz se substitua ao administrador ou ao legislador para fazer sobrepor a sua própria valoração subjetiva de dada matéria. A verdade, contudo, é que, ao apreciar uma lei para verificar se ela é ou não arbitrária, o juiz ou o tribunal estará, inevitavelmente, declinando o seu próprio ponto de vista do que seja racional ou razoável.

Nesse prisma, o intervencionismo penal deve ser mínimo, mormente quando relativo a direito disponível, eis que as casas de prostituição são socialmente aceitas ou ao menos toleradas, indiferentes.

Ressalte-se, ainda, que o direito penal não pode criminalizar atos da liberdade individual sexual, cujo bem jurídico não tenha importância no seio social a ponto de receber sua proteção.

José Carlos de Oliveira Robaldo, como soe acontecer, pontua com clareza peculiar a questão do objeto do direito penal:

A Política Criminal, como estratégia de controle social, por meio das chamadas ‘proposições político-criminais’ ou decisões valorativas político-criminais”, a partir de dados científicos levantados e constatados pela Criminologia, associados ao quadro valorativo constitucional, é que dá a formatação final à Dogmática Penal como produto final, isto é, como e para que fazer, com menor custo social possível. É com este sentido que se afirma que a Política Criminal – tanto como de lege lata, como de lege ferenda – é a ponte/elo de ligação axiológica entre a Criminologia e a Dogmática Penal. É precisamente a partir dessa perspectiva e preocupada, sobretudo, com o resultado teórico-prático dessa dialética que a jurista portuguesa ANABELA MIRANDA RODRIGUES chama a atenção para o fato de que ‘um sistema de direito penal fundado nos valores políticos- criminais visa a uma construção dogmática vizinha da realidade’, em face, sobretudo, da ‘estreita ligação entre normas jurídicas e realidade social, que o sistema penal não pode prescindir, sob pena da sua imprestabilidade.

Na perspectiva de um Direito Penal moderno, em especial no viés funcionalista-teleológico-racional, de perfil social e democrático, isto é, material, impõe-se que a sua formatação esteja voltada, concomitantemente, para: a) a proteção subsidiária de bens jurídicos essenciais; b) as finalidades preventivas das penas; c) o respeito aos direitos e garantias individuais. Enfim, um Direito Penal, a partir da perspectiva do princípio da dignidade da pessoa humana, a um só tempo, eficiente, e garantista. Essas são, pois, propostas político-criminais aptas a justificar o controle social pela via da norma penal.

Não obstante a importância da Política Criminal na construção, na limitação da punibilidade e na interpretação valorativa da norma jurídico-penal, não é da sua competência normatizar este ou aquele fato, esta ou aquela conduta. Seu papel é outro. Sua função – analisando preliminar e valorativamente a Criminologia, e tendo como parâmetro o Ordenamento Jurídico Constitucional – é a de filtragem axiológica. É ela que dá – a partir da Lei Fundamental – por

3 Interpretação e Aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva. p. 221

meio das ‘proposições político-criminais’, o tom valorativo final à Dogmática Penal, a depuração valorativa, o ‘tempero axiológico’ na busca de soluções justas, necessárias, adequadas e úteis para o caso concreto com dignidade penal e o menor custo social possível.

A Política Criminal, na verdade, é quem dá legitimação axiológica ao controle social pela via penal, uma vez que, segundo JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, essa intervenção:

‘não pode hoje ser vista como advinda de qualquer ordem transcendente e absoluta de valores, mas unicamente de critérios funcionais de ‘necessidade’ (e de consequente ‘utilidade’) social. Daí também a conclusão de que a pena não mais possa se fundar em exigências de retribuição ou expiação da culpabilidade, mas apenas em propósitos de prevenção (nomeadamente de ‘integração positiva’) geral e especial. Isso, por sua vez, conduz a uma direta ligação desta via de legitimação à questão da função do direito penal, que agora não pode ser vista na defesa, promoção ou realização de uma qualquer ordem moral, mas sim na tutela da ordem legal dos bens jurídicos, necessariamente referida à ordem axiológica constitucional’, como destaca, como singular sabedoria, o mesmo doutrinador.

Portanto, em face dessas considerações, e sem qualquer exagero, é perfeitamente possível afirmar que é a Política Criminal, a partir da contribuição da Criminologia e dos valores elencados na Constituição, que dá vida e alma para o Direito Penal.

Oportuno lembrar que é assente na doutrina de perfil funcional-teleológico que as denominadas ‘proposições político-criminais’ não se ser, também elas, procuradas dentro do quadro de valores integrantes do consenso comunitário e mediados ou ‘positivados’ pela Constituição democrática do Estado, o que obstaculiza ou inibe o subjetivismo tanto do legislador quanto do intérprete. (In **Controle difuso de Constitucionalidade da Norma Penal**: reflexões valorativas, São Paulo: Premier Máxima, 2008, p.50-53).

O que deve ser altamente reprovado e merecedor de sanção penal é a traficância de mulheres, o mercado de escravos do sexo, todas essas condutas que infringem diretamente a dignidade da pessoa humana, limitam a liberdade da mulher ou profissional do sexo.

Admitir que o crime do art. 229 do Código Penal está vigente e em consonância com a sociedade hodierna é o mesmo que fechar os olhos para outros locais como motéis, casas de massagem, casas de *relax*, casas de banho e sauna, *drive-in*, e porque não falar de hotéis também, além de demonstrar a hipocrisia social que criminaliza – ou mantém criminalizadas – condutas de discutível interesse, sem necessidade de tutela penal.

Por esta razão, o artigo 229 do Código Penal ganhou nova redação com a edição da Lei n. 12.015, de 7.8.2009, restringindo a sua aplicação a uma finalidade específica, quer seja a exploração sexual (que *in casu* não houve), *verbis*:

Manter, por conta própria ou de terceiro, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente.

O professor mineiro Túlio Lima Viana, nas “Primeiras impressões sobre a nova lei de crimes sexuais” afirma:

5. O legislador insiste na criminalização da casa de prostituição (art. 229) na contramão da regulamentação da profissão da prostituta e das casas onde o serviço é prestado. Trata-se de uma criminalização baseada exclusivamente em falsos moralismos. Criminalizar a casa de prostituição não vai acabar com este negócio que teve, tem e terá sempre um público

consumidor interessado nestes serviços sexuais. A legalização das casas de prostituição permitiria um tratamento muito mais digno à prostituta que poderia ter todos os benefícios de uma carteira de trabalho assinada, incluindo a possibilidade de aposentar-se, bem como exames médicos periódicos a serem exigidos por lei. Por outro lado, o combate à prostituição infantil tornar-se-ia mais fácil, pois o joio seria separado do trigo: estabelecimentos com alvará e legalizados ofereceriam serviços de prostituição prestados por homens e mulheres maiores e a prostituição infantil seria relegada a estabelecimentos à margem da lei. O próprio usuário destes serviços já teria de antemão a possibilidade de optar entre o lícito e o ilícito, o que facilitaria em muito o combate à prostituição infantil e aos que se beneficiam dela. (disponível em <http://tuliovianna.wordpress.com/2009/08/10/primeiras-impressoes-sobre-a-nova-lei-de-crimes-sexuais/>)

Com efeito, apesar de desnecessário, a nova redação do tipo penal em exame passa a delimitar o que se pretende tutelar, afastando de consequência, os diversos estabelecimentos de lazer, pois onde há consentimento válido e o bem jurídico disponível, o direito penal não deve tomar parte.

Isso posto, **dou provimento** ao recurso defensivo para absolver Carlos Rodrigues Macedo da conduta disposta no art. 244-A da Lei n. 8.069/90, por absoluta insuficiência de provas (art. 386, VII, do CPP).

Do recurso ministerial:

Deve ser improvido.

Da mesma forma, se não houve submissão e tampouco prostituição das menores, não há falar em condenação da apelada Solange pelo disposto no art. 244-A, do ECA.

Por sua vez, deve ser mantida a absolvição de ambos os apelados no que tange ao delito disposto no art. 243, do mesmo estatuto (*Vender, fornecer ainda que gratuitamente, ministrar ou entregar, de qualquer forma a criança ou adolescente, sem justa causa, produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida*), eis que inexistem provas cabais de que foram eles que forneceram e entregaram bebida alcoólica às adolescentes.

Consoante bem salientou o magistrado *a quo*:

[...] Apesar de ter sido a bebida fornecida no estabelecimento do acusado, o tipo penal em questão tem por sujeito ativo a pessoa que efetivou, por suas próprias mãos, a entrega do produto.

Além do mais há que se considerar que as adolescentes estavam sentadas na mesa com um cliente do bar – fato este confirmado por todas as testemunhas – de forma que ele mesmo possa ter dado a bebida a elas.

Além disso, havia ainda uma funcionária trabalhando no estabelecimento naquela noite, conforme consta do interrogatório do réu, de forma que ela também possa ter sido a responsável pelo fornecimento da bebida.

Desta feita, não há nos autos qualquer prova direta e contundente com relação à autoria da entrega da garrafa de cerveja.

Assim, reputam-se insuficientes as provas contidas nos autos para autorizar sentença condenatória em desfavor dos acusados, devendo ser aplicado *in casu* o princípio do **favor rei** e a dúvida ser revertida em benefício dos réus [...]

Não há falar, portanto, em agasalhamento da pretensão ministerial, razão pela qual nego provimento ao recurso.

Dispositivo:

Dou provimento ao recurso defensivo, a fim de absolver Carlos Rodrigues Macedo das acusações que lhe pesam.

Nego provimento ao recurso ministerial.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO MINISTERIAL, UNÂNIME E CONTRA O PARECER. DERAM PROVIMENTO AO RECURSO DEFENSIVO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, UNÂNIME E CONTRA O PARECER.

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 e o Juiz Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 14 de setembro de 2009.

REVISTA
TRIMESTRAL DE
JURISPRUDÊNCIA

TJMS

NOTICIÁRIO



DISCURSO DE SAUDAÇÃO, PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR HILDEBRANDO COELHO NETO, NA POSSE DO NOVO DESEMBARGADOR

Aos nove dias do mês de setembro do ano de dois mil e nove

Por designação da Egrégia Presidência desta Corte, coube-me a incumbência de saudar, em nome do Tribunal de Justiça, o Desembargador Dorival Moreira dos Santos, o que é para mim motivo de honra e alegria. Desembargador Dorival Moreira dos Santos, esta Corte de Justiça engalana-se hoje para, de braços abertos, recebê-lo como um de seus integrantes e exulta-se de contentamento pela sua chegada, considerando a sua trajetória de magistrado sério e digno, posto que, há mais de 27 anos, vêm se dedicando à causa de Justiça, com independência, destemor, imparcialidade, dedicação e honradez.

Aqui, não vige o privilégio detentor do Poder Central indicar seus escolhidos para as instâncias superiores. Vossa Excelência aqui adentra de forma altaneira e sua toga é alva como a aurora, porque jamais foi salpicada por qualquer espécie de nódoa moral. Sua vitória é fruto de seus próprios méritos, posto que sua ascensão se deu pela escadaria de suas virtudes. A sua firmeza é de caráter, aliada a sua simplicidade, já apontava que sua trajetória o conduziria a píncaros, confirmando o provérbio persa que diz: “Se desejar atingir o ponto mais alto, comece pelo mais baixo”. Ou então, no dizer do poeta Manoel de Barros: “É no ínfimo que eu vejo a exuberância.” Aos 13 anos de idade, aproximadamente, foi admitido como auxiliar de Cartório e, de degrau em degrau, exerceu as funções de datilógrafo, escrevente, escrivão nas áreas cível e criminal, atuando, ainda nas atribuições cumuladas de tabelionatos de notas e protestos, registros de imóveis, títulos e documentos e registros de pessoas jurídicas.

Com 22 anos, assumiu a titularidade de um cartório judicial, com anexos de tabelionatos de notas, protestos, títulos e documentos e registros de pessoas jurídicas, sendo considerado, à época, o mais jovem titular de cartório do Estado de São Paulo.

Aprovado no 1º Concurso para Juiz Substituto do Estado de Mato Grosso do Sul. Sua posse ocorreu em 25/05/82 e, na mesma data, assumiu suas funções do cargo. Em 02/09/82, foi promovido ao cargo de Juiz de Direito da comarca de Pedro Gomes, onde permaneceu até 30/04/85, quando foi promovido ao cargo de Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da comarca de Corumbá e, em 25/11/87, obteve remoção para a 2ª Vara Cível da comarca de Dourados, onde exerceu o cargo de Diretor do Foro em três oportunidades. Foi Juiz Eleitoral da 43ª Zona.

Presidiu várias eleições e, na maioria delas, com o encargo de responder pela fiscalização da propaganda eleitoral. Por designação do Tribunal Regional Eleitoral, presidiu, ainda, eleições em Caarapó e Fátima do Sul.

Com a elevação da comarca de Dourados para entrância especial, foi promovido, em 07/03/89, para a vara em que julgava, ali atuando até 30/09/2002, data em que ocorreu sua remoção para o 5º Cargo de Juiz de Direito Auxiliar da Capital. No biênio 2003/2004, foi Juiz Auxiliar da Corregedoria-Geral de Justiça a convite do Des. Atapoã da Costa Feliz. Em 19/11/04, removeu-se para a Vara de Direito Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da comarca de Campo Grande. No biênio de 2005 a 2007 integrou o Tribunal Regional Eleitoral, como membro efetivo, na classe de Juizes de Direito. Exerce, atualmente, o mandato de Presidente da Associação dos Magistrados de Mato Grosso do Sul – AMAMSUL.

O ápice da carreira deu-se, em 27 de maio do corrente ano, quando foi escolhido, por unanimidade, pelo Egrégio Tribunal Pleno, para ocupar uma das vagas criadas para desembargador, por força de Lei 3.658, de 30/04/2009, o que se concretiza aqui e agora, com a sua posse, na presença de todos os seus admiradores, parentes, amigos e convidados.

Pergunta-se: Por que o ilustre nomeado não tomou posse no trintídio legal? Justifica-se. Travava ele uma batalha silenciosa. Lutava pela inviolabilidade do direito à vida. Batia-se pela prevalência da Lei de Conservação para que não se aplicasse a Lei da Destruição. A morte, se a hora tivesse chegado, ele a enfrentaria, sem temor, porque confia que o espírito nunca morre, sendo a morte uma simples transformação. O combate pela vida, enfrentado pelo ora empossado, faz lembrar a canção do Tamoio, de Gonçalves Dias: “Não chores meu filho; Não chores que a vida é luta renhida: Viver é lutar. A vida é combate, Que os fracos abate, Que os fortes, os bravos, só pode exaltar.” A senhora Ivone e as filhas Adriana e Andréa, em prece, rogavam a Deus para a recuperação da saúde do esposo e pai, que se debatia em um hercúleo esforço para a recuperação da saúde. A magistratura estadual, uníssona, vibrava em sintonia com elas para o seu pronto restabelecimento. A luta do juiz é silenciosa. A família é a testemunha viva da batalha diária travada pelo juiz, em seu gabinete, que é uma verdadeira UTI das dores do seu humano.

As pessoas que batem às portas do Judiciário querem, de imediato, a solução de seus pedidos, considerando que se valem do processo como último remédio para a cura dos males que padecem. O Des. Moreira dos Santos é um juiz corajoso, porque buscou sempre, depois de analisados os fatos e alicerçado no sentimento de justiça, encontrar a solução justa, sem temor de desagradar os poderosos.

É um homem sensível às dores do ser humano e que não vacila em proferir seus veredictos. E, por falar em sensibilidade, abre-se um parêntese para que se dê uma ligeira amostra da dedicação que o Des. Dorival tem pela família. Em 1982, não havia mais que 60 juizes de direito no Estado. Os serviços de energia elétrica, água e telefone eram precários. A amizade e o companheirismo, talvez por força de tais dificuldades, reinavam, com mais intensidade, no seio da magistratura.

Lembro-me que, tão logo o colega Dorival mudou-se com a família para Pedro Gomes, fomos, minha mulher e filhos, visitá-los, sem aviso prévio. Era uma manhã de domingo. A recepção foi calorosa. Passamos um dia divertido, conversando sobre os mais variados assuntos, inclusive sobre processo, o que não é de bom alvitre fazer, nas horas de lazer. O Dr. Dorival ora ia com sua família a Rio Verde, ora aparecíamos em Pedro Gomes. Bons tempos aqueles! Posteriormente, com os filhos mais crescidos, nos reencontramos em Dourados e ali a amizade criou mais raízes. Não me reprove pelo que vou contar, amigo Dorival, por saber, dada a sua simplicidade, que não gosta que se alardeiem suas virtudes. Pelo menos fica como recordação. Quando a velhice se aproxima, parece que fatalmente temos medo da inércia e de tornarmo-nos inúteis e aí vem a compensação como o relembrar fatos passados. Começo a divagar.

O caso é o seguinte: certa feita, como ocorria costumeiramente, em visita, tive a oportunidade de observar o amigo dedilhando um bandolim, daqueles bonitos, as notas tremulavam com harmonia, envolvendo o ambiente. A sua sogra, Dona Elisa, se encantava com a música e observei que ele tinha uma verdadeira piedade filial para com ela. Arrancava melodias de seu bandolim. Só uma pessoa sensível é capaz de tamanha gratidão. Notei que a Dona Ivone ficava em si de contentamento com o respeito que o genro tinha pela sogra, tratava-a como se fosse sua própria mãe. Fechado o parêntese, retorna-se à tarefa.

O juiz não pode ter medo de julgar. Deve honrar o compromisso de fazer justiça, que é o seu dever. Tem que ter coragem de proferir seus julgamentos, porque, como diz o provérbio, “sem coragem não há honra”. Juiz corajoso é aquele que julga de acordo com a prova dos autos e o seu livre convencimento, sem distanciar-se do fim social da norma.

O amigo e colega Moreira dos Santos, no desempenho da árdua tarefa de julgar, deu provas de sua coragem moral. Sensível às dores do ser humano, não vacila em encontrar a justa solução, sem medo de desagradar os detentores do poder, é o que se observou no enfrentamento de inúmeras ações de improbidade administrativa por ele julgadas. Vossa Excelência é “O juiz, ao interpretar a lei, não pode tomar liberdades inadmissíveis com ela, mas não deve igualmente ficar surdo às exigências do real e da Vida.

O direito é essencialmente uma coisa viva. Ele se destina a reger homens, isto é, seres que se movem, pensam, agem, mudam, se modificam. O fim da lei não deve ser imobilizar a vida ou cristalizá-la, mas ficar em estreito contato com ela, segui-la em sua evolução e adaptar-se-lhe. Daí resulta que o direito tem um fim social a preencher, e o juiz deve dele participar, interpretando as leis não apenas segundo seu texto e suas palavras, mas segundo as necessidades sociais que elas se destinam a reger, e segundo as exigências da justiça e da equidade que constituem seu fim. Em outras palavras, a interpretação das leis não deve ser “formal”. Ela deve ser, antes de tudo, “real”, humana, socialmente útil”. Outro ponto que se põe em evidência é que Vossa Excelência sabe que as decisões sérias e justas funcionam como fator de transformação social.

É mais uma prova de que o vate romano estava certo, quando proclamou: “Tempora mutantur et nos mutamur in illis.” (Os tempos mudam-se e nós mudamos neles). E, valendo-se dos versos do compositor Gabriel o Pensador que, antevendo o futuro, com previsão, vaticinou: “Muda, que quando a gente muda o mundo muda com a gente. A gente muda o mundo na mudança da mente. E quando a gente muda a gente anda pra a frente. E quando a gente manda ninguém manda na gente. Na mudança de atitude não há mal que não se mude nem doença se cura. Na mudança de postura a gente fica mais seguro. Na mudança do presente a gente molda o futuro.” (Excerto encontrado em uma sentença, em que se omite de propósito o nome de seu prolator). Colega Desembargador, Dorival Moreira dos Santos, os seus méritos tramaram para que se criasse uma vaga de desembargador, neste Areópago, destinada especificamente para Vossa Excelência. Assuma-a e que a Inteligência Suprema do Universo o abençoe, dando-lhe forças e saúde para que continue na tarefa de saciar a fome e sede daqueles que buscam a Justiça. São os votos desta Corte.

DISCURSO DE POSSE DO DR. DORIVAL MOREIRA DOS SANTOS NO CARGO DE DESEMBARGADOR

Aos nove dias do mês de setembro do ano de dois mil e nove

Cumprimento as autoridades componentes da mesa na pessoa do Presidente do Tribunal, Desembargador Elpídio Helvécio Chaves Martins. Senhores Desembargadores. Demais autoridades presentes. Senhores Advogados. Defensores Públicos. Membros do Ministério Público Estadual e Federal. Juízes Colegas Estadual e Federal. Servidores do Poder Judiciário Federal, Estadual, e da Justiça Eleitoral. Senhoras e Senhores.

Agradeço aos oradores que me antecederam pelas gentis palavras a mim direcionadas.

Farei uma reverência quanto ao compromisso solene que acabei de ratificar, mais uma vez, ao “PROMETER DESEMPENHAR LEAL E HONRADAMENTE AS FUNÇÕES DO MEU CARGO, CUMPRINDO E FAZENDO CUMPRIR A CONSTITUIÇÃO E AS LEIS”. Posso afirmar com segurança que Deus é muito bom comigo. Na vara de direitos difusos onde permaneci como juiz titular 4 anos e meio, tive a oportunidade de decidir matérias em vários campos no interesse da coletividade, tanto relativo ao meio ambiente, minorias, consumidor na área de direitos individuais homogêneos, ações coletivas, mandados de segurança coletivos, ações populares e de improbidade administrativa. Esse leque é mais que suficiente para demonstrar a extensão do campo abrangido pela competência da vara referida. O que mais me deixou feliz e realizado foi a possibilidade de atuar numa vara específica do direito do século XXI, isto é, direito das massas.

Disse, momentos atrás que Deus foi e é muito bom comigo, isso porque a mim me foi conferida a honra de ser o primeiro juiz do Estado de Mato Grosso do sul titular de uma vara da importância da que acabo de deixar para ascender a um cargo de desembargador deste sodalício. Ali, sedimentei o entendimento de que a judicatura deve ser exercida sob uma visão mais ampla do que se imagina. Não há mais lugar para aplicação do chamado positivismo jurídico formal, qual seja, aplicação das regras, pura e simplesmente, na forma estrita em que foram e são editadas. Convenci-me de que não é o melhor caminho de se fazer justiça. Outros meios não de ser sopesados para que remanesça o chamado direito justo. No direito formal as partes são tratadas como se tivessem rigorosamente direitos iguais.

Pensamento, ou visão próprios do direito privado. Obviamente que a corrente que adota esse entendimento, isto é, “dura lex sed lex”, com devido respeito, no campo do direito coletivo, incorrerá em autêntica negação de justiça. É de se lamentar, mas esta é a mais cristalina realidade. Para que seja feita a justiça no campo de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, indispensável que os julgadores tenham, no mínimo educação básica de filosofia, sociologia, direito financeiro, antropologia e, até, de matérias consideradas não jurídicas, como economia, psicologia, além de outras. É uma área que reclama dedicação total do julgador. Estudo permanente. Reflexão contínua. E tudo isso está incluído no compromisso solene ora firmado.

Sabemos que o homem é falível. Está sujeito a cometer erros. Isso sempre existiu e existirá até o fim dos tempos. O que não se pode conceber é o erro consciente, proposital. Esse deve ser repugnado. Na história da humanidade temos vários exemplos de injustiças cometidas com figuras que somente propagavam o bem. Cito dois exemplos, dentre tantos.

O primeiro é o do filósofo ateniense Sócrates. Foi condenado por um órgão colegiado composto por 30 pessoas, dentre as quais um de seus discípulos e seguidores. Todavia, o que comumente acontece, o poder subiu-lhe à cabeça e ele não titubeou em condenar o filósofo à morte, sob o pretexto de que estaria desvirtuando

os jovens daquele tempo. Acusação essa que nem tinha respaldo legal no ordenamento jurídico então vigente. Porém, Sócrates, pessoa simples, extremamente correta, cumpridora de seus deveres, que tinha participado como soldado em três guerras defendendo a sua pátria, filho de parteira, de origem humilde, rechaçou todas as sugestões de fuga e de admitir a responsabilidade por essa acusação atípica já referida. Cumpriu a determinação no dia e hora previamente estabelecidos. Tomou veneno e a consequência natural foi a sua morte.

O outro é bíblico. Trata-se do julgamento e condenação de Jesus Cristo. Nesse caso ficou patenteada a mediocridade do responsável pelo julgamento. Poncius Pilatos. Não encontrou nenhuma previsão legal para processar e julgar Jesus. Falou isso publicamente. No entanto, repassou para o povo a responsabilidade pelo julgamento. As pessoas do povo insufladas pelos sacerdotes da época, que exerciam as funções de orientadores espirituais e de aplicadores das leis ali regentes, sacerdotes esses que temiam perder as regalias que lhes eram concedidas e o poder, optaram pela crucificação de Jesus, mesmo tendo a opção para a escolha de ladrões e assassinos ali expostos, em praça pública.

Em ambos os casos, ficaram evidenciadas as preocupações, em épocas diferentes, da perda do poder por parte dos mandantes. Isso porque cada um dos condenados, a cada dia, angariava mais seguidores de suas idéias e pregações.

No caso de Jesus Cristo, para mim, ficou bem realçada a fragilidade do julgador. Mesmo não vendo nenhum motivo para a condenação, Pilatos não assumiu essa responsabilidade. Preferiu que o povo escolhesse quem deveria ser crucificado. Não agiu como um autêntico magistrado.

Os tempos passaram. Sócrates viveu cinco séculos antes de Cristo. Cristo há mais de dois mil anos. E até hoje continuamos a falar em injustiça. Os métodos são outros, mas ela resiste aos tempos. Para Sócrates, a virtude é a ciência do bem; o vício produto da ignorância.

Quem realmente conhece o bem não pode deixar de praticá-lo, pois todo homem busca a felicidade e esta é inseparável do bem. Quem pratica o mal ignora o que seja o bem, pois ninguém prefere o infortúnio à sua felicidade. Já, para Jesus, quem pratica o bem ganha o reino dos céus, ao lado de Deus Pai. Ainda sobre Sócrates, dizia ele que um bom juiz deve escutar com cortesia, responder com sapiência, estudar com afinho e dividir com imparcialidade, qualidades essas que refletem as virtudes humanas: paciência, coragem, integridade, tato, humildade, espírito de decisão e o bom senso. Segundo ele, esse conjunto de qualidades pode ser resumido por uma simples palavra – sabedoria.

Todo ser humano é produto de sua experiência social, de sua educação, e de seus contatos com aqueles que dividem o seu mundo. Para mim, é neste contexto que o juiz deve agir, buscando, no interesse geral, os superiores ideais da vida coletiva, sua identidade ética vinculada à responsabilidade, ante o convívio social.

Pesa sobre o Poder Judiciário a grande responsabilidade de contribuir na redução das diferenças sociais, que em nosso país é brutal. Não podemos nos esquecer que comida, moradia, saúde, educação e empregos existem para alguns não para todos. Os direitos de liberdade de ir e vir, de associação e de credo são desfrutados apenas por algumas pessoas. A pobreza extrema é um fato real.

Segundo José Renato Nalini, desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, mestre e doutor em direito constitucional pela USP, presidente da Academia Paulista de Letras, professor de ética no curso de direito da FAAP e ética e filosofia do direito no Centro Universitário UNIANCHIETA “a pobreza extrema é a característica desta era. Enquanto 2,8 bilhões de pessoas vivem com menos dois dólares por dia, 1,2 bilhões vive com 1 dólar diário. Sob o poder de apenas 358 bilionários encontra-se a mesma riqueza pela qual se digladiam para sobreviver os 45% mais pobres da população mundial. Menos de 400 pessoas possuem o dinheiro que a metade dos habitantes da terra não conseguiram amearhar. Ainda sob as luzes do conhecimento

desse fantástico jusfilósofo, “enquanto no Brasil a Constituição assegura assistência gratuita a saúde de todos, quase 50 milhões de brasileiros são obrigados a recorrer a planos de saúde privados. Doze milhões de crianças morrem anualmente de doenças curáveis e mais de duzentos milhões do mesmo grupo etário são mal nutridos.” Para esse professor: “injustiça é também a corrupção.

A podridão moral que sacrifica os interesses limpos para proteger os contaminados é mácula com o qual não se pode conviver. Presente em todas as esferas, a intensidade do injusto mostra a tragédia que a corrupção representa em países emergentes, nos quais as carências são profundas e crescentes e os recursos materiais, cronicamente insuficientes. Quem não hesita em se aproveitar disso para enriquecimento pessoal, para desvio de verbas, para tráfico de influencia, em desfavor dos menos abonados, é uma pessoa injusta ao último grau, se a falta de escrúpulos possa ser mensurável. Só que ao sair do campo da macroinjustiça – não se cultivem ilusões – há muita micro-injustiça no mundo dos homens. Existe a injustiça doméstica. Esta se exprime de múltiplas formas. Está na sobrevivência de velhos esquemas de dominação. No desrespeito e na humilhação. Na injustiça do desamor, da indiferença, do desprezo e da falta de consideração. Na injustiça no trabalho: falta de reconhecimento e de estímulo, a crítica destrutiva; a imposição de regras desumanas; o salário vil, preferível à humilhação maior das filas de desempregados. Exteriorizações manifesta de injustiça estão em todos os setores, infelizmente até no equipamento estatal que se auto intitula “justiça”. Quantas vezes, em nome da justiça formal, não se consagra a mais rematada injustiça material? Em todos os espaços existe injustiça. Por isso é que existe enorme necessidade social da prática da justiça – necessidade social e necessidade individual.

O homem justo, conceito em desprestígio na sociedade em levar vantagem em tudo, é um animal em extinção? Felizmente ainda não. Muitas pessoas preferem a contramão da História e perseguem os valores da justiça e da retidão. Nem sempre a sociedade consumista os assimila, mas é fato de que eles ainda existem. “Ainda, para o referido professor, o Brasil é típica expressão dessa realidade. Nele convivem ilhas pré-medievais, medievais, pré-modernas, modernas, contemporâneas e futuristas. E isso precisa acabar. Para o filósofo inglês Thomas Hobbes, que viveu entre 1588 e 1679, “o homem é o lobo do homem”. Segundo esse filósofo “lê-te a ti mesmo (...) Quem quer que olhe para dentro de si mesmo e examine o que faz quando pensa, opina, raciocina, espera, receia etc... e por que motivos o faz, poderá por esse meio ler e conhecer quais são os pensamentos e paixões de todos os outros homens, em circunstâncias idênticas”.

Pouco se fala a respeito, mas o “poder moderador”, previsto na Carta Constitucional outorgada pelo Imperador Pedro I, no ano de 1824, primeira constituição deste país, que era exercido na pessoa única do Imperador; portanto, não há como negar, politicamente, foi repassado ao judiciário. Agora, até no campo do direito privado, com a vigência do Código Civil de 2002, ao estipular que o fim social do contrato e da propriedade e a boa-fé objetiva ficam submetidos a análise e ao reconhecimento por parte do juiz de direito; é uma forma de aplicação do poder moderador já referido. E é com visão em todo esse universo que sempre atuamos no exercício da judicatura, mantendo vivo diuturnamente, o compromisso de desempenhar leal e honradamente o meu cargo cumprindo e fazendo cumprir a Constituição e as leis.

Para tanto, invocamos nesse momento, alguns princípios e normas constitucionais que empregamos com frequência nos casos por nós decididos, principalmente, nesses quatro anos e meio em que tivemos sob o nosso comando a vara de direitos difusos, ou seja: “(...) Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias (...)” cidadania e a dignidade da pessoa humana; “construir uma sociedade livre, justa e solidária; de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais; de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Prevalência dos direitos humanos. “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade(...)”,

“a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. “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 (...)”.

Aliás, é oportuno registrar que o grande jurista brasileiro Ives Gandra da Silva Martins considera o princípio da moralidade administrativa essencial. O mais relevante, aquele que se destaca de forma absoluta. Que torna a administração confiável perante a sociedade e que faz do administrador público um ser diferenciado. “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Muito se fala sobre a razoável duração do processo, celeridade e efetividade da prestação jurisdicional, mas, com pouca transparência. Mais discurso, menos resultado prático. Aproveito, entretanto, esta oportunidade, única, para fazer uma espécie de prestação de contas, mesmo que suscinta, no trabalho realizado na vara de direitos difusos: Desde março de 2005 até 22 de maio próximo passado, data em que fui acometido de grave problema de saúde, sendo forçado a me afastar para tratamento urgente, 83.17% de todas as ações populares distribuídas e redistribuídas foram sentenciadas; 93.75% das ações cautelares decididas; 76.23% das ações civis públicas sentenciadas; 83.33% das ações de improbidade administrativas sentenciadas e 100% dos mandados de segurança coletivos sentenciados.

Esse é um balanço que tenho a honra e a satisfação de apresentar para a população campograndense e de Mato Grosso do Sul sobre a nossa atuação como juiz titular da vara de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Poucos feitos restam em andamento nessa vara.

Passo aos agradecimentos. Inicialmente eu gostaria de agradecer a todas as pessoas que de uma forma ou de outra, mesmo antes do meu ingresso na magistratura sul-mato-grossense, sempre me incentivaram para que eu atingisse o meu objetivo, o que de fato acabou acontecendo, e que nos momentos difíceis sempre deram o seu apoio para que fossem eles superados.

Não nominarei ninguém porque o risco de deixar de citar alguém seria quase certo. Aí eu estaria cometendo verdadeira injustiça. É uma legião de pessoas. Agradecimento esse que faço através de minha esposa Ivone e minhas filhas Adriana e Andrea, que sempre estiveram ao meu lado em todos os momentos de alegria, tristeza, na saúde e na doença.

Faço um registro especial de agradecimento público aos que me auxiliaram na condução da vara de direitos difusos. Equipe que vestiu a camisa literalmente, sob o comando da escritã Débora Ventura, grande companheira desde a época em que passei pela Corregedoria Geral de Justiça como juiz auxiliar.

Muito Obrigado a todos e por aqui encerro o meu pronunciamento.

REVISTA
TRIMESTRAL DE
JURISPRUDÊNCIA

TJMS

ÍNDICE ONOMÁSTICO



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Atapoã da Costa Feliz

Apelação Cível n. 2009.011321-8.....	25
Apelação Cível n. 2009.012188-2.....	29
Apelação Cível n. 2009.015527-8.....	33

Divoncir Schreiner Maran

Agravo Regimental em Apelação Cível n. 2007.008076-0/0001-00.....	36
Agravo Regimental em Apelação Cível n. 2007.022010-8/0001-00.....	42
Agravo Regimental em Apelação Cível n. 2007.035348-3/0001-00.....	47

Dorival Renato Pavan

Agravo n. 2009.010715-0	53
Agravo n. 2009.015236-8	58
Apelação Cível n. 2009.017928-5.....	67

Fernando Mauro Moreira Marinho

Apelação Cível n. 2008.008389-5.....	74
Apelação Cível n. 2009.011185-0.....	79
Apelação Cível n. 2009.021448-6.....	90

Hildebrando Coelho Neto

Apelação Cível n. 2007.035419-3.....	096
Mandado de Segurança n. 2008.000052-3	103
Mandado de Segurança n. 2008.027329-8	115

Ildeu de Souza Campos

Apelação Cível n. 2008.016663-2.....	120
Apelação Cível n. 2008.023000-9.....	125
Apelação Cível n. 2009.008031-1	140

João Maria Lós

Apelação Cível n. 2004.013674-7	145
Apelação Cível n. 2005.018533-4	149
Apelação Cível n. 2007.028544-1	153

Joenildo de Sousa Chaves

Apelação Cível n. 2007.015510-0	159
Apelação Cível n. 2008.019221-1	166
Apelação Cível n. 2008.023481-8	171

Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Apelação Cível n. 2008.038114-8	179
Agravo n. 2009.013209-8	184
Apelação Cível n. 2009.016659-4	187

Julizar Barbosa Trindade

Apelação Cível n. 2007.027271-2	191
Agravo Regimental em Agravo n. 2009.012732-7/0001-00	200
Agravo Regimental em Apelação Cível n. 2009.013026-9/0001-00	204

Luiz Carlos Santini

Agravo n. 2009.000394-8	207
Mandado de Segurança n. 2009.013183-8	212
Apelação Cível n. 2009.020115-9	215

Luiz Tadeu Barbosa Silva

Apelação Cível n. 2007.014010-9	218
Apelação Cível n. 2007.023342-8	225
Agravo Regimental em Agravo n. 2009.012025-1/0001-00	232

Oswaldo Rodrigues de Melo

Apelação Cível n. 2008.032301-2	235
Apelação Cível n. 2008.032368-9	244
Agravo n. 2009.014483-5	252

Paschoal Carmello Leandro

Apelação Cível n. 2007.033516-2	258
Apelação Cível n. 2007.036309-9	264
Apelação Cível n. 2009.002014-0	269

Rêmolo Letteriello

Apelação Cível n. 2009.006640-7	273
Apelação Cível n. 2009.013711-5	276
Apelação Cível n. 2009.022400-9	279

Rubens Bergonzi Bossay

Apelação Cível n. 2009.006196-4	283
Apelação Cível n. 2009.010156-7	287
Apelação Cível n. 2009.018259-8	294

Sérgio Fernandes Martins

Apelação Cível n. 2005.012178-7	299
Agravo n. 2009.003914-9	302
Pedido de Intervenção Estadual em Município n. 2009.007576-7	307

Sideni Soncini Pimentel

Apelação Cível n. 2009.007040-6	311
Apelação Cível n. 2009.008439-5	316
Apelação Cível n. 2009.008554-8	319

Tânia Garcia de Freitas Borges

Apelação Cível n. 2007.009582-8	323
Mandado de Segurança n. 2009.009963-3	332
Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 2009.015821-2/0001-00	338

Vladimir Abreu da Silva

Apelação Cível n. 2006.001695-3	345
Apelação Cível n. 2006.009773-3	348
Apelação Cível n. 2009.008081-6	355

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Carlos Eduardo Contar

Apelação Criminal n. 2008.020850-7	361
Apelação Criminal n. 2009.006066-3	365
Apelação Criminal n. 2009.015713-1	368

Claudionor Miguel Abss Duarte

Apelação Criminal n. 2009.015812-6.....	371
Apelação Criminal n. 2009.016335-4.....	382
<i>Habeas Corpus</i> n. 2009.016664-2	391

João Batista da Costa Marques

Apelação Criminal n. 2009.010546-2.....	397
Agravo Criminal n. 2009.012808-2	402
Apelação Criminal n. 2009.013294-0.....	405

João Carlos Brandes Garcia

Apelação Criminal n. 2009.009444-4.....	409
<i>Habeas Corpus</i> n. 2009.018317-4	416
Agravo Criminal n. 2009.019762-3	420

Manoel Mendes Carli

<i>Habeas Corpus</i> n. 2009.021529-9	423
<i>Habeas Corpus</i> n. 2009.021912-5	429
<i>Habeas Corpus</i> n. 2009.022124-7	434

Marilza Lúcia Fortes

Agravo Criminal n. 2009.012624-6	439
Apelação Criminal n. 2009.014114-5	442
Apelação Criminal n. 2009.017193-5	446

Romero Osme Dias Lopes

Revisão Criminal n. 2009.009748-8	449
Apelação Criminal n. 2009.011866-5.....	469
Apelação Criminal n. 2009.019540-9.....	481

REVISTA
TRIMESTRAL DE
JURISPRUDÊNCIA

TJMS

ÍNDICE DE ASSUNTO



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Ação acidentária

Auxílio-acidente. Distúrbios relacionados ao trabalho. Bancário. Redução da capacidade laboral. Benefício devido. Termo inicial. Dia seguinte da cessação do auxílio-doença (2007.028544-1) 153

Ação cautelar

Manutenção de atividade de suinocultura. Requisitos autorizadores. Liminar (2009.003914-9) 302

Ação de cobrança

Escritura pública de cessão de crédito. Notas fiscais. Notas de empenho. Prova da prestação de serviço. Ônus do autor (2008.023000-9) 125

Perdas e danos. Lucros cessantes. Escritura pública de compra e venda com garantia hipotecária. Quitação parcial. Dedução devida. Valor do gado à época. Juros. Correção monetária. Evolução de eras. Princípio da eventualidade (2004.013674-7) 145

Seguro obrigatório (DPVAT). Morte decorrente de acidente automobilístico. Acidente ocorrido em território estrangeiro. Direito à percepção de indenização (2009.021448-6) 090

Ação de prestação de contas

Concessão. Dinheiro público. Projeto cultural. Irregularidade. Ônus da prova. Restituição do valor concedido (2007.033516-2) 258

Legitimidade ativa. Empresa de apenas dois sócios. Sócio administrador. Declaração de saldo credor. Previsão legal. Art. 918 do CPC (2009.000394-8) 207

Ação de restituição de valores

Pagamento indevido. Descontos previdenciários. Desconto sobre o vencimento do cargo efetivo acrescido das vantagens de caráter permanente. Restituição devida (2009.008081-6) 355

Previdência privada. Rescisão contratual. Pecúlio. Restituição das contribuições pagas. Possibilidade (2007.035419-3) 096

Ação declaratória

Polícia civil. Custódia de presos. Ausência de interesse funcional. Risco à segurança pública. Preservação do interesse coletivo (2009.020115-9) 215

Ação reivindicatória

Pressupostos. Comprovação da propriedade. Sobreposição de lotes. Prevalência do título mais antigo. Ausência de posse injusta (2008.016663-2) 120

Advogado

Contrato de assistência jurídica. Má conduta profissional. Dano material. Indenização devida (2008.038114-8).....179

Avalista

Embargos de terceiro. Ilegitimidade. Parte executada que não se equipara à condição de terceiro. Inaplicabilidade do § 2º do art. 1.046 do CPC (2009.006196-4) 0283

Bem de família

Execução. Impenhorabilidade. Imóvel que serve de residência e comércio. Possibilidade de penhora sobre a parte comercial (2009.012025-1/0001-00)..... 232

Praça. Imóvel impenhorável. Ausência de comprovação. Devedor que não reside no imóvel com a família. Possibilidade de penhora (2009.012732-7/0001-00) 200

Concurso público

Mandado de Segurança. Prova de títulos. Diploma ignorado. Liminar concedida (2009.015821-2/0001-00)..... 338

Policial militar. Carteira Nacional de Habilitação. Matrícula. Curso de formação. Entrega no início do curso. Critério não razoável para exclusão de candidato (2008.027329-8) 115

Consórcio

Automóvel. Seguro de vida embutido. Parcelas em atraso. Morte do consorciado. Negatividade de pagamento. Indenização. Cláusula abusiva. Código do Consumidor. Aplicação (2009.002014-0)..... 269

Dano moral

Indenização. Demissão do serviço público. Dano causado a agente público por outro agente da administração pública. Teoria do órgão. Prova do dano moral. Desnecessidade (2007.036309-9) 264

Indenização. Imprensa. Vinculação da imagem do autor. Pedofilia. Programa de televisão (2007.015510-0)159

Responsabilidade civil. Instituição financeira. Cheque extraviado. Assinatura falsa. Devolução por insuficiência de fundos. Inscrição no cadastro de inadimplentes (2008.019221-1) 166

Danos morais e materiais

Erro médico. Morte de gestante e do feto logo após o parto. Negligência. Quantum indenizatório (2009.011185-0) 079

Indenização. Absolvição criminal. Disparo de arma de fogo que atinge terceira pessoa. Responsabilidade civil configurada (2009.006640-7) 273

Embargos à execução

Dívida de pessoa jurídica. Bem de família dado em garantia hipotecária. Inaplicabilidade da exceção prevista no inciso V do artigo 3º da Lei n. 8.009/90 (2007.022010-8/0001-00)..... 042

Execução fiscal

Exceção de de pré-executividade. Impenhorabilidade. Bem de família. Controvérsia que exige dilação probatória. Alegação própria dos embargos à execução ou ação ordinária (2009.013209-8)..... 184

Imposto

ICMS. Energia elétrica. Contrato de demanda reservada de potência. Fato Gerador. Incidência sobre o valor consumidor (2009.013183-8)..... 212

IPTU. Imunidade tributária. Templo religioso. Ausência de provas quanto à utilização dos imóveis (2009.015527-8)..... 033

Indenização

Compra e venda de móveis. Queda de eletrodoméstico e de panela com óleo quente. Queimadura gravíssima na consumidora. Danos emergentes. Lucros cessantes. Dano moral e estético. Fixação (2009.012188-2) 029

Dano moral. Abandono afetivo. Dano não configurado. Caráter subjetivo da liberdade afetiva do genitor (2009.022400-9)..... 279

Dano moral. Trabalho de conclusão de curso. Aluna flagrada praticando plágio. Repreensão pelo orientador. Ato ilícito inexistente. Ausência de dever de indenizar (2009.007040-6) 311

Devolução de cheque. Divergência na assinatura. Dever do banco. Inversão do ônus da prova. Hipossuficiência não de demonstrada (2009.013711-5)..... 276

Extravio de bagagem. Transporte aéreo. Danos materiais. Não aplicação do limite previsto no Código Brasileiro da Aeronáutica. Danos morais. Redução. Possibilidade (2009.008031-1)..... 140

Infração de trânsito

Alienação de veículo. Tradição. Infrações posteriores. Ausência de registro de transferência junto ao Detran. (2008.008389-5)..... 074

Internet

Compra. Não-recebimento do produto. Site contendo normas claras de segurança. Responsabilidade afastada (2007.008076-0/0001-00) 036

Mandado de segurança

Cobrança. Coleta de esgoto. Contrato de concessão. Não-sujeição da remuneração do serviço ao regime tributário. Contraprestação mediante tarifa (2007.014010-9)..... 218

Extinção de cargo público. Prescindibilidade de lei. Possibilidade por meio de decreto. Ausência de fundamentação (2005.012178-7)..... 299

Imposição de uso de vestes. Convicção religiosa. Ausência de previsão legal. Violação do art. 5º,VI, da CF/88 (2009.008554-8)..... 319

Previdenciário. Contagem de tempo de serviço fictício para fins de aposentadoria. Impossibilidade. Art. 40, § 10, da CF e EC 20/98. Inexistência de direito adquirido (2008.000052-3) 103

Sanção administrativa. Art. 56 do CDC. Procon. Exclusão da Serasa.. Medida não prevista em lei. Ato nulo (2007.035348-3/0001-00) 047

Suscitação de dúvida. Ausência de oposição dos confrontantes. Decisão que suspende a averbação de georreferenciamento. Ilegalidade. Arrependimento posterior.. Impugnação indevida (2009.009963-3)..... 332

Transferência de registro de veículo de outra unidade da federação para o Estado de Mato Grosso do Sul. Veículo transformado para se adequar ao consumo de diesel como combustível. Indeferimento do pedido. Violação ao direito adquirido (2009.016659-4) 187

Penhora

Execução. Bloqueio de numerário. Conta corrente. Pro labore. Natureza salarial (2009.014483-5) 252

Execução. Conta-corrente. Valor depositado pelo INSS. Impenhorabilidade. Art. 649, IV, do CPC (2009.010715-0)..... 053

Pensão alimentícia

Indenização. Morte de empregado. Acidente de trabalho. Competência. Justiça comum (2009.015236-8).....058

Plano de Saúde

Cobertura de cirurgia em outro Estado. Negativa de cobertura na continuidade do trabalho. Coparticipação financeira. Ato cirúrgico. Ato emergencial e não eletivo (2009.010156-7) 287

Prestação de serviços médico-hospitalares. Cláusula que exclui os serviços de implantação de material importado. Código de Defesa do Consumidor. Interpretação favorável ao consumidor (2009.011321-8) 025

Precatório

Intervenção estadual em Município. Descumprimento de ordem judicial. Não pagamento no prazo legal (2009.007576-7) 307

Prescrição

Ação anulatória. Venda de bem imóvel de ascendente a descendente. Ausência de intervenção do Ministério Público. Desnecessidade (2007.009582-8) 323

Registro civil

Retificação. Nome do genitor. Avós paternos. Art. 109 da Lei n. 6.015/73. Ausência de prova (2009.017928-5) 067

Reintegração de posse

Comodato verbal. Usucapião. Ausência de animus domini. Posse precária. Edificação de benfeitorias. Não comprovação. Indenização. Não cabimento (2008.032368-9) 244

Representação comercial

Indenização. Rescisão de contrato. Retenção de comissões. Ausência de prova do prejuízo (2005.018533-4).....149

Rescisão de contrato

Compra e venda. Reintegração de posse. Inadimplemento do comprador. Extinção do contrato (2007.027271-2)..... 191

Responsabilidade civil

Abordagem por segurança. Estabelecimento comercial. Ofensa à honra do consumidor. Dano moral (2008.032301-2)..... 235

Indenização. Agressão física. Médico. Paciente portador de patologia. Inexistência de vontade consciente. Ausência de culpa. Pretensão não acolhida (2006.009773-3)..... 348

Supermercado. Abordagem pública e desproporcional. Imputação de conduta criminosa. Dano moral (2007.023342-8)..... 225

Ressarcimento

Internação em hospital particular. Caso de urgência. Ausência de vagas em hospital conveniado com o SUS. Atribuição administrativa do Município. Possibilidade (2009.008439-5) 316

Revogação de doação

Município. Inobservância ao cumprimento dos requisitos por parte do donatário. Possibilidade (2006.001695-3)..... 345

Seguro

Ação de cobrança. Furto de veículo. Área de cobertura. Recusa ao pagamento do prêmio. Cláusula limitativa do direito do autor (2008.023481-8)..... 171

Servidão administrativa

Rede de esgoto. Prejuízo efetivo do proprietário. Justa indenização. Valor estipulado por perito judicial. Divergência. Prevalência do laudo indicado pela parte (2009.018259-8) 294

União estável

Partilha do patrimônio. Esforço comum presumível. Ação de reconhecimento. Convivente falecido (2009.013026-9/0001-00) 204

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Agravo criminal

Perda dos dias remidos. Cometimento de falta grave. Posse de telefone celular dentro da cela (2009.012808-2) .. 402

Apelação criminal

Posse de munição de uso restrito. Crime de perigo abstrato. Inocorrência. Atipicidade da conduta (2009.017193-5)446

Casa de prostituição

Insuficiência de provas. Depoimentos na fase policial não confirmados em juízo. Ausência de investigação quanto à habitualidade e exclusividade da realização de programas sexuais (2008.020850-7).....361

Comutação de pena

Ausência de reincidência. Inexistência de crime após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Critérios subjetivos devidamente atendidos (2009.012624-6)439

Corrupção de testemunha

Proposta de pagamento em dinheiro confirmada. Depoimento de adolescente. Validade. Erro de proibição. Ré oriunda de aldeia indígena. Pessoa integrada à sociedade e às suas regras.(2009.006066-3)365

Crime ambiental

Armazenamento de pescado fora da medida. Ausência de prova quanto à origem dos peixes. Redução da pena-base. Maus antecedentes e culpabilidade razoavelmente intensa (2009.015713-1).....368

Crime contra as relações de consumo

Venda de produto. Apreensão de produtos impróprios ao consumo. Ausência de laudo pericial. Prova da materialidade. Recurso provido *ex officio* (2009.014114-5)442

Crime militar

Ofensa do princípio da não culpabilidade. Execução da pena privatividade de liberdade. Não ocorrência de trânsito em julgado. Interposição de recursos perante as cortes superiores. Ausência de efeito suspensivo. Irrelevância (2009.016664-2)391

Estatuto da Criança e do Adolescente

Submeter adolescente à prostituição. Art. 244-A do ECA. Sentença condenatória. Absolvição. Insuficiência probatória (2009.019540-9)481

Habeas Corpus

Excesso de prazo na formação da culpa. Demora injustificada. Constrangimento ilegal. Ordem concedida (2009.022124-7)434

Execução penal. Doença mental superveniente. Medida de segurança substitutiva. Prazo. Restrito ao tempo restante da pena. Cumprimento integral. Internação em hospital comum da rede pública a ser determinado pelo juízo cível. Ordem concedida (2009.018317-4)416

Incêndio

Laudo subscrito por um único perito. Provas da materialidade e autoria delitiva. Arbitramento de quantia para reparação de danos causados à vítima. Sentença penal condenatória. Concessão *ex officio*. Violação dos princípios da inércia e da ampla defesa (2009.016335-4)382

Provas produzidas apenas na fase inquisitorial. Insuficiência de provas. Impossibilidade. Autoria e materialidade comprovadas (2009.010546-2)397

Lesão corporal grave

Desnecessidade de representação. Ação pública incondicionada. Suspensão condicional do processo. Impossibilidade. Prescrição da pretensão punitiva. Inocorrência (2009.013294-0).....405

Livramento condicional

Tráfico de entorpecente. Requisito objetivo. Pena inferior a dois anos de reclusão em razão da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Possibilidade (2009.019762-3)420

Princípio da insignificância

Inexpressividade da lesão ao bem jurídico tutelado. Ausência de conteúdo material do crime. Absolvição (2009.009444-4)409

Prisão preventiva

Habeas corpus. Exploração sexual de menor. Liberdade provisória. Indeferimento. Presença dos pressupostos autorizadores da medida. Garantia da ordem pública (2009.021912-5)429

Posse ilegal de arma de fogo. Circunstâncias pessoais favoráveis. Ausência dos requisitos do art. 312 do CPP. Ordem concedida (2009.021529-9)423

Tráfico de entorpecentes

Co-autoria. Responsabilização objetiva de todos os ocupantes da residência. Ônus probatório da acusação. Associação para o tráfico. Crime plurissubjetivo. Dedicção a atividade criminosa. Ônus da defesa (2009.015812-6)371

Condenação nas penas da Lei 11.343/06. Fixação da pena conforme a Lei 6.368/76 vigente à época da prática criminosa. Retroatividade do § 4º, art. 33, da Lei 11.33/06. Cominação de leis. Possibilidade. Tráfico privilegiado. Admissibilidade. Afastamento da hediondez (2009.009748-8)449

Violência doméstica

Lesões corporais. Consequências mínimas. Circunstâncias favoráveis. Aplicação do princípio da bagatela imprópria (2009.011866-5)469